

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 045

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-39-008-2020-00160-02
Demandante: Nelson de Jesús Zea
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, doctora Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

El señor Nelson de Jesús Zea, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 18-1403 del 27 de agosto de 2018, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013¹, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos y sustentados contra la referida Resolución.

El 3 de noviembre de 2020 la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

¹ Modificado por el decreto 1269 de 2015

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultados del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demande.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por la Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales, doctora Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso Nelson de Jesús Zea en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.


Segundo: Por la Secretaría de esta Corporación, remitir el proceso a la Oficina Judicial de Manizales, para que se adjudique al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, conforme el Acuerdo PCSJA21-11764 de 2021.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 14 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 038

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-23-33-000-2016-00430-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Luz Dary Villegas Ramírez y otros
Demandado: Instituto Colombiana de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) y la Corporación Alberto Arango Restrepo (en adelante CEDER)

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicitó en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable al ICBF y al CEDER, por los daños antijurídicos causados por la omisión al deber de cuidado, y que derivó en el abuso sexual padecido por el menor de edad AYV en instalaciones del CEDER, y en consecuencia, se le ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales y a la vida de relación.

1.2. Fundamento fáctico

Se señala en síntesis que, de la relación sostenida por Luz Dary Villegas Ramírez y Carlos Alberto Yepes Muñoz, procrearon al menor AYV, quien nació el 8 de enero de 2003.

Que AYV, según historia clínica se encuentra diagnosticado con trastorno Hipercinético de la Conducta, y *“Trastorno mixto de la conducta y de las emociones, no especificado”*. Que de acuerdo a atención terapéutica realizada en el ICBF, se estableció que presenta un desfase significativo entre su edad cronológica (11 años para el momento de la valoración) y su edad mental (8 años), sumado a los diagnósticos antes mencionados, razón por la cual fue enviado al CEDER como medida garante de derechos; ingresando el 7 de febrero de 2014 a dicha institución en la modalidad de *Seminternado con discapacidad*, en virtud al convenio suscrito entre el CEDER y el ICBF.

Que AYV fue abusado sexualmente por Daniel Alejandro Palacio, también alumno del CEDER, hechos que ocurrieron en un baño del tercer piso de la Institución en horario escolar del 14 de mayo de 2014 y que la Fiscalía 07 Seccional, adelanta la investigación por

abuso sexual con menor de 14 años, con radicado No. 1700161067992014-1664.

1.3. Fundamentos de derecho

Señaló la Constitución Política, artículos 2, 6, 44, 47 y 90; artículo 140 del CPACA y la sentencia de la Sección Tercera del Consejo con radicado No. 680012315001999261701 del 27 de febrero de 2003. Sostuvo que existe responsabilidad del ICBF y el CEDER, al no cumplir con sus deberes en la posición de garantes, por permitir el abuso sexual de la víctima menor edad, por cuanto no tomaron las medidas necesarias de cuidado, atendiendo el riesgo que conlleva la educación con niños con discapacidades de diferente índole.

2. Contestación de la demanda

2.1. CEDER se opuso a las pretensiones de la parte demandante y planteó como medios exceptivos los siguientes:

- **Inexistencia de daño antijurídico:** Señaló que no existe certeza del presunto abuso sexual ocasionado dentro de las instalaciones del CEDER y que en caso de ser cierto el abuso sexual, ello no ocurrió dentro de la institución, debido a que el único testigo de lo sucedido es la misma víctima, quien tiene una serie de antecedentes negativos derivados por su actuar personal y familiar.
- **Inexistencia de Falla en el Servicio:** fundamento su argumento en las circunstancias familiares y patológicas de AYV que lo llevaron a ser ingresado en la Institución; insistiendo, que el único testigo del supuesto abuso es la propia víctima, el cual es descalificado debió a sus reacciones ante los profesionales que lo atendieron posteriormente a los hechos.
- **Culpa exclusiva de la víctima:** Adujo que AYV fue atendido por el CEDER, debido a las precarias situaciones económicas, familiares y personales en las que se encontraba, siendo tratado a raíz del trastorno de conducta, síntomas de inatención e hiperactividad. Que la atención brindada por los padres de la presunta víctima fue negligente, debido a la confianza ofrecida al presunto abusador, quien según fue descrito por el menor AYV, lo abusó en su propia casa, lo que demuestra que la señora Villegas Ramírez no prestaba la debida atención.

Que además, no es posible que AYV haya sido abusado sexualmente y éste, haya ido el mismo día donde el presunto agresor, concluyendo la defensa que ello fue debido a: 1) No existió la conducta o 2) AYV consintió el abuso sexual.

- **Hecho de un tercero:** Sostuvo que el presunto abuso sexual fue realizado por Daniel Palacio y ocurrió por fuera de las instalaciones del CEDER.
- **Cumplimiento adecuado de las obligaciones contractuales a cargo del CEDER:** Manifestó que la institución ha cumplido a cabalidad con las obligaciones contraídas a través del Contrato de Aporto 17-2013-245 del 13 de diciembre de 2013.
- **Caducidad:** Sostuvo que los hechos ocurrieron el 22 de abril de 2014, la solicitud de conciliación extrajudicial fue presentada el 29 de abril de 2016 y la demanda fue interpuesta el 23 de junio de 2016, por lo que transcurrieron más de los dos años previstos en el artículo 164 de CPACA para presentar el medio de control.

2.2. ICBF se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte actora, para ello planteó

los siguientes medios exceptivos:

- **Caducidad de la acción:** Señaló que los hechos ocurrieron el 22 de abril de 2014 y no el 14 de mayo de 2014 como fue plasmado en los hechos de la demanda; por lo tanto, el plazo para presentar la demanda vencía el 22 de abril de 2016 y teniendo en cuenta que la demanda fue radicada el 23 de junio de 2016, llegó a la conclusión que fue presentada por fuera del término de dos años previstos en el artículo 164 de CPACA.
- **Inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad del Estado:** Adujo que para atribuir responsabilidad a la administración, es necesario que se den los elementos que la configuran, siendo uno de ellos el nexo de causalidad, el cual debe ser definitivo con el fin de poder atribuir consecuencias a una determinada conducta, siendo necesario que existe certeza de que fue una acción u omisión la que generó la consecuencia.
- **Excesiva tasación del perjuicio moral:** Manifestó que la tasación de dichos perjuicios, no están acordes con la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014.
- **Se acredita que el ICBF dio cumplimiento al deber legal constitucional de brindar protección al joven AYV:** A través de la historia de atención y reseña del proceso brindado al adolescente, se demuestra que colocó a su alcance todos los recursos con que contaba, para obtener el restablecimiento de derechos.

2.3. Seguros del Estado (llamado en garantía por CEDER) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante. Con relación a las peticiones del llamamiento en garantía, manifestó que en caso de condena, deberá ceñirse al contenido de la póliza.

Propuso frente a las pretensiones de la demanda la excepción de: **Inexistencia de mérito rente a la parte actora:** Sostuvo que no existe prueba médico – científica de que AYV haya sido abusado sexualmente, ni en su residencia ni en las instalaciones del CEDER.

Frente al llamamiento en garantía propuso las siguientes excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por activa del CEDER para pretender el pago de una posible condena o reembolso de dinero por parte de Seguros del Estado:** La compañía aseguradora expidió Póliza para garantizar la responsabilidad civil extracontractual que se pudiera generar en la ejecución del contrato 17-2013-245. No obstante, si bien el CEDER es el tomador / garantizado dentro de la póliza, de la carátula de la misma no se desprende que sea dicha entidad la que está respaldada dentro del presente proceso judicial, por el contrario, en dicho seguro es señalado el ICBF como el correspondiente asegurado / beneficiario.
- **Ausencia de cobertura de la póliza expedida por Seguros del Estado:** Afirmó que la póliza expedida tiene como objeto cubrir los eventos de responsabilidad civil extracontractual, empero, afirma que los hechos que dieron paso a la demanda, provienen de la ejecución del contrato 17-2013-245, de tal suerte que la póliza no cubre eventos de responsabilidad contractual.
- **Seguros del Estado no está obligada a pagar ningún tipo de indemnización por operación de varias exclusiones:** Sostuvo que de encontrarse probado el supuesto abuso, se colige que ese hecho ocurrió dentro de la ejecución del contrato, por lo tanto, de un incumplimiento del mismo, situación que se encuentra pactada como una exclusión entre las partes contratantes.

- **Seguros del Estado no está obligada a pagar ningún tipo de indemnización por cuanto la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual no cubre los daños extrapatrimoniales:** Teniendo en cuenta que las pretensiones van encaminadas al reconocimiento de perjuicios de carácter extrapatrimonial, los mismos no son eventos que se encuentren dentro de la cobertura de la póliza.
- **Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan:** Señaló que la relación jurídica que se desprende entre la aseguradora y el CEDER, al momento de fallarse, deberá estar al alcance del riesgo asegurado, de las exclusiones establecidas, a su vigencia, valores asegurados, límites de indemnización y, en general a lo que se establece en las condiciones general y particulares de la póliza.
- **Límite de amparo asegurado bajo la póliza expedida por Seguros del Estado. Suma asegurada:** Sostuvo que en caso de condenar a cargo de la aseguradora, debe tenerse en cuenta que la suma asegurada es \$238.843.861.
- **Deducible Pactado:** Indicó que la póliza tiene estipulado que, en caso de siniestro se debe pagar un deducible del 10% de valor de la pérdida.
- **Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros:** manifestó que, operó el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio.

3. Alegatos de conclusión.

La **parte demandante** concluyó que, de las pruebas practicadas en el proceso contencioso administrativo y el proceso penal, se colige que en efecto AYV fue abusado sexualmente en las instalaciones del CEDER, por lo tanto, no fue garantizada su seguridad, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una Institución Educativa donde se brinda tratamiento a personas con discapacidad mental o cognitiva.

Frente a la oportunidad para presentar la demanda, refirió que solo hasta el fallo emitido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, se tuvo conocimiento de los abusos a los cuales fue sometida la víctima y, por ende, el daño cuyo resarcimiento se persigue.

El **ICBF** solicitó que sea declarada la caducidad del medio de control, toda vez que los hechos ocurrieron el 22 de abril de 2014, por lo tanto para el momento en que fue presentada la demanda, ya había fenecido el término de dos años que establece el artículo 164 del CPACA.

De otra parte, adujo que en caso de no declarar probada la excepción de caducidad, al momento de tasar los perjuicios, se tenga en cuenta las circunstancias familiares que rodean a AYV, para disminuir la condena.

Finalmente refirió que, no existe prueba de afectaciones de tipo emocional de AYV, por lo tanto, la reclamación de perjuicio con base en la supuesta afectación psicológica de la víctima, no tiene sustento probatorio.

El **CEDER** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en torno a la configuración de la caducidad del medio de control de reparación directa. Señaló además

que, de las pruebas practicadas en especial la testimonial, es posible concluir que no existió falla en el servicio por parte de la Institución, destacando la atención allí brindada a AYV en relación con su restablecimiento de derechos, así como la atención brindada por los profesionales y terapeutas adscritos a esa entidad.

Expuso que, se demostró la culpa exclusiva de la víctima, debido a la negligencia de los padres de la víctima y las diferencias evidenciadas que rodean su entorno familiar, lo que exime de toda responsabilidad al CEDER. Además reprodujo la excepción de “hecho de un tercero”, para señalar Daniel Palacio, como la persona que abusó del menor AYV.

Finalmente, adujo que la Institución cumplió con todas las obligaciones que se desprenden del contrato de Aporte 17-2013-245 del 13 de diciembre de 2013.

Seguros del Estado sostuvo que, de las pruebas practicadas se desprendió que no existe responsabilidad de las entidades demandadas, por considerar que las relaciones de índole sexual fueron consentidas por AYV y, por consiguiente, no es posible atribuir algún tipo de responsabilidad a la compañía de seguros. De otra parte, recalcó que el patrimonio del CEDER no se encuentra amparado por la póliza, configurándose las excepciones planteadas en la contestación del llamamiento en garantía.

III. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿El presente medio de control de reparación directa fue presentado de forma oportuna?

¿Concurren los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas?

En caso positivo, *¿Debe el llamado en garantía responder por los perjuicios ocasionados?*

2. Primer problema Jurídico:

Tesis del Tribunal: La demanda de Luz Dary Villegas, Carlos Alberto Yépez Muñoz, Luisa Fernanda Fajardo Villegas y Jonhatan Fajardo Villegas no fue presentada oportunamente, toda vez que, el término de caducidad del medio de control de reparación directa, debe contarse a partir del **25 de abril de 2014**, día siguiente a la fecha en que la demandante, madre del menor AYV puso en conocimiento de los funcionarios del CEDER los hechos que ocurrieron en el centro educativo y como la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 29 de abril de 2016, la acción ya se encontraba caducada. Además, en la demanda no se indica alguna situación que hubiese impedido materialmente acceder a la administración de justicia en aras de obtener la reparación de perjuicios, tampoco se acreditó la imposibilidad de haber conocido la participación de agentes del Estado, en esa fecha.

Por su parte, frente a la demanda de AYV se considera oportunamente presentada, atendiendo su condición de menor de edad, víctima directa de los hechos y las circunstancias en que se encontraba.

Se precisa que, en audiencia inicial el sustanciador del proceso al analizar la caducidad del medio de control, determinó que por no encontrarse claridad respecto a la fecha de ocurrencia de los hechos para determinar el momento a partir del cual debían contabilizarse los dos años de caducidad; su decisión se postergó hasta esta instancia.

Para soportar lo anterior, se hará referencia a: i) las reglas generales de la caducidad; ii) la caducidad cuando la víctima directa es un menor de edad en circunstancias específicas de vulnerabilidad; para descender al iii) análisis del caso.

2.1. Reglas generales de la caducidad

El literal i) ordinal segundo del artículo 164 del CPACA, establece que la demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa deberá ser presentada: *“dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*. (Se destaca)

Respecto a la segunda hipótesis que consagra la norma citada, el término de caducidad se puede contar a partir de la fecha en que la o las víctimas tuvieron conocimiento de la concretización del daño, en el caso que no se genere en el mismo instante que el hecho que lo origina; sin embargo en este caso, deberá tenerse en cuenta que el demandante deberá probar la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Frente a lo anterior, el Consejo de Estado, ha dispuesto que ello es posible, partiendo de la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, contemplado en el artículo 228 de la Constitución, explicando que una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción, y el supuesto lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o se pone de manifiesto¹.

Por su parte, acerca del término de caducidad, la Corte Constitucional ha considerado que, el establecimiento de un límite temporal para el ejercicio de la acción de reparación directa, no pretende coartar el derecho de las víctimas de acceder a la justicia para obtener la reparación de los daños causados. Por el contrario, se trata de cargas procesales y obligaciones impuestas a los usuarios del sistema de justicia a fin de garantizar un funcionamiento eficiente y ordenado de las instituciones que la conforman así como en *“la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico”*.²

No obstante lo anterior, a través de la jurisprudencia de ese alto Tribunal, se ha morigerado la aplicación de dicho término en algunos eventos, principalmente, sustentado en las circunstancias particulares del caso. Por ejemplo, en la sentencia T-156 de 2009, se estableció que existía duda y oscuridad frente a elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, por lo que solamente era posible iniciar el conteo del plazo en el momento en que los interesados tuvieran conocimiento de todos los elementos que les permitieran inferir que se había producido un daño antijurídico que no estaban en la obligación de resistir.

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C sentencia de 3 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Enrique Gil. Botero Rad.: 080012331003201300671.

² Sentencias C-832 de 2001, C-656 de 2000, C-115 de 1998 y C-418 de 1994

En la sentencia SU-659 de 2015, la Corte encontró que dicho plazo legal no debía interpretarse de manera absoluta, ya que admite excepciones a efectos de garantizar los derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el debido proceso de las víctimas, cuando no están en condiciones de conocer el daño o ignoren la participación de un agente estatal en su producción.

Ello aunado a la aplicación del *in dubio pro damnato* o *favor victimae*, en virtud del cual, la duda acerca del conteo del término de caducidad debe resolverse a favor de la víctima, al no estar obligada a soportar el daño antijurídico causado. Así, la Corte retomó las subreglas jurisprudenciales que sobre la materia ha establecido el Consejo de Estado:

“a) ante la duda sobre el inicio del término de caducidad, la corporación judicial está obligado a interpretar las ambigüedades y vacíos de la ley en concordancia con los principios superiores del ordenamiento, entre ellos, los de garantía del acceso a la justicia y reparación integral de la víctima;

b) el momento en que las víctimas adquieren información relevante sobre la posible participación de agentes del Estado en la causación de los hechos dañosos;

c) la oportunidad en que se conozca el daño, porque hay eventos en los cuales el perjuicio se manifiesta en un momento posterior;

d) la fecha en el cual se configura o consolida el daño, porque en algunos casos la ocurrencia del hecho, la omisión u operación administrativa no coinciden con la consolidación del daño o se trata de daños permanentes, de tracto sucesivo o que se agravan con el tiempo; y

e) frente a conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos, no debe aplicarse el término del artículo 136, numeral 8 de la C.C.A., en cumplimiento de los compromisos internacionales”.³

En suma, la Corte ha señalado que el término de caducidad no puede aplicarse de manera absoluta, sino atendiendo a las particularidades del caso, ya que existe la posibilidad de que el afectado conozca o identifique el perjuicio en un momento posterior a aquel en que ocurrió, motivo por el cual, le corresponde al juez efectuar una interpretación que garantice los derechos fundamentales de las víctimas del daño antijurídico.

2.2. Caducidad cuando la víctima directa es un menor de edad en circunstancias específicas de vulnerabilidad

En cuanto a la contabilización del término de caducidad cuando el demandante es un menor de edad que actúa a través de su representante legal, en algunas ocasiones, las Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado han señalado que, no puede hacerse bajo el rigor establecido en la legislación procesal porque la víctima del daño es un sujeto de especial de protección y **se ha advertido que el menor se encuentra en circunstancias específicas de vulnerabilidad.**

Por ejemplo, a través del auto de 1º de diciembre de 2014, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, estudió la caducidad del medio de control de reparación

³ Sentencia SU-659 de 2015.

directa presentado por una menor indígena, víctima de un delito sexual por un agente del Estado. En la referida providencia judicial se sostuvo lo siguiente:

[...] 4.3.- *La perspectiva del caso demanda un necesario análisis a la luz de la convencionalidad, pues el Tribunal en su razonamiento no reconoció ningún peso o valor a tres circunstancias nucleares del litigio: Que la víctima en este caso i) es una niña, ii) perteneciente a una comunidad indígena y iii) que el daño antijurídico se hace consistir en actos atentatorios de la integridad sexual de la mujer.*

(...)

5.2.- *En este orden de ideas, el Despacho encuentra reunidos elementos suficientes como para considerar que la decisión adoptada por el Juez de primer grado no se ajusta a los postulados convencionales y constitucionales, pues resulta bastante claro que siendo M una niña menor de catorce años, miembro de la comunidad indígena Wiwa asentada en la Sierra Nevada de Santa Marta y considerando que, según el dicho de la demanda, se trataba de una niña formada para ser Saga [de relevancia para su comunidad indígena], existen suficientes razones para revocar el auto impugnado y admitir la demanda para su respectivo trámite, pues desconoció el Tribunal que la defensa de los derechos de la menor no se encontraban en cabeza suya sino de sus padres, por tanto la eventual incuria de estos no podría ser imputada a la menor, que se trata de un caso que implica un atentado contra el honor y la integridad sexual de una menor de 14 años perteneciente a una comunidad indígena además de significar una afectación para el pueblo Wiwa.*

5.3.- *El Despacho considera que en un caso como el del sub lite se hace imperiosa la aplicación de dos principios reconocidos en el ámbito convencional y constitucional como son el del interés superior del niño y el reconocimiento y protección del pluralismo cultural y jurídico de los grupos indígenas, lo que implica la prevalencia del derecho de acción, pues las anteriores circunstancias del caso (el que sea menor de 14 años, que se trate de una agresión sexual y respecto de un miembro de un pueblo indígena) se constituyen en poderosas razones para que convencional y constitucionalmente se disponga la admisión de la demanda en este asunto [...].⁴*

En igual sentido, la Subsección A de la Sección Tercera, a través de la sentencia de 30 de agosto de 2017⁵, hizo un análisis parecido cuando abordó el estudio de la caducidad por los daños causados a un menor de edad:

[...] *Así pues, dado que -según se indicó- lo que se pretende es la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Hospital Universitario San Jorge de Pereira por la supuesta falla del servicio médico asistencial por la cirugía -vaginoplastia-, practicada al ahora demandante en el mes de febrero 1985, podría concluirse, en principio, que el término de la caducidad de la presente acción habría fenecido en febrero de 1987, es decir, dos años después de que haberse practicado dicha intervención.*

No obstante, para la Sala dicha fecha de inicio de cómputo de caducidad no puede ser tomada en cuenta en el presente caso, dado que el ahora demandante para esa época -febrero de 1985- no contaba con el grado de consciencia mínimo para entender el

⁴ Citada en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia de 11 de noviembre de 2020. Rad.: 11001-03-15-000-2020-04572-00(AC).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, *Sentencia de 30 de agosto de 2017*. Exp. No.: 66-001-23-31-000-2008-00153-01 (54.781). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico (E).

presunto daño a su sexualidad como producto de la supuesta cirugía de vaginoplastia.

(...)

Sin embargo, advierte la Sala que solo a partir del dictamen médico psicológico fechado el 23 de junio de 2007, se estableció o se determinó científicamente la afección psicológica padecida por el hoy demandante Carlos Andrés Giraldo Cardona, es decir, en esa fecha se precisó, por parte del personal médico idóneo, que su conducta, sus tendencias y sus actitudes eran “ciento por ciento masculinas”, y por tal razón, solo a partir de ese momento el ahora demandante tuvo la capacidad de identificar plenamente las secuelas del supuesto cambio de sexo, por manera que a partir de esa fecha debe empezar a contabilizarse el término de la caducidad de la presente acción [...]. (Negrillas y subrayado de la Sala).

Así, los casos en los que la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió el cómputo de la caducidad en una fecha distinta a la de ocurrencia de la *acción u omisión* que causó el daño, se justificó en circunstancias particulares en que se encontraba el menor de edad víctima directa del daño, que probaban la **imposibilidad de haber comprendido o conocido, en la fecha de ocurrencia, «la omisión u acción causante del daño»**.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, en un caso similar al aquí analizado, señaló:

Visto lo expuesto, encuentra la Sala que en el presente caso por tratarse de derechos de un menor de edad, el tribunal debió revisar no sólo la fecha en que ocurrió el hecho generador del daño, sino también la situación que rodeó la solicitud de reparación presentada por la señora María Cristina Gamba Suárez como tutora del menor afectado.

Lo anterior, ya que aunque el tribunal fundamentó su decisión en la diferencia que existe entre la naturaleza y finalidad de la acción penal y la acción de reparación directa, no consideró que cuando se presentó la acción de reparación directa la actuación de la demandante había sido diligente, ya que la misma iba dirigida a que se estudiara la responsabilidad penal de los adolescentes vinculados al proceso, siendo así que una vez el Juzgado Primero Penal para Adolescentes del Circuito de Bogotá estableció la responsabilidad de los adolescentes vinculados al proceso, la señora María Cristina Gamba Suárez como tutora del menor afectado presentó la acción de reparación directa, lo cual fue considerado por el Juzgado Treinta y Tres Administrativo de Bogotá al momento de dictar la sentencia del 15 de noviembre de 2011.

A juicio de la Sala, las anteriores consideraciones, ameritaban que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al momento de resolver el grado jurisdiccional de consulta, tuviera en cuenta que al verse afectados derechos fundamentales de un menor, podía considerar el conteo del término de caducidad de la acción de reparación directa desde el momento en que se produjo la condena penal en primera instancia, es decir, desde el 16 de junio de 2010, y no desde la fecha en que ocurrieron los hechos, lo que conlleva a señalar que para la fecha de presentación de la demanda de reparación directa (21 de septiembre de 2010) no habían transcurridos los dos años a que se refiere el artículo 136 del C.C.A.⁶

En sentencia del 28 de febrero de 2019⁷, precisó además que:

⁶ Consejo de Estado. . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia 1º de noviembre de 2012. Rad.: 11001-03-15-000-2012-01622-00(AC)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Rad.: 11001-03-15-000-2019-00542-00(AC)

*Lo anterior, en el entendido que si bien es cierto, cuando intervienen menores de edad, corresponde a la autoridad judicial que conoce de la controversia orientar sus actuaciones para garantizar la prevalencia de los derechos de los niños, flexibilizando incluso los términos legales, también lo es que tal situación debe corresponder a **casos en los que existen y se comprueban circunstancias excepcionales**, lo cual no ocurrió en el presente caso, tal y como lo coligió el Tribunal demandado.*

Y en sentencia del 30 de julio de 2020⁸ precisó además que:

En ese contexto, es necesario traer a colación los pronunciamientos de esta Corporación sobre el interés superior y prevalente de los niños (Principio pro infans), así, en sentencia de 14 de diciembre de 2016, la Subsección B de la Sección Tercera, expuso lo siguiente:

«El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado, entre otras, la obligación de “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Art. 3, n^o 2.)

Esto, por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor. Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/2002⁹, que dispuso: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso: El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”¹⁰.

En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter 33 Art. 3, n^o 2. 34 Corte Interamericana de Derechos Humanos,, 28 de agosto de 2002, nota 58. 35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo,

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 30 de julio de 2020. Rad.: 11001-03-15-000-2019-04842-01 (AC)

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, nota 58.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

reparaciones y costas). trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, que los deberes que surgen para el conglomerado social y estatal al momento de protegerlos. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños(as) atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía».

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T – 117 de 2013, dispuso:

« En esta medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, (...), postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad». Negrilla fuera de texto

En ese sentido, encuentra esa Sala de Subsección que el Tribunal también incurrió en un defecto sustantivo, **en la medida que se sustrajo de su deber de realizar una interpretación sobre el término de caducidad del medio de control con un enfoque constitucional y a la luz de los diversos instrumentos internacionales en la materia,** situación que, además lo llevó a desconocer las especiales circunstancias del caso objeto de estudio, ya que por tratarse de una presunta ejecución extrajudicial efectuada en una menor de edad, tanto a ella como a su familia los deben cobijar las garantías constitucionales como el deber de protección reforzada por la protección del interés superior del menor, específicamente el principio pro infans.

Al compás de lo anterior, no se puede ignorar que la madre y el padre, en virtud de la patria potestad, tienen el deber de agenciar los derechos de sus hijos no emancipados. En ese sentido, la madre y el padre como representantes legales del menor se encuentran en la obligación de acudir ante la jurisdicción para reclamar en nombre del hijo no emancipado la protección de un derecho. Al respecto, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C – 997 de 2004, señaló:

*“La patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). **El ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados.** En consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.”*

(...)

En el mismo sentido, la doctrina ha definido la patria potestad como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.

Los citados autores explican que “estos derechos y facultades, únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de las graves obligaciones que tienen que cumplir; solo existe la

patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase: la educación del hijo.”

Como se advierte, la patria potestad tiene como fundamento las relaciones jurídicas de autoridad de los padres frente a los hijos no emancipados que permiten a aquéllos el cumplimiento de los deberes que la Constitución y la ley les impone, dentro de dichos poderes vale resaltar el de representarlos en todos los actos jurídicos y, con algunas limitaciones el de administrar y gozar del usufructo de los bienes que éstos posean [...]. (Negrillas y subrayado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, debe resaltarse que la Constitución Política contempla un trato especial en favor de los menores. Por ende, los niños menores de 18 años son considerados como *sujetos de especial protección*. Sin embargo, la madre y el padre, como representantes de sus hijos menores, tienen un deber constitucional de protección, educación y representación para con sus hijos no emancipados.

2.3. Caso concreto

2.3.1. Caducidad respecto de la demanda de Luz Dary Villegas y Carlos Alberto Yépez Muñoz como padres de la víctima, y Luisa Fernanda Fajardo Villegas y Jonhatan Fajardo Villegas

Formulan demanda, además de la víctima directa del daño, Luz Dary Villegas y Carlos Alberto Yépez Muñoz como padres de la víctima, y Luisa Fernanda Fajardo Villegas y Jonhatan Fajardo Villegas, como hermanos de la víctima, parentesco acreditado con los registros civiles de nacimiento (Fl. 29, 31 y 32 C. 1)

La parte actora, relató en la demanda que, AYV fue abusado sexualmente dentro de las instalaciones del ICBF el 24 de mayo de 2014; posteriormente señaló que, solo tuvo conocimiento claro y concreto de los hechos con la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales el 2 de noviembre de 2018¹¹, en donde Daniel Alejandro Palacio fue condenado por el delito de *acto sexual abusivo con incapaz de resistir*.

Por su parte, el ICBF y el CEDER señalan que, el presunto hecho generador ocurrió el 22 de abril de 2014 y que, atendiendo que la demanda fue radicada el 26 de junio de 2016, se configuró la caducidad porque no fue presentada la demanda dentro del término de dos años establecido en el artículo 164, numeral 2, literal i).

Al respecto la Sala observa que, en el “Informe Técnico” suscrito por la Coordinadora Técnica, Coordinadora Modalidad Externado, Psicóloga y Trabajadora Social del CEDER¹², se señaló que, el 24 abril de 2014 acudió la madre del menor AYV, a contar que su hijo había sido abusado sexualmente por Daniel Alejandro Palacio en el baño del tercer piso de la institución el 22 de abril de 2014.

En oficio S-2013-/SIJIN – GIVDI-38.10 del 25 de abril de 2014¹³, suscrito por el Investigador de la SIJIN de la Policía Nacional, fue remitido el relato realizado por la señora Luz Dary Villegas Ramírez a la Defensora de Familia del ICBF, en el cual se refiere que el 22 de abril

¹¹ Fls. 1 a 15 C2

¹² Fls. 544 y 545 del C1 A

¹³ Fls. 794 vto a 795 C1B

de 2014, AYV fue abusado.

Así mismo, en oficio 073 -DSC-CF-2014 del 25 de abril de 2014¹⁴ suscrito por el perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se remite a la víctima para que sean tomadas muestras de laboratorio por el posible delito de abuso sexual. Finalmente, en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación¹⁵, se determinó que el ente acusador tuvo conocimiento de la noticia criminal, el 24 de abril de 2014.

De acuerdo con lo anterior, es claro que, en relación con la oportunidad de la presentación de la demanda respecto de los referidos demandantes, debe tenerse en cuenta el momento en el cual la señora Luz Dary Villegas Ramírez, madre de AYV puso en conocimiento de los funcionarios del CEDER los hechos que ocurrieron en el centro educativo, fecha a partir de la cual es razonable presumir que los demandantes tuvieron conocimiento de los hechos.

En un asunto similar, el Consejo de Estado¹⁶ señaló:

14.- En relación con la oportunidad para presentar la demanda, la Sala comparte la decisión del Tribunal de primera instancia de contabilizar el término desde el momento en el que los hechos que ocurrían en el colegio fueron denunciados por los padres ante las autoridades, pues es razonable presumir que fue en ese momento que se tuvo conocimiento de los mismos.

Cabe destacar además que, en la demanda no se indica alguna situación que hubiese impedido materialmente a estos demandantes acceder a la administración de justicia en aras de obtener la reparación de perjuicios, tampoco se acreditó la imposibilidad de haber conocido la participación de agentes del Estado, en esa fecha.

En este orden de ideas, si bien el Juzgado Séptimo Penal de Manizales, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2018 condenó a Daniel Alejandro Palacio por el delito de Abuso Sexual Abusivo con incapaz de resistir; desde el **24 de abril de 2014** los citados demandantes conocieron el hecho y tuvieron la posibilidad de imputar la responsabilidad de los hechos al Estado y podían acudir a la administración de justicia para efecto de ejercer el medio de control de reparación directa.

Por lo anterior, tampoco es de recibo la afirmación de la parte demandante según la cual se trata de un daño continuado que se extendió hasta cuando se tuvo certeza que el agresor y la víctima ya no se verían más; además que tal situación tampoco se encuentra acreditada.

Así, como el término que tenían estos demandantes para demandar en ejercicio del medio de control de reparación directa empezó a correr a partir del **25 de abril de 2014** y venció el mismo día y mes de 2016; y que la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 29 de abril de 2016 (Fl. 27 c. 1) y la demanda el 26 de junio de 2016, (Fl. 1 C. 1) se concluye que frente a ellos operó la caducidad del medio de control.

Por lo anterior, se declarará probada la excepción de caducidad del medio de control respecto de los demandantes Luz Dary Villegas, Carlos Alberto Yépez Muñoz, Luisa Fernanda Fajardo Villegas y Jonhatan Fajardo Villegas y se negaran sus pretensiones.

¹⁴ Fl. 796 C1B

¹⁵ Fls. 17 a 27 C4

¹⁶ Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Subsección B. M.P.: Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 30 de octubre de 2019. Rad.: 76001-23-31-000-2011-00289-01(55825)

2.3.2. Caducidad respecto de la demanda de AYV

De conformidad con las reglas jurisprudenciales antes citadas, según las cuales, el término de caducidad cuando el demandante es un menor de edad **que se encuentra en circunstancias específicas de vulnerabilidad**, no puede hacerse bajo rigor establecido en la legislación procesal porque la víctima del daño es un sujeto de especial de protección, en el presente asunto se tiene que:

- El joven AYV nació el 8 de enero de 2003 según el Registro Civil de Nacimiento (fl. 29 C1), por lo que cumplió la mayoría de edad, el mismo día y mes de 2021.
- AYV fue diagnosticado el 8 de junio de 2009 por el psiquiatra Luis Guillermo Valencia con *“Trastorno hipercinético de la Conducta”*, ello según historia clínica de la Clínica Psiquiátrica San Juan de Dios (fls. 1 a 12 C3).
- AYV ingresó el 7 de marzo de 2014 al CEDER, según formato de seguimiento (fls. 423 – 425 C1A), del cual se destaca:

“(…) Diagnóstico Integral Inicial

...

Teniendo en cuenta lo evidenciado por un grupo interdisciplinario, AYV presenta un desfase significativo en su edad cronológica (11,1) y su edad mental (8 años) mostrando un pobre desempeño en los procesos cognitivos lo cual está afectando sus procesos académicos.” (Destaca la Sala)

- En Informe Pericial 111 del 27 de noviembre de 2014, suscrito por la Psicóloga Luz Stela Paipilla Jiménez del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Fls. 190 a 203 C4), se registran las siguientes conclusiones respecto a la valoración realizada a AYV:

- *Según información que reposa dentro de los documentos enviados por la autoridad competente, al examinado se le aplicó la Prueba del WISC IV obteniendo un Coeficiente Intelectual de 68, compatible con un **retraso mental leve**. De igual manera se le aplicó Test Gestáltico Visomotor BENDER dando un resultado mental de 8 años encontrándose un **desfase significativo con su edad cronológica**.*

...

- *Teniendo en cuenta el funcionamiento intelectual que se evidencia clínicamente como **retardo mental leve**, la edad del examinado, la mínima educación adquirida por él, su baja capacidad de abstracción, sus limitaciones a nivel cognitivo, social emocional, se considera que el examinado no está en la capacidad adecuada para comprender la naturaleza, magnitud y consecuencias de las relaciones sexuales y por tanto para expresar su consentimiento para una relación sexual con base en una realidad objetiva.*

- *En la actualidad no se aprecian en el menor AYV síntomas graves que alteren de manera grave significativa su funcionamiento general, la vida social, afectiva el estado anímico, comportamental y psicológico no están afectados en tal magnitud que le impidan mantener su existencia en forma adecuada, sin embargo, si es recomendable que tanto el menor como su familia continúen con apoyo psicoterapéutico, con el fin de darle continuidad al tratamiento que se le ha realizado hasta el momento”. (Destaca la Sala)*

De acuerdo a lo anterior, se evidencia que AYV para la fecha en que fue víctima de los hechos, tenía 11 años de edad, presentaba retraso mental leve, encontrándose un desfase

significativo con su edad cronológica, mostrando un pobre desempeño en los procesos cognitivos.

A juicio de esta Sala, estas circunstancias que rodean a la víctima, en tanto se trata de un menor de catorce años, que fue víctima de una agresión sexual, con signos o síntomas que refirieran trastorno mental o déficit cognitivo, constituye en un fundamento válido para inaplicar la regla de cómputo de la caducidad frente al medio de control instaurado por AYV, por lo que, la fecha que debe tomarse como referente para contabilizar dicho término, es la fecha en que AYV adquiriría la mayoría de edad.

Es decir, para el caso particular, considera la Sala que cobra relevancia el interés superior del niño y debe otorgar mayor relevancia al principio de acceso a la administración de justicia; pensar en ceñirse de manera exegética a la fecha concreta en la que ocurrió el abuso sexual, negaría en consecuencia el acceso a la administración de justicia y por ende, se estaría re victimizando al menor de edad, al negarle la posibilidad de que a través del medio de control respectivo, reclame de la administración los perjuicios que considera le fueron ocasionados por la acción u omisión de sus agentes.

En línea con lo anterior, teniendo en cuenta que AYV nació el 8 de enero de 2003 por lo que cumplió la mayoría de edad, el 8 de enero de 2021 y que la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 29 de abril de 2016 (Fl. 27 c. 1) y la demanda el 26 de junio de 2016, (Fl. 1 C. 1) se concluye que, la demanda interpuesta a su nombre fue presentada oportunamente.

2.4. Conclusión

Corolario de lo expuesto, encuentra la Sala que, la demanda de Luz Dary Villegas, Carlos Alberto Yépez Muñoz, Luisa Fernanda Fajardo Villegas y Jonhatan Fajardo Villegas contra el ICBF y CEDER no fue presentada oportunamente, toda vez que, el término de caducidad del medio de control de reparación directa, debe contarse a partir del **25 de abril de 2014**, día siguiente a la fecha en que la demandante, madre del menor AYV puso en conocimiento de los funcionarios del CEDER los hechos que ocurrieron en el centro educativo y como la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 29 de abril de 2016, la acción ya se encontraba caducada. Además, en la demanda no se indica alguna situación que hubiesen impedido materialmente acceder a la administración de justicia en aras de obtener la reparación de perjuicios, tampoco se acreditó la imposibilidad de haber conocido la participación de agentes del Estado, en esa fecha.

Por su parte, la demanda de AYV se considera oportunamente presentada, atendiendo su condición de menor de catorce años, que fue víctima de una agresión sexual, con signos o síntomas que refirieran trastorno mental o déficit cognitivo.

Por lo anterior, se declarará probada la excepción de caducidad del medio de control respecto de los demandantes Luz Dary Villegas, Carlos Alberto Yépez Muñoz, Luisa Fernanda Fajardo Villegas y Jonhatan Fajardo Villegas y serán negadas sus pretensiones. Y se declarará no probada respecto del demandante AYV.

3. Segundo problema jurídico: *¿Concurren los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado?*

Tesis del Tribunal: Concurren los presupuestos necesarios para que se configure la

responsabilidad extracontractual y patrimonial del ICBF y el CEDER, por cuanto tenían el deber de proteger la integridad del menor de AYV por la posición de garantes que asumieron, además que, no se demostró ninguna causal eximente de responsabilidad.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) los hechos relevantes acreditados, ii) el daño antijurídico: iii) el régimen de responsabilidad aplicable y iii) la imputación.

3.1. Hechos relevantes acreditados

- Entre el ICBF y el CEDER se suscribió el Contrato de Aporte No. 17-2013-245 del 13 de diciembre de 2013 que tiene como objeto *“Garantizar la aplicación del Modelo de Atención en las Modalidades de INTERVENCIÓN DE APOYO DISCAPACIDAD, HOGARES SUSTITUTOS ONG-DISCAPACIDAD y SEMINTERNADO DISCAPACIDAD para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes que tienen un proceso administrativo de restablecimiento de derechos abierto a su favor, conforme a las disposiciones legales y a los lineamientos técnicos del Modelo de Atención y de la Modalidad vigentes para la prestación del servicio”*, (fls. 990 a 995 C1 C) de cuyo clausulado se extrae:

“(…) SEGUNDA. -OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: El OPERADOR se obliga con el ICBF, en general a cumplir cabalmente con el objeto y cláusulas del presente contrato, la Constitución Política de Colombia y las disposiciones legales vigentes en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en especial a:

(…)

12. Adelantar todas las acciones que sean necesarias para evitar que los beneficiarios se evadan de la Modalidad, fallezcan, sean víctimas de violencia sexual o de cualquier maltrato incluso, el Institucional.

13. Realizar los respectivos reportes, registros y denuncias que se requieran en caso de que un beneficiario se evada de la Modalidad, fallezca, sea víctima de violencia sexual o de cualquier forma de maltrato incluso, el Institucional.

(…)

TERCERA. -OBLIGACIONES DEL ICBF: El ICBF se obliga en especial a: Ejercer el control sobre el cumplimiento del contrato a través del supervisor del mismo.

(…)

CUARTA. -PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución del contrato a suscribirse será desde el 16 de diciembre de 2013 y hasta el 31 de julio de 2014 (…)” (Se destaca)

- Mediante fallo proferido por la Defensoría de Familia Regional Caldas el 5 de marzo de 2014, se declaró vulnerados los derechos de menor AYV y se confirmó, como medida provisional de restablecimiento de derechos, la vinculación a un programa de Atención Especializada en modalidad de Seminternado en el Centro de Educación Especial CEDER (Fls. 766 a 768 C1B).
- AYV ingresó el 7 de marzo de 2014 al CEDER, según formato de seguimiento (fls. 423 – 425 C1A).
- En el Informe técnico suscrito por la Coordinadora Técnica, la Coordinadora Modalidad Externado, la psicóloga y la Trabajadora Social, todas servidoras del CEDER (Fls. 544 a 545 C1A), respecto a la ocurrencia del abuso sexual señalaron:

“(…) El día 24 de abril de 2014 a las 10.00 am se recibe la visita de la señora Luz Dary Villegas acompañada de su hijo AYV para contar una situación ocurrida el día martes 22 de abril de

2014.

“Profesora vengo a contarle algo que sucedió con el joven Daniel y mi hijo AYV, el martes acá en la institución y en la casa de Daniel”. La Señora concede la palabra a AYV (...) quien relata la siguiente situación a la profesora Natalia Rivera Duque:

“Profesora lo que pasa es que el martes Daniel me encerró en el baño del tercer piso y me dijo que le diera besos en el pene y que no gritara ni le contara a nadie porque o si no (sic) él me pegaba y Sebastián el que hace el aseo golpeo en el baño y yo le dije que estaba haciendo una necesidad que por eso no le podía abrir, era mentira, era porque Daniel me tenía amenazado y me daba miedo que me pegara, por eso yo le di besos en el pene (...)”.

- En el Oficio S-2013-/SIJI-GIVDI-38.10 del 25 de abril de 2014, suscrito por John Alexander Gallego Blandón- Investigador de la SIJIN de la Policía Nacional (fls. 794 vto a 795 C1B), a través del cual remitió a la Defensora de Familia el relato sobre los hechos de la señora Luz Dary Villegas, madre de AYV, se destaca:

“(...) me dijo que a ese (vocabulario soez) de Daniel no le volviera a abrir la puerta porque se lo llevó con mentiras para la casa de él (...) le hizo quitarse la camisa y lo amarró con las manos atrás, para sacarle el pipi al niño y podérselo chupar (...) que después lo besó en la boca a las bravas (sic) (...) me dijo que lo empelotó y que empezó a meterle la lengua por el rabito, y que le metió el pene por el rabito (...) hay (sic) fue donde mi hijo me dijo que lo cogió en el CEDER también y que lo cogió a la brava y que lo violó en el baño del tercer piso que lo cogió y le hizo lo mismo”.

- En el Informe Pericial de Clínica Forense DSCLD-DROCC-02107-2014, expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 25 de abril de 2014 (Fls. 204 a 2016 C14), quedó consignada la valoración realizada por la perito Lina Mercedes Patiño Giraldo a AVY y del cual se destaca:

“(...) Valoración de lesiones: No existen huellas externas de lesión reciente al momento del examen que permitan fundamentar una incapacidad médico legal.

Se trata de un niño de 11 de años (...) quien manifiesta que consiguió un amigo en el colegio, que tiene 22 años y que le daba regalos. Dice el martes pasado (22 de abril) lo violó, que ocurrió dos veces, una en un baño en el colegio y otra en la casa del agresor (...) Al examen de las áreas extragenital (sic) y paragenital no se encuentran lesiones. No hay lesiones genitales externos ni en el ano, el cual presenta forma y tono normales. Con estos hallazgos no es posible confirmar ni descartar el abuso, debe tenerse en cuenta el relato del menor (...)”.

- En Informe Pericial 111 del 27 de noviembre de 2014, suscrito por la Psicóloga Luz Stela Paipilla Jiménez del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Fls. 190 a 203 C4), en el cual quedaron consignadas las siguientes conclusiones respecto a la valoración realizada a AYV:

- *Sobre los hechos que se investigan, se puede concluir que en la entrevista actual realizada al menor AYV disminuye la coherencia, la lógica del relato, igualmente también disminuye la consistencia al confrontar la narración actual con las narraciones brindadas por el examinado en otros momentos del proceso.*

- *Teniendo en cuenta el funcionamiento intelectual que se evidencia clínicamente como*

retardo mental leve, la edad del examinado, la mínima educación adquirida por él, su baja capacidad de abstracción, sus limitaciones a nivel cognitivo, social emocional, se considera que el examinado no está en la capacidad adecuada para comprender la naturaleza, magnitud y consecuencias de las relaciones sexuales y por tanto para expresar su consentimiento para una relación sexual con base en una realidad objetiva.

▪ *En la actualidad no se aprecian en el menor AYV síntomas graves que alteren de manera grave significativa su funcionamiento general, la vida social, afectiva el estado anímico, comportamental y psicológico no están afectados en tal magnitud que le impidan mantener su existencia en forma adecuada, sin embargo, si es recomendable que tanto el menor como su familia continúen con apoyo psicoterapéutico, con el fin de darle continuidad al tratamiento que se le ha realizado hasta el momento ” (Destaca la Sala)*

- El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2018 (fls. 1 a 15 C2), dentro del proceso penal radicado No. 1700016106799-2014-81664-00, condenó a Daniel Alejandro Palacio por el delito de Abuso Sexual Abusivo con incapaz de resistir, destacándose en dicha providencia, lo que se lee a continuación:

“(...) el enjuiciado (Daniel Alejandro Palacio) tenía pleno conocimiento y conciencia de esa acción ilegítima (abuso al menor AYV) pues actuó de manera soterrada en un baño del tercer piso del CEDER y después en la intimidad de su casa, amenazando al menor AYV y conminándolo a mantener su silencio, porque tenía el conocimiento potencial de que lo que estaba realizando estaba prohibido, lo que permite, por contera, predicarse su Culpabilidad, por cuanto a pesar de también contar con un retraso mental el procesado tuvo la suficiente inteligencia para empezar a darle regalos al menor, ganarse la confianza de la madre Luz Dary Villegas Ramírez y aprovechar su mayoría de edad, su fuerza y los momentos en que estuvo solo para obligar al menor a sostener encuentros de naturaleza sexual, situación totalmente reprochable (...)”

- El testimonio de AYV, que se llevó a cabo en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, respecto a los hechos materia de análisis señaló que:

“(...) estaba en el CEDER sentado en una escaleras y a nosotros nos habían dado un papel con unas boletas para vender una rifa de un pollo (...) entonces Daniel (Palacio) salía a las 12 y yo me tenía que quedar hasta las 4, yo estaba sentado en las escalas y él me dijo Alberto mine (sic) acompáñeme al tercer piso, entonces fui y lo acompañé (...) ahí me metió para el baño, ahí en el baño empezó a abusar de mí y me empezó a decir piro hijueputa si usted habla o que grita yo lo mato acá dentro del baño, pues yo estaba muy pequeñito, yo no sabía que era eso, yo era temblando y con miedo, él me empezó a bajar los pantalones, empezó a chupármelo, empezó a manosearme, entonces yo me empecé a subir a una ventanita y había un pelao (sic) de aseo que se llamaba Sebastián Ocampo, yo le dije que estaba ahí pero no estaba haciendo nada malo, él estaba ahí amenazándome que no le fuera a nadie, entonces él me tumbó de ahí, yo caí al piso acostado, empezó a quitarme el pantalón a la fuerza y empezó a metérmelo, ahí yo sentí una baba, yo no sabía que era esa baba (...)” (fl. 39 C2 CD2)

- La señora Mónica Marín Vásquez, declaró ante el Tribunal (fl. 1044 C1C), y señaló que conoció sobre el abuso de AYV a los 8 días de su ocurrencia, aclarando que ocurrió el 22 de abril 2014, cuando el mismo le contó que Daniel Palacio lo tenía amenazado y que por esa razón no le había contado.

- La señora Natalia Rivera Duque, declaró ante el Tribunal (fl. 1044 C1C), y manifestó que el 24 de abril del 2014 la señora Luz Dary Villegas se acercó a informarle que había un

presunto abuso; que semanas antes había hablado con la madre de AYV manifestándole la inconveniencia de la amistad de su hijo con Daniel Alejandro Palacio y que la familia de AYV consentía esa amistad.

- La señora Natalia Holguín Ciro declaró ante el Tribunal (fl. 1044 C1C), y manifestó que no le constaban los hechos por cuanto no presencié absolutamente nada, lo que conoce fue lo que le comentaron las profesoras de la institución; refirió además acerca del retraso leve, así como el diagnóstico de hiperactividad cinética que padece AYV, lo cual hace que sea un joven con tendencia a la agresividad, no acata las órdenes que le dan las profesoras, y que las tareas y dinámicas que debían realizarse con la familia en el plano del programa de restablecimiento de derechos, no era atendido en debida forma en su casa.

3.2. Presupuestos de la responsabilidad del Estado

3.2.1. El daño antijurídico

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “*principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*”¹⁷.

Asimismo, es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente esa Corporación un “*Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos*”¹⁸. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁹, anormal²⁰ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²¹.

3.2.2. Régimen de responsabilidad aplicable

A la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P., la naturaleza *antijurídica del daño* se infiere de su carácter grave, particular e injustificado y la obligación de repararlo de su *imputabilidad al Estado*. Este presupuesto se establece cuando (i) se acredita que el daño fue causado por la actuación o la omisión de un agente estatal o (ii) cuando se demuestra que el Estado detentaba el *poder de control* sobre la cosa peligrosa causante del daño o que había asumido

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹⁸ Agregándose: “*Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana*”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550. Sección Tercera, Consejo de Estado.

¹⁹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

²⁰ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²¹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

posición de garante de la víctima.

En la teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”²².

Al respecto al Sección Tercera del Consejo de Estado²³, ha señalado:

“17. Cuando la imputación de responsabilidad se deduce de la creación o de la asunción de un riesgo, la entidad demandada sólo se exonera si acredita la existencia de una causal que rompa el nexo de causalidad, esto es, si demuestra que el daño fue producto en forma determinante y exclusiva por la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, la cual sólo se configura si se trata de una circunstancia ajena a la prestación del servicio que no formaba parte del riesgo que comportaba su prestación.

La responsabilidad por la asunción del riesgo (posición de garante) sustenta la obligación indemnizatoria del Estado (i) en relación con los bienes, en los eventos en los que ha recibido su tenencia, que es lo que ocurre en los casos de decomisos o retenciones, cuando estos se pierden o se devuelven deteriorados a su propietario; y (ii) en relación con las personas, particularmente en el caso de las lesiones o muertes sufridas por los conscriptos y por las personas privadas de su libertad en un centro de reclusión. Frente a estos últimos, en la medida en que se trata de personas que se encuentran por cuenta de las autoridades sin el concurso de su voluntad, sobre el Estado pesa una obligación de resultado que lo obliga a responder por los daños que sufran durante su detención.

En este punto se ha dicho:

(...) Es cierto que frente a los reclusos y conscriptos, el Estado tiene una obligación de resultado, lo cual significa que si no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que se encontraba antes de su reclutamiento o retención, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que este haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar o a la detención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un simple comportamiento sino la obtención efectiva de un resultado determinado.²⁴

(...) En efecto, el carácter particular de esta situación implica que corresponde al Estado garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad y la asunción de todos los riesgos que, en esa precisa materia, se creen como consecuencia de tal circunstancia. Bajo esta óptica, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado, en su vida o en su integridad corporal, a quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que aquel es imputable al Estado, salvo en los casos en que este haya ocurrido por una causa extraña,

²² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

²³ Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz, sentencia 3 de agosto de 2020. Rad.: 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345).

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13329.

*cuya demostración corresponderá a la parte demandada”.*²⁵

18.- El razonamiento anterior aplica plenamente al caso sub judice, en el que el daño imputado a la entidad es la muerte de una niña de 17 meses de edad por “insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asfixia mecánica. Sofocación por obstrucción de vía aérea. Broncoaspiración alimentaria”²⁶ y el mismo ocurrió cuando la niña se encontraba bajo el cuidado de una madre sustituta que prestaba un servicio por cuenta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el cual comprendía suministrarle la alimentación a la menor. En los términos de la doctrina de la imputación objetiva no sólo está probado que se asumió un riesgo, sino que está probado que <<ese riesgo es el mismo que se ha concretado en la producción del resultado>>²⁷.

La posición de garante se estructura en casos excepcionales y los criterios de determinación de su existencia provenientes del derecho penal, que es donde se estructura esta noción, sirven también para delimitarla. El deber jurídico del que nace la posición de garante puede surgir de la ley o de un contrato, pero particularmente surge de su asunción voluntaria o de la injerencia del responsable o de la asunción del dominio del riesgo siempre y cuando “lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero”, la cual también surge cuando la persona “asume voluntariamente controlar una fuente que existe previamente”. Frente a quien asume el riesgo, se encuentra el “garantizado o protegido” que es “quien tiene el derecho a ser salvaguardado de los riesgos que se ciernen sobre él”²⁸

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: i) el régimen de responsabilidad aplicable en materia de la responsabilidad del Estado derivado de la prestación del servicio de bienestar familiar o de las actividades que se desarrollan en los establecimientos o instituciones del Estado destinadas a cumplir con los mandatos constitucionales del artículo 42 y 44 C.P., esto es del ICBF y el CEDER y; ii) la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

3.2.3. Régimen Legal y análisis de las funciones del ICBF

La Sala encuentra necesario precisar la naturaleza jurídica del ICBF, sus competencias y el marco general en el que se encuadra el ejercicio de sus funciones públicas dentro del Ordenamiento jurídico colombiano.

Así, con la Ley 7 de 1979, se instituyó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. Además, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con competencia a nivel nacional.

En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006. C.P. Alier Hernández Enríquez. Exp. 20125

²⁶ Folios 1 al 7 del cuaderno 2

²⁷ Cita de cita: Claudia López Díaz, Introducción a la Responsabilidad Objetiva, Universidad Externado de Colombia, página 110.

²⁸ Consejo de Estado Sección Tercera. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz, sentencia 3 de agosto de 2020. Rad.: 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345).

Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: *i)* el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior; *ii)* el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.)²⁹; *iii)* la protección especial a 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 no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión; *iii)* 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 riesgosos, y *iv)* la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado³⁰.

El Consejo de Estado ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o pretensión de reparación directa–, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF u otro establecimiento vinculado a dicho Instituto, de la siguiente forma:

“En concepto de la Sala, la suma de las anteriores disposiciones muestra con claridad que los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana.

(...)

“Empero, debe precisarse que la responsabilidad patrimonial del Estado no sólo se estructura sobre las acciones o las omisiones de aquellos que son sus servidores oficiales, sino también por la de aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación.

“Los hogares comunitarios fueron concebidos institucionalmente como un programa a manera de mecanismo de participación de la misma ciudadanía de escasos recurso como aporte al Estado en la solución de sus problemas apremiantes. Pese a la estructura organizativa interna que se les ha dado a los hogares comunitarios y la forma como ellos funcionan pues tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo representativo que surge con el I.C.B.F., tanto es así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto.

²⁹ El principio de interés superior de los niños y niñas está incorporado al ordenamiento jurídico a través de la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, de manera concreta en el artículo 3 de esa normativa.

³⁰ “El artículo 44 de la Constitución Política prescribe que la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión son derechos fundamentales de los niños, a lo cual agrega que éstos serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. En el mismo contexto, la norma advierte que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, por lo que, en atención a dicho mandato, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Lo anterior -se entiende- es consecuencia directa de lo previsto en el último aparte de la norma, según el cual, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Corte Constitucional, sentencia T-1226 del 23 de febrero de 2006; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*“Asimismo, pueden comentarse otras circunstancias que también permiten su vinculación, como son: **la permanente coordinación y asesoría del Instituto sobre los hogares comunitarios, el aporte también permanente que de su presupuesto hace el Instituto para el sostenimiento de éstos; la capacitación y escogencia del personal que los manejarán, entre otros. Las asociaciones de padres que administran tales hogares aunque tienen personería jurídica propia no son entes completamente autónomos del Instituto. Ellos contribuyen con la entidad pública citada en forma mancomunada en la prestación del servicio público. Dichos hogares no son de ninguna manera una forma de administración delegada, sino un mecanismo de participación ciudadana en la ejecución de una función que le corresponde al Estado. El ente público permite que los particulares coejecuten con él un cometido público que si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que la misma institución les traza. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar como rueda suelta de todo el endrenaje (sic) que para tal efecto ha diseñado el Instituto.***

*“En el asunto sub-examine **la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a su nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos y desarrolla en su representación los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. Por ende sus acciones o sus omisiones son responsabilidad del Instituto**”³¹ (Negrillas y subrayas fuera de los textos originales).*

3.2.4. Régimen Legal y análisis de las funciones del CEDER

La Corporación Alberto Arango Restrepo – CEDER, de acuerdo con la Resolución No. 1812 de 11 de mayo de 1973³², de la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas, es una entidad sin ánimo de lucro con personería jurídica y, en la actualidad tiene, entre otras funciones, dentro de su objeto social, las siguiente:

“(…) -Aportar al mejoramiento de la calidad de vida y al desarrollo inclusivo de las personas en riesgo social y/o de vulnerabilidad, mediante la realización de programas y proyecto para el desarrollo integral de niños, niñas, adolescentes, adultos y adultos mayores y para sus familias, a través de actividades lúdicas, educativas, terapéuticas, artísticas, de sensibilización, evaluación, orientación, asesoría, investigación, capacitación, promoción, colocación laboral y prevención, que apunte al cumplimiento de la misión institucional.

- Conformación de alianzas estratégicas con entidades públicas, privadas, nacionales e internacionales, jurídicas y personas naturales para la prestación, gestión, operación y financiación de los programas, servicios y actividades institucionales que sean consecuentes con la misión institucional”.

De acuerdo con el anterior marco de funcionamiento, el CEDER suscribió con el ICBF el Contrato de Aporte 17-2013-245 del 13 de diciembre de 2013 que tiene como objeto: *“Garantizar la aplicación del Modelo de Atención en las Modalidades de INTERVENCIÓN DE APOYO DISCAPACIDAD, HOGARES SUSTITUTOS ONG-DISCAPACIDAD y SEMINTERNADO DISCAPACIDAD para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes que*

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de diciembre de 1993, Exp. 8.218, M.P. Julio César Uribe Acosta, posición jurisprudencial reiterada en sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. 18.195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y en la sentencia proferida el 23 de junio de 2011, Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

³² Folios 700 a 704 C1 B).

tienen un proceso administrativo de restablecimiento de derechos abierto a su favor, conforme a las disposiciones legales y a los lineamientos técnicos del Modelo de Atención y de la Modalidad vigentes para la prestación del servicio”.

3.3. Caso Concreto

La Sala encuentra claramente acreditado el daño antijurídico, consistente en abuso sexual del menor de edad AYV por parte de Daniel Alejandro Palacio, el 22 de abril de 2014, situación que se encuentra plenamente acreditada, con el testimonio del menor, rendido en el juicio oral dentro del proceso radicado No. 1700016106799-2014-81664-00 en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, así como la sentencia condenatoria emitida por ese Despacho Judicial.

Por el contrario, no se encuentra acreditado que, con posterioridad a la fecha en que la madre de AYV informara a los directivos del CEDER los hechos ocurridos el 22 de abril de 2014, esta haya permitido confrontaciones físicas entre AYV y Daniel Alejandro Palacio dentro de la Institución.

Existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que el daño es jurídicamente atribuible a las entidades demandadas, por las siguientes razones:

- Tal y como quedó demostrado, para el instante de los hechos, esto es el 22 de abril de 2014, el menor de edad AYV se encontraba en una situación de incapacidad dada su edad -11 años- y, adicionalmente, según la valoración realizada por los profesionales del CEDER tenía una edad mental de 8 años, lo cual le impedía autodeterminarse y/o protegerse.

- Fue el ICBF quien remitió al CEDER a AYV, para que iniciara el programa de Seminternado, con el objeto de continuar con el programa de Restablecimiento de Derechos, esto según lo indicó el mismo fallo proferido por la Defensora de Familia que consideró: *“encuentra esta Defensoría que el niño AYV, se encontraba en situación de RIESGO, AMENAZA Y VULNERACIÓN de sus derechos, ya se encontraba con conductas de calle y problemas de comportamiento al no acatar las normas del hogar (...)”*³³.

Por lo que se colige claramente que, el fin de la medida era mejorar las condiciones personales, familiares y sociales del menor de edad y, en todo caso no hacerlas más gravosas al ingreso de este a dicha institución.

Por lo tanto, ambas entidades, al determinar la atención de la víctima como se describió, asumieron *posición de garante* respecto de la vida, integridad del menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí mismo; es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico el ICBF estaba compelido a impedir la concreción del resultado dañoso³⁴.

³³ Ver Fl. 767 C1B

³⁴ *“La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed.*

Respecto de la posición de garante, el Consejo de Estado ha señalado:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida”³⁵.

- El ICBF asumió ese deber de garante al remitir al CEDER al menor de edad para el Programa de Restablecimiento de Derechos, en el *seminternado*, así mismo, según el Contrato de Aporte No. 17-2013-245 del 13 de diciembre de 2013 cláusula tercera, la entidad se obligó a *“Ejercer el control sobre el cumplimiento del contrato a través del supervisor del mismo”*. Obligaciones que de forma general dicha entidad, asume de acuerdo con la función pública que desempeña.

Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

En jurisprudencia del 28 de octubre de 2010 (radicado 32.582), la Corte Suprema de Justicia discurrió de la siguiente manera:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

“Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

“En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

“En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, por que defrauda las expectativas.

“La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura. (...)

“Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”. (Negritas y subrayas fuera del texto original). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32582, M.P.: Javier Zapata Ortiz. En el mismo sentido ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, Proceso No 26409, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2012, proceso 33920, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 12 de junio de 2013 Exp. 28.390 y del 24 de julio de 2013, Exp. 23.958, entre otras.

- Por su parte, en virtud del referido contrato, el CEDER se comprometió a “*Adelantar todas las acciones que sean necesarias para evitar que los beneficiarios se evadan de la Modalidad, fallezcan, sean víctimas de violencia sexual o de cualquier maltrato incluso, el Institucional*”, con lo que se materializó la posición de garante frente al menor AYV.

- Así mismo, se encuentra plenamente acreditado que, Daniel Alejandro Palacio abusó sexualmente del menor AYV en el tercer piso de las instalaciones del CEDER, ello, según la declaración rendida por la víctima del juicio penal y la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales del 2 de abril de 2018, que condenó a Daniel Alejandro Palacio por el delito de *abuso sexual abusivo con incapaz de resistir*.

- El ICBF a través del CEDER tenían el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la libertad sexual de AYV; sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre el niño puesto bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, este fue objeto de actos sexuales por Daniel Alejandro Palacio al interior de las instalaciones del CEDER, esto es, mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de una institución vinculada contractualmente al ICBF.

Por consiguiente, encuentra la Sala incuestionable el hecho de que el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que el menor de edad AYV fuera abusado. Así como también es claro que, dicha actividad debe contar con algunos estándares de calidad que deben ser seguidos por las instituciones que desarrollan los programas del ICBF y asumen no solo el plan, sino también el cuidado de los niños y niñas a su cargo con el fin de evitar ponerlos en riesgo, por todo tipo de conductas que bien se hubieran podido evitar. En consecuencia, el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección– era exigible a las entidades demandadas.

No obstante lo anterior, les era posible exonerarse mediante la acreditación de una causa extraña (v.gr. el hecho determinante y exclusivo de la víctima); sin embargo, en el asunto concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto, del acervo probatorio se desprende que era previsible, ello en tanto, se trata de un menor de 14 años, con las características mentales y de desarrollo que tenía AYV, quien no debe estar desprovisto (y ninguno otro) de vigilancia y protección, teniendo en cuenta las circunstancias de la población vulnerable que atienden en esa institución.

No puede pasarse por alto que la institución alberga en sus distintos programas menores de edad, también mayores de edad y, personas con algún tipo de discapacidad; situación que obliga a sus cuidadores y educadores a adoptar medidas para ejercer una mayor seguridad de quienes son usuarios de los servicios educativos que allí prestan.

Cabe mencionar que, las entidades demandadas han procurado en su defensa, la desacreditación del menor de edad, haciendo relación a sus condiciones especiales, por ejemplo: su agresividad, la falta de acatamiento a las órdenes de sus padres y profesores, señalándolo como una persona conflictiva, o haciendo alusión a las condiciones familiares y hasta de violencia intrafamiliar que lo rodean; lo cierto es que, dichas circunstancias no tienen mérito alguno para eximir la responsabilidad que aquí se ha atribuido, porque se insiste, las entidades asumieron el deber de garante frente a la víctima, y por el contrario, esas características lo que hacen es reiterar las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraba el menor de edad al momento de los hechos.

Por otro lado, la defensa del CEDER refirió que los actos sexuales fueron consentidos por AYV y que por lo tanto no podía hablarse de un abuso de carácter sexual. Empero lo anterior, el delito por el cual fue condenado Daniel Alejandro Palacio, es el establecido en el artículo 210 del Código Penal, que señala: *“ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años”*.

Se trata de un tipo penal que busca proteger la integridad de aquellos que no están en la capacidad mental de entender un acto de carácter sexual; debe entenderse entonces, que acá no se atiende ningún tipo de elemento volitivo de la víctima, es decir, la Ley Penal comprende que aquellos sujetos simplemente no están en la capacidad mental de entender y/o aceptar un acto sexual en contra de ellos.

Por lo tanto, se asume que el menor de edad AYV no estaba en la capacidad mental de aceptar el acto abusivo del que fue víctima. Respecto a la incapacidad del menor de edad, obra Informe Pericial No. 111 del 27 de noviembre de 2014, suscrito por la Psicóloga Luz Stela Paipilla Jiménez del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que, con contundencia señaló: *“se considera que el examinado no está en la capacidad adecuada para comprender la naturaleza, magnitud y consecuencias de las relaciones sexuales y por tanto para expresar su consentimiento para una relación sexual con base en una realidad objetiva”*.

3.4. Conclusión

Corolario de lo expuesto encuentra la Sala que, las entidades demandadas son responsables patrimonialmente por los perjuicios ocasionados por los actos sexuales de los cuales fue víctima el menor de edad AYV el 22 de abril de 2014, por cuanto: i) ocurrió en las instalaciones del CEDER; ii) las entidades demandadas tenían el deber de proteger la integridad del menor por la posición de garantes que asumieron y iii) no se demostró ninguna causal eximente de responsabilidad.

Por lo anterior, el ICBF y el CEDER están en la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados a AYV.

Ahora bien, en cuanto al porcentaje de participación en la producción del daño del ICBF será del 20%, ello teniendo en cuenta el deber jurídico que le asistía de inspección y vigilancia y el del CEDER será del 80%, toda vez que, materialmente a ella fue encargada la guarda del menor de edad AYV en sus instalaciones, lugar donde ocurrieron los hechos.

4. Liquidación de perjuicios

Para el reconocimiento de perjuicios se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La legitimación para reclamar; 2. La demostración del perjuicio; 3. La relación de causalidad entre el perjuicio y la indemnización solicitada.

4.1. Legitimación en la causa por Activa

Comparece al proceso el menor de edad AYV, quien en su calidad de víctima directa, por haber padecido la lesión, se encuentra legitimado en la causa material por activa en este

proceso para reclamar la reparación del perjuicio.

4.2. Perjuicio moral

El Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2014³⁶, con el propósito de estandarizar la indemnización de perjuicios morales en casos de lesiones, unificó su jurisprudencia, estableciendo una tabla escalonada en la que se disponen varios niveles indemnizatorios presuntivos, de acuerdo con la gravedad de la lesión, y la proximidad afectiva de los terceros con la víctima directa, determinada inicialmente por el grado de consanguinidad -o civil-, hasta llegar a los no familiares. Explica la sentencia:

“Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a unificar su jurisprudencia en torno a los perjuicios morales a reconocer a la víctima directa y sus familiares en caso de lesiones personales.

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

De manera que, a partir de esta providencia, cuya observancia se impone en tanto precedente vertical de unificación, la tasación de la indemnización de perjuicios morales en casos de lesiones, atenderá la tabla escalonada por niveles que en ella se establece, destacándose que, en todo caso, a menos que exista prueba técnica que dé cuenta de la

³⁶ Sección Tercera. Expediente 31172, CP. Olga Mélida Valle de La Hoz

pérdida de capacidad laboral en términos porcentuales, en la determinación de la levedad o gravedad de la lesión persistirá el arbitrio judicial, correspondiendo al juez ubicar la lesión en uno u otro nivel de acuerdo al nivel de gravedad de la misma según los medios de prueba de que disponga, al decir de la providencia que *“La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.”*

4.3. Daño a la Salud

La parte demandante reclama la indemnización del daño a la vida de relación ya que el joven AYV presenta problemas neurológicos que afectan su mejoría frente a los problemas de conducta tanto de tipo familiar como social presentando cambios de personalidad.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁷ adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad sicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al daño a la vida de relación, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada *“daño a la salud”*.

Además, respecto de la indemnización del daño a la salud, señaló que procede únicamente en favor de la víctima directa del daño, dependiendo de la gravedad o levedad de la lesión, con base en el porcentaje de disminución de la capacidad sicofísica que se hubiere causado, así:

Reparación daño a la salud	
Gravedad de la lesión	Indemnización en S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100 S.M.L.M.V.
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 S.M.L.M.V.
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 S.M.L.M.V.
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 S.M.L.M.V.
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 S.M.L.M.V.
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 S.M.L.M.V.

4.4. Caso concreto

De las pruebas aportadas en el proceso se tiene que, el 22 de abril de 2014, AYV fue víctima de una agresión sexual al interior del CEDER; que en días posteriores al hecho dañoso, le fue practicada la valoración médico legal, sin evidenciar rasgos físicos de lesiones. Adicionalmente, en valoración psicológica, realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, se determinó que el menor no presentaba mayores alteraciones anímicas, comportamentales o psicológicas, sin embargo, si recomendó la profesional que realizó el dictamen: *“(…) si es recomendable que tanto el menor como su familia continúen con apoyo psicoterapéutico, con el fin de darle continuidad al tratamiento que se le ha realizado hasta el momento”*.

En formato de seguimiento del Seminternado-Evolución Terapéutica (fl. 49 C1), la psicóloga Cindy L. Henao Restrepo, suscribió nota del 27 de enero de 2015, en valoración realizada al menor AYV respecto a los hechos ocurridos, quien manifestó: *“Cuando se le pregunta por lo*

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth y exp. 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

que ha pasado con este tema, refiere que no sabe nada, que él ya no piensa en eso. Se le pide reconocer dos sentimientos que le produce recordar ese momento a lo que refiere “alegría y tristeza, tristeza de lo que me hizo y alegría de pensar que va a llegar alguien y le va hacer cosas peores a él” Se evidencian deseos de venganza y rencor cuando habla de Daniel (...)”

Los anteriores medios probatorios conducen a la Sala a concluir que, el abuso sexual que recibió el niño, pese a que no dejó secuelas físicas permanentes en su cuerpo; sí produjo lesiones de orden psíquico, que comportan además un sufrimiento de orden moral, derivado de la ansiedad, desasosiego, tristeza y rencor que el niño experimenta como consecuencia de lo sucedido, lo cual además contribuyó a su ya deficiente estado de desarrollo.

Lo anterior permite a la Sala inferir el perjuicio moral y el daño a la salud padecido por AYV, aun cuando no exista dictamen de incapacidad. Por lo tanto, la compensación por concepto de estos perjuicios para AYV como víctima directa de los hechos, corresponde a:

Tipo de perjuicio	SMMLV
Perjuicios morales	10
Daño a la salud	10

4.5. Conclusión

Corolario, se encontraron demostrados los perjuicios inmateriales, esto es, el daño moral y el daño a la salud, sufrido por AYV, consistente en las lesiones de orden psíquico, que comportan además un sufrimiento de orden moral, derivado de la ansiedad, desasosiego, tristeza y rencor que el niño experimenta como consecuencia de lo sucedido, lo cual además contribuyó a su ya deficiente estado de desarrollo.

5. Tercer problema jurídico: ¿Debe el llamado en garantía responder por los perjuicios ocasionados?

Tesis: Seguros del Estado como llamado en garantía debe pagar la indemnización directamente a la parte demandante, en virtud de la póliza 42-40-101014342 hasta el límite fijado en el agregado anual de doscientos treinta y ocho millones ochocientos cuarenta y tres mil ochocientos sesenta y un pesos (\$2.38.843.861), con un deducible del diez por ciento (10%).

5.1. Consideraciones

- La aseguradora adujo que, el CEDER no está legitimado para pretender el pago de una posible condena o reembolso, pues según la cláusula primera, dicha entidad no es la beneficiaria de la póliza.

Al respecto la Sala encuentra que, está probado que la llamada en garantía, expidió la póliza de *Responsabilidad Civil Extracontractual Derivada de Cumplimiento – RCE Contrato*, número 42-40-101014342³⁸, cuya vigencia se extendió desde el 16 de diciembre de 2013 al 31 de octubre de 2014 y que amparaba los casos de responsabilidad civil por muerte o lesión de una persona hasta un monto de \$238.843.861.

³⁸ Fls 918 a 925 C.1B

El objeto del seguro consistía en la responsabilidad civil extracontractual derivada de la ejecución del contrato de aporte 17-2013-245 del 13 de diciembre de 2013 suscrito entre el ICBF y el CEDER.

En cuanto a los amparos señala el de *Predios, Labores y Operaciones*, y en el documento de “condiciones generales” se precisa que:

“SEGUROS DEL ESTADO S.A. QUE EN ADELANTE SE DENOMINARÁ SEGURESTADO, EN VIRTUD DEL OTORGAMIENTO DE LA PRESENTE PÓLIZA SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL BENEFICIARIO, HASTA EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO PACTADO, LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES (DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, SIN EXCEDER DEL SUBLÍMITE DE VALOR ASEGURADO DEL VALOR ASEGURADO QUE PARA LUCRO CESANTE SE ESTABLECE EN LA CARATULA) QUE LE CAUSE EL ASEGURADO, CON MOTIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN QUE INCURRA DE ACUERDO CON LA LEY COLOMBIANA POR HECHOS OCURRIDOS COMO RESULTADO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AFIANZADO ESTIPULADO EN ESTA PÓLIZA Y DURANTE LA VIGENCIA DE LA MISMA, DE CARÁCTER ACCIDENTALES, SÚBITOS E IMPREVISTOS IMPUTABLES AL ASEGURADO, QUE ORIGINEN LA MUERTE, LESIÓN O MENOS CABO EN LA SALUD DE LAS PERSONAS Y/O EL DAÑO O LA DESTRUCCIÓN DE BIENES Y/O PERJUICIOS ECONÓMICOS, INCLUYENDO CESANTE, COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE TALES HECHOS.

LA PRESENTE PÓLIZA TIENE COMO PROPÓSITO EL RESARCIMIENTO DE LA VÍCTIMA, LA CUAL, EN TAL VIRTUD SE CONSTITUYE EN EL BENEFICIARIO DE LA INDEMNIZACIÓN, SIN PERJUICIO DE LAS PRESTACIONES QUE SE LE RECONOZCAN AL ASEGURADO (INCLUYENDO LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES A QUE SEA CONDENADO, MEDIANTE SENTENCIA DEBIDAMENTE EJECUTORIADA, HASTA EL SUBLÍMITE DE VALOR ASEGURADO QUE PARA PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES ASUMA EL ASEGURADO, ESTABLECIDOS EN LA CARATULA).

LA VÍCTIMA TIENE ACCIÓN DIRECTA CONTRA SEGURESTADO PARA ACREDITAR SU DERECHO ANTE ELLA, LA VÍCTIMA EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA PODRÁ EN UN SOLO PROCESO JUDICIAL, DEMOSTRAR TANTO LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO Y DEMANDAR LA INDEMNIZACIÓN DE SEGURESTADO, PERO ESTA ÚLTIMA PODRÁ Oponer a la VÍCTIMA TODAS LAS EXCEPCIONES QUE HUBIERE PODIDO ALEGAR EL TOMADOR O EL ASEGURADO...” (Se resalta)

Cabe destacar aquí, la acción directa que tiene la víctima para reclamar el resarcimiento frente a la aseguradora y la obligación de esta de pagar a la víctima una vez esta acredite su derecho.

En cuanto a la calidad de tomador y asegurado, en la caratula de la póliza se menciona al CEDER y al ICBF respectivamente, sin embargo en el documento denominado “condiciones generales”, se precisa en la cláusula séptima:

El Asegurado: es la persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal conformado por varias personas naturales o jurídicas, que se encarga de ejecutar y cumplir con el objeto del contrato celebrado con la Entidad Estatal. Dentro de la vigencia asegurada quedan ampara-las personas vinculadas a éste, mediante contrato de trabajo. Tendrá también la calidad de Asegurado la Entidad Estatal contratante, limitado ello únicamente a daños producidos por el Contratista Asegurado con motivo de determinada responsabilidad civil

extracontractual en que éste incurra con ocasión de la ejecución del contrato celebrado entre la Entidad Estatal Contratista Asegurado.

Beneficiario: Los Terceros Afectados que puedan resultar perjudicados y la Entidad Estatal contratante, esta última respecto de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el Contratista Asegurado, con ocasión de la ejecución del contrato celebrado entre la Estatal y el Contratista Asegurado.

Tercero Afectado: es la persona natural o jurídica damnificada por el hecho imputable al Contratista Asegurado, y del cual resulte civilmente responsable, amparado bajo la presente póliza, y que no tenga relación de parentesco directo con el Contratista Asegurado hasta en cuarto de consanguinidad, o segundo de afinidad, y tampoco ningún grado de subordinación o dependencia.”

Por lo tanto, tienen la calidad de asegurados, tanto el CEDER quien es el que se encarga de ejecutar y cumplir con el objeto del contrato celebrado con la entidad estatal y el ICBF en calidad de entidad estatal contratante; por tanto, es claro que el CEDER al tener un interés asegurable, podía solicitar la vinculación de la aseguradora a este proceso en virtud de la póliza contratada.

Por lo anterior, no prospera la excepción planteada por la aseguradora.

- Seguros del Estado adujo además que, el presente asunto se reduce a una responsabilidad civil contractual y, por lo tanto, no tiene la obligación de indemnizar toda vez que, la póliza cubre casos de responsabilidad extracontractual.

Dicho argumento no es de recibo por la Sala toda vez que, el Contrato de Aporte 17-2013245, tiene como objeto *“Garantizar la aplicación del Modelo de Atención en las Modalidades de INTERVENCIÓN DE APOYO DISCAPACIDAD, HOGARES SUSTITUTOS ONG-DISCAPACIDAD y SEMINTERNADO DISCAPACIDAD para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes que tienen un proceso administrativo de restablecimiento de derechos abierto a su favor, conforme a las disposiciones legales y a los lineamientos técnicos del Modelo de Atención y de la Modalidad vigentes para la prestación del servicio”*.

Es evidente que, lo aquí reclamado por los terceros afectados, es el hecho consistente en, *no cumplir con sus deberes en la posición de garantes, por permitir el abuso sexual de la víctima menor edad, por cuanto no tomaron las medidas necesarias de cuidado, atendiendo el riesgo que conlleva la educación con niños con discapacidades de diferente índole*³⁹. En absoluto los terceros afectados son parte en el contrato de aporte No. 17-2013245 suscrito entre el ICBF y el CEDER, ni aquellos aducen el incumplimiento del referido contrato, por tanto el asunto no encaja en una responsabilidad civil contractual.

Por lo anterior, no prospera la excepción planteada por la aseguradora.

- La compañía de seguros además indicó que, operó la exclusión número 2.1.6. y 2.1.7. establecidas en las Condiciones Generales del Seguro, por cuanto se configuró un incumplimiento contractual de parte del CEDER, situación que exime el pago por la aseguradora.

³⁹ Ver fundamento jurídico de la demanda.

El referido documento expresamente señala las siguientes exclusiones:

2.1.6. LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR EL ASEGURADO A RAÍZ DE LA INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES U ORDENES DE AUTORIDAD COMPETENTE, DE NORMAS TÉCNICAS O DE PRESCRIPCIONES MÉDICAS O DE INSTRUCCIONES Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.

2.1.7. LOS PERJUICIO CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL ASEGURADO, RESPECTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EN GENERAL DE TODA RESPONSABILIDAD DE NATURALEZA CONTRACTUAL.

Al respecto, debe reiterarse que, lo aquí reclamado por los terceros afectados es el hecho consistente en, *no cumplir con sus deberes en la posición de garantes, por permitir el abuso sexual de la víctima menor edad, por cuanto no tomaron las medidas necesarias de cuidado, atendiendo el riesgo que conlleva la educación con niños con discapacidades de diferente índole*⁴⁰. En absoluto se aduce el incumplimiento del contrato de aporte No. 17-2013245, por tanto el asunto no encaja en una responsabilidad civil contractual.

Además, como se señaló en el acápite 3.4. Conclusiones al segundo problema jurídico que, la Sala encontró que las entidades demandadas son responsables patrimonialmente por los perjuicios ocasionados por los actos sexuales de los cuales fue víctima el menor de edad AYV el 22 de abril de 2014, por cuanto: ocurrió en las instalaciones del CEDER; y aquellas tenían el deber de proteger la integridad del menor por la posición de garantes que asumieron. En absoluto se aduce el incumplimiento del contrato de aporte 17-2013245, por tanto el asunto no encaja en una responsabilidad civil contractual.

Por último se resalta que, la aseguradora no precisa las *disposiciones legales u ordenes de autoridad competente, normas técnicas o prescripciones médicas o de instrucciones, estipulaciones u obligaciones contractuales* que incumplió el Ceder, por lo que no es posible verificar lo afirmado por la aseguradora.

Por lo anterior, no prospera la excepción planteada por la aseguradora.

- La aseguradora excepcionó señalando que la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual no cubre daños extrapatrimoniales.

Al respecto debe indicarse que, los artículos 1127⁴¹ y 1133⁴² del Código de Comercio, responden a un patrón de reparación completa e inmediata de la víctima, que comprende la indemnización de los perjuicios de toda índole, porque el término de "*patrimoniales*" refiriéndose a la carga que surge para el asegurado y debe asumir la aseguradora.

⁴⁰ Ver fundamento jurídico de la demanda.

⁴¹ ARTÍCULO 1127. <DEFINICIÓN DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD>. <Artículo subrogado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

⁴² ARTÍCULO 1133. <ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR>. <Artículo subrogado por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con al artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia⁴³ ha precisado que, cuando el artículo 1127 del Código de Comercio, alude a *“los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado» se refiere al detrimento económico que surge para el asegurado dentro de la relación que nace en virtud del contrato de seguro, los cuales son siempre de carácter patrimonial para el asegurado, independientemente de la tipología que se les haya asignado en el proceso de responsabilidad civil”*.

Por tal razón no puede decirse que el amparo por los *“perjuicios extrapatrimoniales”* de la víctima debe estar expresamente contemplado en la póliza como resultado de una lectura simplista del precepto y en desarrollo de la libertad contractual, ya que darle ese alcance restrictivo sería ir en contra del querer del legislador y los fines que inspiraron la reforma.

Adicionalmente, el párrafo segundo, 1.1., 1. Amparos, de la Cláusula Primera de las Condiciones Generales de Seguros⁴⁴, señala con total claridad que: *“La presente póliza tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado (incluyendo los perjuicios extrapatrimoniales a que sea condenado (...))”*. Así las cosas, se concluye que dichos perjuicios se encuentran amparados.

- Propuso también la excepción de límite del valor asegurado y deducible porque consideró que en virtud de los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, el asegurado no estaba obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada y la indemnización en ningún caso podría exceder del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro. Manifestó que el límite máximo de responsabilidad asumido por la compañía era aquél que se había estipulado en la carátula de la póliza.

Le asiste razón a la aseguradora en cuanto a que no está obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada y la indemnización en ningún caso podría exceder del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro; sin embargo, en cuanto al límite del valor asegurado, el Consejo de Estado ha precisado que a pesar de que el artículo 1089 del Código de Comercio establece que la indemnización no excederá el valor real del interés asegurado, dicha norma no prohíbe que pueda indexarse el monto de la indemnización, a efectos de traer a valor presente una suma pasada aplicando los índices de precios certificados por el DANE.⁴⁵

De acuerdo con esta jurisprudencia, la indexación no conlleva el aumento o incremento del valor de la indemnización: la actualización corresponde al valor real del dinero y otorgarla en un valor inferior implicaría disminuirlo.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁶ ha reconocido la corrección monetaria en las deudas de valor, al considerar que:

“(...) la corrección monetaria, en sí misma considerada, no constituye un factor adicional del daño, como en el pasado se sostuvo por un sector de la jurisprudencia —incluida la colombiana— y la dogmática del ramo (...), toda vez que ella, en estrictez, no es más que lo que

⁴³ CSJ sentencia SC20950-2017 de 12 de diciembre de 2017. Reiterado en sentencias del 12 enero de 2018, 12 de junio de 2018, 1º agosto de 2019 y 15 agosto de 2019.

⁴⁴ Fls. 926 C1B

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera sentencias del 26 de abril y 22 de junio de 2001, exp.12917 y 11635, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de mayo de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

denota su significado semántico: la mera actualización de una determinada suma de dinero, sin que ese ajuste, per se, entrañe alteración o mutación objetiva del quantum primigenio, pues la operación de indexar conduce, necesariamente, a una cifra que equivale cualitativamente al monto que se indexa, en cuanto reconstruye o restaura la capacidad adquisitiva del dinero (...)"

"Desde esta perspectiva, (...) la corrección monetaria no se compagina con la naturaleza indemnizatoria propia de la responsabilidad civil, (...) pues su propósito es uno muy diferente al de reparar el daño causado por el infractor. Con ella, tan solo se pretende preservar incólume el poder adquisitivo del dinero, sin agregarle nada a la obligación misma, lo que significa que, la indexación es un concepto que se ubica en la periferia de aquella problemática. En palabras de la doctrina acogida por esta Corte "No estamos aquí frente a un problema de responsabilidad civil, sino que, por el contrario, nos hallamos en la órbita del derecho monetario, en donde la indexación se produce en razón de haber perdido la moneda poder adquisitivo. ¡Solo eso, y nada más que eso!"⁴⁷

En esa ocasión, la Corte con base en el principio de reparación integral consideró que el causante del daño debe responder sin importar si existe un contrato de seguro y por lo tanto el pago de la indemnización correspondiente debía comprender, la corrección monetaria, "pues la víctima no tiene porqué asumir la pérdida del poder adquisitivo del dinero, ni el victimario puede obtener ventaja de esa circunstancia".

Respecto del deducible, la Sala advierte que en la copia de la póliza allegada⁴⁸ al proceso, fue señalado como deducible el 10% del valor de la pérdida, por lo tanto será declarada la prosperidad de la excepción denominada "DEDUCIBLE PACTADO".

- Finalmente, Seguros del Estado alegó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros, ello teniendo en cuenta que, según el hecho 11 de la demanda, el hecho dañoso ocurrió el 14 de mayo de 2014.

Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁹, para el cómputo del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio⁵⁰, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 1131 de la misma normativa, puesto que "(...) La demanda judicial o extrajudicial de la indemnización de la víctima al asegurado, la toma el citado precepto como hecho mínimo para la exigibilidad de la responsabilidad que pueda reclamar el asegurado frente al asegurador (...) Luego si solo desde ese instante puede reclamarse la responsabilidad al asegurador por parte del asegurado, mal puede hacerse el cómputo de la prescripción desde época anterior".

La Sala hará efectiva la garantía referida, pues se entiende que el término de prescripción en este caso comenzaba a correr a partir de la fecha de notificación de la demanda al CEDER, esto es el 21 de julio de 2017⁵¹ y vencía el 22 de julio de 2019 el término ordinario y el 22 julio

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de noviembre de 2001, Exp.6094. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴⁸ 918 C1B

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de mayo de 1994, rad. 4106.

⁵⁰ ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

⁵¹ Fl. 199 C1

de 2022 el extraordinario, de manera que la acción derivada de la póliza no había prescrito, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 23 de junio de 2016⁵².

5.2. Conclusión

En consecuencia, Seguros del Estado S.A. debe pagar la indemnización directamente a la parte demandante, en virtud de la póliza de *Responsabilidad Civil Extracontractual Derivada de Cumplimiento – RCE Contrato*, 42-40-101014342 hasta el límite fijado en el agregado anual de doscientos treinta y ocho millones ochocientos cuarenta y tres mil ochocientos sesenta y un pesos (\$238.843.861), con un deducible del diez por ciento (10%).

El valor del deducible será cancelado por las entidades demandadas en el porcentaje de participación en la producción del daño.

Por lo tanto, se declararan no probadas las excepciones denominadas *“Falta de legitimación en la causa por activa del CEDER para pretender el pago de una posible condena o reembolso de dinero por parte de Seguros del Estado”; “Ausencia de cobertura de la póliza expedida por Seguros del Estado”; “Seguros del Estado no está obligada a pagar ningún tipo de indemnización por operación de varias exclusiones”; “Seguros del Estado no está obligada a pagar ningún tipo de indemnización por cuanto la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual no cubre los daños extrapatrimoniales”; “Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan”; “Límite de amparo asegurado bajo la póliza expedida por Seguros del Estado. Suma asegurada” y “Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros”, y se declarará probada la excepción de **Deducible Pactado** propuesta por Seguros del Estado S.A.*

6. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, el cual dispuso lo siguiente: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil”* y el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la demandada, al haber prosperado las pretensiones del demandante AYV, además de estar acreditado que esta parte acudió al proceso a través de apoderada judicial, quien actuó en todas las etapas procesales así como la duración del proceso, y el asunto, se fijan agencias en derecho un valor equivalente al 5% de las sumas aquí reconocidas, de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003; que será pagado en partes iguales por las entidades demandadas.

Igualmente se impone condena en costas a cargo de la llamada en garantía y en favor del CEDER como llamante en garantía, teniendo en cuenta que su oposición a la reclamación del seguro resulta infundada, además de estar acreditado que esta parte acudió al proceso a través de apoderada judicial, quien actuó en todas las etapas procesales así como la duración del proceso, y el asunto, se fijan agencias en derecho un valor equivalente al 5% de las sumas aquí reconocidas, de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

⁵² Fl.1 C1

Primero: Se declara probada la excepción de caducidad frente a la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa presentaron: Luz Dary Villegas, Carlos Alberto Yépez Muñoz, Luisa Fernanda Fajardo Villegas y Jonhatan Fajardo Villegas. Y se declara **no probada** la excepción de Caducidad frente a la demanda presentada en nombre de AYV.

Segundo: Se declarar no probadas las excepciones denominadas *“Inexistencia de daño antijurídico”, “Inexistencia de Falla en el Servicio”; “Culpa exclusiva de la víctima”; “Hecho de un tercero” y “Cumplimiento adecuado de las obligaciones contractuales a cargo del CEDER”* propuestas por el CEDER; las excepciones denominadas *“Inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad del Estado”, “Excesiva tasación del perjuicio moral” y “Se acredita que el ICBF dio cumplimiento al deber legal constitucional de brindar protección al joven AYV”;* y las excepciones denominadas *“Inexistencia de mérito rente a la parte actora”; “Falta de legitimación en la causa por activa del CEDER para pretender el pago de una posible condena o reembolso de dinero por parte de Seguros del Estado”; “Ausencia de cobertura de la póliza expedida por Seguros del Estado”; “Seguros del Estado no está obligada a pagar ningún tipo de indemnización por operación de varias exclusiones”; “Seguros del Estado no está obligada a pagar ningún tipo de indemnización por cuanto la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual no cubre los daños extrapatrimoniales”; “Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan”; “Límite de amparo asegurado bajo la póliza expedida por Seguros del Estado. Suma asegurada” y “Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros”,* propuestas por Seguros del Estado S.A.

Tercero: Se declara probada la excepción de **Deducible Pactado** propuesta por Seguros del Estado S.A.

Cuarto: Se declara administrativa y patrimonialmente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y a la Corporación Alberto Arango Restrepo -CEDER-, por los perjuicios ocasionados al menor de edad AYV.

El porcentaje de participación en la producción del daño del ICBF es del 20% y el del CEDER es del 80%.

Quinto: Se condena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y a la Corporación Alberto Arango Restrepo -CEDER- a pagar por concepto de perjuicios morales y daño a la salud, las siguientes sumas:

Tipo de perjuicio	SMMLV
Perjuicios morales	10
Daño a la salud	10

Sexto: Se ordena a Seguros del Estado pagar la indemnización señalada, directamente a la parte demandante, en virtud de la póliza 42-40-101014342 hasta el límite fijado en el agregado anual de doscientos treinta y ocho millones ochocientos cuarenta y tres mil ochocientos sesenta y un pesos (\$238.843.861), con un deducible del diez por ciento (10%). El valor del deducible será cancelado por las entidades demandadas en el porcentaje de participación en la producción del daño.

Séptimo: Se condena en costas a las demandadas a favor del demandante AYV. Se fijan agencias en derecho un valor equivalente al 5% de las sumas aquí reconocidas, que será

pagado en partes iguales por las entidades demandadas.

Igualmente se **condena en costas** a Seguros del Estado S.A. y en favor del Ceder como llamante en garantía. Se fijan agencias en derecho un valor equivalente al 5% de las sumas aquí reconocidas.

Octavo: Ordenar a las entidades demandadas dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA, previniéndose a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada disposición normativa.

Noveno: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** a la parte interesada los remanentes, si los hubiere, y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.


Decimo: Expedir a su cargo las copias auténticas que sean solicitadas por las partes.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 14 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 047

RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00307-00
NATURALEZA: ACCIÓN POPULAR
DEMANDANTE: SAMUEL RÍOS
DEMANDADO: EMPOCALDAS Y OTROS

En el presente asunto, mediante auto 5 de febrero hogaño se ordenó la práctica de prueba de oficio, consistente en:

- *Copia del expediente (entre otros: requerimientos, respuestas del prestador del servicio, informes, mesas de trabajo, pruebas, decisiones) referente al seguimiento y control tarifario, adelantado frente a la empresa Empocaldas S.A., por la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el municipio de Salamina – Caldas, con ocasión a la aplicación de la Resolución CRA 835 de 2017.*
- *Resultado o decisión final adoptada frente a dicho control tarifario.*

Según constancia secretarial, la entidad la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dio contestación al requerimiento mediante escrito dirigido al correo electrónico del Tribunal el día 15 de febrero de 2021; así las cosas, con el fin de garantizar el principio de publicidad, se corre traslado de la prueba documental arrimada obrante a folios 357 a 360 del cuaderno 1A y capeta con foliatura 02 del mismo cuaderno por el término de tres (3) días.

Notificar

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 046

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-39-008-2020-00279-02
Demandante: William Arboleda Suárez
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, doctora Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

El señor William Arboleda Suárez, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 20-291 del 24 de junio de 2020; y (ii) a título de restablecimiento del derecho “cancelar al demandante el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, bonificación por servicio, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, y demás emolumentos prestacionales desde el momento en que el demandante es Juez de la República de Colombia, hasta que permaneció vinculado a la rama Judicial en dicho cargo” ; lo anterior teniendo en cuenta que ese porcentaje se canceló a título de prima especial y no como salario..

El 22 de enero de 2021 la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, tiene pleito pendiente por las mismas razones jurídica y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultados del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demande.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por la Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales, doctora Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso William Arboleda Suárez en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Por la Secretaría de esta Corporación, remitir el proceso a la Oficina Judicial de Manizales, para que se adjudique al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, conforme el Acuerdo PCSJA21-11764 de 2021.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 14 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 040

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-23-33-000-2019-00051-00
17-001-23-33-000-2019-00315-00 (Acumulado)
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: María Victoria Poblado Ortiz y otros
Demandado: Assbasalud E.S.E. y SES Hospital de Caldas IPS
Llamados Gtía: Allianz Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A.

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia

I. Antecedentes

1. Las Demandas

1.1. Pretensiones

2019-00051 Presentada por: María Victoria Poblador Ortiz y Alexandra Poblador Ortiz.

La parte demandante solicitó, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable al SES Hospital de Caldas y a Assbasalud, por los daños antijurídicos causados por el fallecimiento de Eduar Daniel Poblador Ortiz, producto de una presunta mala o deficiente atención médica y en consecuencia, se ordene pagar indemnización por perjuicios materiales de índole material¹ e inmateriales² a favor de María Victoria Poblador Ortiz en calidad de madre del occiso y a Alexandra Poblador Ortiz en calidad de hermana de la víctima.

2019-00315 Presentada por: Jhon Anderson Poblador Ortiz

La parte demandante solicitó, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable al SES Hospital de Caldas y a Assbasalud, por los daños antijurídicos causados por el fallecimiento de Eduar Daniel Poblador Ortiz, producto de una presunta mala o deficiente atención médica y en consecuencia, se ordene pagar indemnización por perjuicios de índole material³ e inmaterial⁴ a favor de Jhon Anderson Poblador Ortiz en calidad de hermano del occiso.

¹ Perjuicios que fueron estimado en una cuantía de \$509.760.000, sin discriminar el porcentaje que le correspondería a cada una de las demandantes.

² 250 SMMLV para María Victoria Poblador Ortiz y 100 SMLM para Alexandra Poblador Ortiz

³ Perjuicios que fueron estimado en una cuantía de \$509.760.000

⁴ 100 SMMLV por perjuicios morales.

1.2. Fundamento fáctico

Se señala en síntesis que, el joven Eduar Daniel Poblador Ortiz el 11 de abril de 2017, siendo las 3:55 p.m. ingresó a los servicios de urgencias de ASSBASALUD sede San Cayetano, porque presentaba una hinchazón en su cara, fiebre escalofrío, entre otros síntomas, siendo diagnosticado con un absceso periapical con fístula, absceso periamigdalino y neumonía no especificada, razón por la cual, el médico tratante decidió dejarlo en hospitalización, no obstante, el joven Poblador dejó las instalaciones de la entidad.

Que el 12 de abril de 2017, el cuadro clínico empeoró, razón por la cual Eduar Daniel fue conducido por su madre al Hospital de Caldas, lugar donde le practicaron el triage y, al conocer que se encontraba vinculado a los servicios de salud a través del Sisben, le indicaron que no podían atenderlo.

Que al salir de las instalaciones del Hospital de Caldas, el joven Poblador se desvaneció, por lo que fue necesario ingresarlo nuevamente a dicha institución, donde posteriormente, le informaron a la madre que luego de realizar maniobras de reanimación el joven había fallecido.

1.3. Fundamentos de derecho

Expuso que el Hospital de Caldas, conculcó los derechos del joven Eduar Daniel Poblador Ortiz, al discriminarlo por pertenecer a la población beneficiaria del Sisben, prestándole una atención médica tardía, solo asistiendo al paciente cuando estaba en estado de inconsciencia; que de haberse prestado la ayuda clínica a tiempo, se hubiese podido determinar las patologías que lo aquejaban y de esa manera hubiesen salvado la vida del paciente.

Sostuvo que a la parte demandante no le corresponde demostrar la negligencia que dio origen a la muerte de Eduar Daniel Poblador Ortiz, contrario a ello, le corresponde a las partes demandadas aportar las pruebas de su diligencia, trato digno, oportuno y cuidadoso.

2. Contestación de la demanda

2.1. Assbasalud se opuso a las pretensiones de la parte actora, para ello planteó los siguientes medios exceptivos:

- **Inexistencia de nexo causal entre el insuceso⁵ (Fallecimiento) del señor Eduar Daniel Poblador Ortiz y la oportuna atención prestada en la clínica San Cayetano para las calendas de abril de 2017:** Señaló que no se demuestra el nexo de causalidad entre la atención brindada en la entidad y el resultado.
- **Intervención e irresponsabilidad del paciente al no permitir la continuidad del tratamiento y la atención en salud:** Indicó que Assbasalud le prestó los servicios de salud al paciente y la no continuidad de la prestación obedeció al retiro y abandono del paciente del servicio médico.
- **Buena fe:** Basado en que los profesionales de Assbasalud brindaron la adecuada

⁵ SIC

prestación de servicios de salud a Eduar Daniel.

- **Caducidad:** en los términos del numeral 8 del artículo 136 del CCA.(sic)
- **Ausencia de responsabilidad por parte de Assbasalud:** Manifestó que ninguno de los colaboradores de la entidad, causó de alguna manera el fallecimiento de Eduar Daniel.

2.2. Servicios Especiales de Salud- Hospital de Caldas IPS se opuso a las pretensiones de la parte demandante y planteó como medios exceptivos los siguientes:

- **Inexistencia de elementos que puedan configurar la existencia de responsabilidad:** Señaló que no se logra demostrar la existencia de una relación de causalidad necesaria entre la atención suministrada y su consecuencia final; el nexo de causalidad no es manifiesto. Lo anterior, por cuanto considera que la institución puso todos los medios con arreglo a la ciencia y a la técnica médica para brindar la atención al paciente, conforme a los protocolos exigidos.

- **Ausencia del nexo causal:** Sostuvo que a Eduar Daniel Poblador le fue brindada toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo a las patologías que presentaba una vez fue ingresado, demostrándose que el paciente recibió la atención necesaria, procurándose su estabilización. Que el desenlace no es la causa real de la situación que presentó el paciente y mucho menos la incuria médica o la deficiente y equivocada atención médica. Adujo que no se encuentran demostrados el daño y el nexo causal.

- **Excesiva tasación de perjuicios:** Señaló que los perjuicios solicitados, no guardan armonía con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, donde se establecieron los parámetros a aplicar al momento de liquidar los diferentes tipos de daño inmaterial.

- **Culpa exclusiva de la víctima:** Indicó que el paciente tenía un proceso de deterioro progresivo de su salud, que originó una infección severa pulmonar y una sepsis. Que la víctima cuando se encontraba siendo atendido en los servicios de primer nivel de complejidad, decidió retirarse, por lo que considera ilógico que su familia pretenda endilgar responsabilidad sobre las instituciones.

2.3. Seguros del Estado (llamado en garantía por Assbasalud) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante. Con relación a las peticiones del llamamiento en garantía, manifestó que en caso de condena, deberá ceñirse al contenido de la póliza. Propuso frente a las pretensiones de la demanda las excepciones:

- **Ausencia de responsabilidad en cabeza de Assbasalud:** Señaló que en la estancia de Eduar Daniel en la sede de San Cayetano, no es cierto que solo se le suministró suero, toda vez que según la historia clínica, le fueron aplicados medicamentos, en especial antibióticos, se ordenaron exámenes de laboratorio y en general acciones tendientes a recuperar la salud del paciente.

- **Inexistencia de nexo causal en cabeza de Assbasalud ESE:** Sostuvo que no existe prueba de que el fallecimiento de Eduar Daniel haya sido con ocasión a la atención brindada en Assbasalud.

- **Ausencia de responsabilidad por parte de Assbasalud por cuanto las obligaciones de sus médicos son de medio y no de resultado:** Señaló que los demandantes no aportaron

ninguna prueba que pueda endilgar responsabilidad a la entidad.

- **Ausencia absoluta de prueba que pueda determinar la responsabilidad de Assbasalud ESE; la historia clínica da cuenta de la buena atención al paciente:** Insistió en la falta de prueba de parte demandante.
- **Culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad:** Señaló que Eduar Daniel, presentaba un cuadro de 4 días, para cuando consultó y adicionalmente refirió que el mismo paciente evadió la atención brindada en la ESE.
- **Ausencia de prueba del lucro cesante solicitado en las pretensiones de la demanda:** Señaló que no se aportó prueba tendiente a demostrar el trabajo y los ingresos de Eduar Daniel.

Frente al llamamiento en garantía propuso las siguientes excepciones:

- **Sujeción de las partes al contrato de seguros y a las normas legales que lo regulan:** Señaló que Assbasalud y Seguros del Estado suscribieron la póliza No. 42-03-101000880.
- **Límite de Amparo Asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía. Suma asegurada:** Sostuvo que en caso de condenar a cargo de la aseguradora, debe tenerse en cuenta que la suma pactada como monto es \$1.000.000.000.
- **Deducible Pactado:** Indicó que la póliza tiene estipulado que, en caso de siniestro se debe pagar un deducible del 8% de valor de la pérdida.
- **Ausencia de cobertura del evento en la vigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 42-03-101000880 mediante la cual se llamó en garantía a seguros del estado por cuanto dicha póliza se expidió bajo la modalidad *claims made*:** Sostuvo que la reclamación ante la Procuraduría, fue realizada por fuera de la vigencia de la póliza, lo que lleva a declarar la ausencia de cobertura.
- **Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros:** manifestó que en el presente asunto, operó el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio
- **Sublímite pactado en la póliza con respecto a los daños morales, fisiológicos, a la vida de relación, a la salud y al lucro cesante del tercero afectado:** Afirmó que en caso de condena, Seguros del Estado responde hasta el valor de \$92.000.000.

2.4. Allianz (llamado en garantía por SES Hospital de Caldas) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante. Indicó que no existe falla en el servicio por parte del Hospital de Caldas, toda vez que no se allegaron pruebas para demostrarlo. Propuso frente a las pretensiones de la demanda las excepciones:

- **Inexistencia de la falla del servicio y consecuentemente responsabilidad atribuida a Servicios Especiales de Salud SES Hospital de Caldas:** Sostuvo que no existe prueba médico – científica de la supuesta falla médica, al paso que, sí existe prueba de que la entidad actuó con pericia, prudencia y diligencia.
- **Culpa exclusiva de la víctima:** Señaló que Eduar Daniel Poblador decidió suspender de

forma intempestiva el tratamiento médico que le estaba siendo aplicado y el diagnóstico que se estaba realizando a partir de su sintomatología, todo ello generó el desenlace fatal.

- **Alea terapéutica, naturaleza subjetiva de la responsabilidad médica e inexistencia de perjuicios realmente causados por el Hospital de Caldas:** Señaló que no hay prueba alguna que señale que la atención brindada por el Hospital de Caldas, fue errónea, negligente o imprudente, o violando reglas de cuidado.
- **Obligación del servicio médico es de medio y no de resultado:** Sostuvo que la obligación del Hospital era la de aplicar todo su saber y además proceder a favor de la salud del paciente, sin que ello signifique que el fracaso o la ausencia de éxito genere un incumplimiento.
- **Carencia de prueba de los supuestos perjuicios:** Señaló que los perjuicios solicitados carecen de sustento probatorio, por lo que resultan desproporcionados.
- **Enriquecimiento sin justa causa y genérica:** Indicó que no se puede dar un resarcimiento de perjuicios, si ellos carecen de sustento probatorio.

Frente al llamamiento en garantía propuso las siguientes excepciones:

- **Ausencia de cobertura temporal debido a la modalidad "Claims made" pactada en pólizas de responsabilidad civil No. 021920281 y 022265282:** Sostuvo que, las pólizas no ofrecen cobertura debido a que se pactó una modalidad de cobertura *claims made*.
- **Ausencia de cobertura temporal debido a la modalidad "claims made" pactada en el contrato de seguro respecto a la reclamación de Jhon Anderson Poblador:** Afirmó que la reclamación realizada con la presentación de la conciliación ante la Procuraduría, fue extemporánea en tanto se realizó por fuera del último periodo de vigencia, es decir el 29 de abril de 2019.
- **No se demostró la realización del riesgo asegurado en la Póliza de responsabilidad civil No. 021920481, 022083970 y 022265282 y por tanto, no existe obligación a Allianz Seguros S.A.:** Sostuvo que la condición no se cumplió, toda vez que la responsabilidad de la aseguradora está delimitada estrictamente por la serie de amparos que otorgó a SES.
- **Límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado:** Señaló que la responsabilidad del SES no excederá del valor de \$2.400.000.000.
- **En las pólizas de responsabilidad civil 021920481, 022083970 y 022265282 existe deducible que se encuentra a cargo del asegurado:** Señaló que se encuentra pactado un deducible del 10% el cual se encuentra a cargo de asegurado.
- **Exclusiones de la Póliza:** Solicitó que se declare dicha excepción en el evento que salga condenada la entidad asegurada.

3. Trámite de las excepciones

La Sala Tercera de Decisión, mediante providencia del 4 de diciembre de 2020, con fundamento en el artículo 12 del Decreto 813 de 2020, declara no configurada la excepción

de caducidad planteada por Assbasalud, decisión frente a la cual no se interpuso recurso alguno, por lo tanto se encuentra en firme la providencia

4. Alegatos de conclusión.

Assbasalud ESE señaló que no existe evidencia médica y científica en el proceso, respecto a las presunta irregular atención dada en su Clínica de Urgencias de San Cayetano en abril de 2017, máxime cuando el paciente se retiró del servicio en forma voluntaria a pesar de las consecuencias en su salud advertidas por los galenos que lo atendieron, menospreciando el servicio que en forma oportuna y profesional se le estaba brindando con el fin de restablecer su patología y padecimientos.

Que el servicio médico prestado se hizo a través de profesionales de la salud, idóneos, con conocimiento, experiencia, y actuaron conforme a las guías y protocolos en salud y a la lex artis, pues no se demostró lo contrario y la carga estaba del lado de la parte actora. Razones por las cuales solicitó que fueran desestimadas las pretensiones.

Seguros del Estado solicito negar las pretensiones de la demanda y por ende las del llamamiento en garantía, por cuanto la parte demandante no logró demostrar la falla del servicio en cabeza de Assbasalud SES, por lo que el daño materializado en la muerte Eduar Daniel no puede ser imputado a dicha institución ya que así quedó probado en la historia clínica y en los testimonios practicados dentro del presente proceso.

SES Hospital de Caldas, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, respecto a los elementos que son necesarios para que se configure la falla en el servicio. Aseguró además que, en la atención en las instalaciones de la unidad de Urgencias por parte de Servicios Especiales de Salud al señor Eduar Daniel Poblador, se le brindó toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo al estado de salud que presentaba, haciendo uso del talento humanos y recursos científicos calificados disponibles, siendo de este modo la atención oportuna, diligente, ante todo humana y con el cuidado permitido por las condiciones específicas del caso concreto. Señaló que, se demostró que no se produjo daño antijurídico a la parte actora, que no existió nexo causal y adicionalmente que no se demostraron los perjuicios ocasionado al grupo familiar de la víctima; por lo cual solicitó que se nieguen las pretensiones.

La parte demandante, afirmó que, al fallecido Eduar Daniel Poblador, se le negaron los servicios médicos y de atención de urgencias, solo por ser beneficiario del Sisbén, por parte del HOSPITAL DE CALDAS S.E.S., Prueba de esta aseveración está la documental aportada por la parte demandada en la contestación de la demanda (Reporte de Triage de las 7:45:23 y 8:08:39 de la mañana del 12//04//2017), y el testimonio de la Señora María Victoria Poblador Ortiz. Sostuvo además que Eduar Daniel era un habitante de la calle y consumidor de estupefacientes y que, según el Decreto 806 de 1998, artículo 16 se debe garantizar la atención inicial de urgencias a dicha población. Aseguró que en el presente caso, se configuraron los elemento para atribuir responsabilidad a los entes demandados. Finalmente solicitó que se accedan a las pretensiones de la parte demandante.

Allianz Seguros S.A., adujo que, Eduar Daniel Poblador Ortiz falleció por un caso fortuito, toda vez que, consultó por un absceso bucal, mientras que la muerte se produjo por una insuficiencia respiratoria como consecuencia de un choque séptico. Indicó que, brilla por su ausencia informe y/o prueba pericial que demuestren yerros en la atención médica y una previsibilidad de las complicaciones que dieron como resultado la muerte del señor Eduar

Daniel Poblador. Por el contrario, con las declaraciones de los doctores y con la historia clínica aportada se enseña que las complicaciones del señor Poblador fueron fortuitas y que los profesionales de la salud no pudieron preverlas. Sostuvo que, los demandantes, no probaron los actos médicos cuestionados. Inclusive para endilgar responsabilidad médica los accionantes deben cumplir con una actividad investigativa mínima, la cual es posible mediante literatura médica que puede encontrarse en las diferentes bases de datos en internet o libros especializados sobre la materia. Finalmente, solicitó negar las pretensiones de la demanda, declarar probadas excepciones de mérito propuestas, y en consecuencia, librar de responsabilidad al extremo pasivo del litigio, SES Hospital de Caldas, y por ende, a mi representada, toda vez que primero, no hay cobertura temporal de las pólizas Nos. 022083970, 022265282 y 021920281 con la cuales se formuló el llamamiento en Garantía y por ende, en cualquier evento, no le asiste responsabilidad a Allianz Seguros S.A.; segundo, es inexistente la falla del servicio alegada por el extremo actor en su escrito demandatorio toda vez que los profesionales actuaron de acuerdo con la lex artis y la causa de la muerte es atribuible a la complicación fortuita y falta de adhesión al tratamiento.

El Ministerio Público, realizó un minucioso análisis respecto de las pruebas documentales y testimoniales practicadas en el proceso, para concluir que, el asunto bajo estudio, comoquiera que se imputa una falla de tipo asistencial u hospitalaria, el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla probada, es decir, el régimen de responsabilidad de la falla probada en materia de prestación de servicio médico, en el presente caso, se sustenta en el carácter hospitalario o administrativo de la atención médico asistencial de la cual se deriva la imputación de responsabilidad. Argumentó que, los supuestos fácticos alegados por la parte demandante resultan insuficientes para estructurar en el asunto bajo estudio la responsabilidad de las entidades estatales, puesto que no se concretan los cargos que sustentan las pretensiones y las pruebas obrantes en el expediente no demuestran la falla que se endilga a las entidades prestadoras del servicio médico. Además, en el acervo probatorio no se advierten evidencias que pudieran conducir a concluir que la causa del deceso del señor Eduard Daniel Poblador Ortiz hubiere sido la falta de atención debida cuando acudió al servicio hospitalario. Concluyó señalando que, no se acreditó la falla del servicio alegada por la parte demandante, tampoco se comprobó una relación de causalidad entre las actuaciones de las demandadas y el daño, es decir, no se cuenta con elementos de juicio que permitan establecer que el daño se produjo como consecuencia de las acciones u omisiones de las entidades demandadas, es forzoso concluir que en este caso no se reúnen los presupuestos para que el daño, cuya reparación reclama la actora, sea imputable al Estado. Con fundamento en las razones jurídicas enunciadas, el Ministerio Público solicitó que en la sentencia de primera instancia resuelva NEGAR las pretensiones de la demanda

III. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿Se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad administrativa y patrimonial al SES Hospital de Caldas y/o a Assbasalud ESE, con ocasión al fallecimiento de Eduard Daniel Poblador Ortiz?

En caso afirmativo,

¿Se encuentran acreditados los perjuicios tanto materiales como inmateriales a favor de los demandantes?

¿Deben el llamados en garantía responder por los perjuicios ocasionados?

2. Primer problema Jurídico:

Tesis del Tribunal: El fallecimiento de Eduar Daniel Poblador Ortiz, no es atribuible a las entidades demandadas, toda vez que, prestaron los servicios de salud de forma oportuna y diligente al paciente y no se presentaron barreras administrativas que impidieran el acceso a los servicios de salud.

Para ello, a continuación se hará mención a: i) los elementos de la responsabilidad; ii) lo probado en el proceso y iii) caso concreto.

2.1. Elementos de la Responsabilidad

2.1.1. El Daño

El daño es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil en Colombia, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁶.

El artículo 90 de la Constitución señala que *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*. Daño antijurídico que se ha entendido acorde con los parámetros de la Corte Constitucional en sentencia C -333 de 1996, como aquel que quien lo sufre *“no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.”*

Por su parte, que el daño sea cierto, equivale a decir que el mismo aparezca plenamente acreditado en el proceso, sin que sea relevante que sea actual o futuro, pues la certeza del daño alude a la realidad de su existencia por oposición al daño eventual el cual es simplemente hipotético y se basa en meras conjeturas.

2.1.2. Imputación

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

La jurisprudencia actual del Consejo de Estado ha sostenido que, por regla general, el título de imputación aplicable en asuntos médico-sanitarios es el de falla probada del servicio, lo que implica que el demandante además de acreditar el daño, debe necesariamente probar la falla del acto médico (el desconocimiento de la *lex artis*) y el nexo causal entre este y el daño, sin perjuicio de que el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva.

Se debe precisar que, en oportunidades anteriores, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁷ ha reconocido la dificultad probatoria en punto al nexo causal que suelen tener los demandantes en este tipo de casos, dado el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médicos asistenciales:

Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción (...)⁸.

En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios, por ejemplo, la prueba indiciaria para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume.

Entonces, la imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)⁹.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. Consejera ponente: María Adriana Marín, sentencia del 4 de diciembre de 2020. Rad.: 76001-23-31-000-2012-00195-01(52888)

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, Rad.: 19.192, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterado en sentencia del 25 de octubre de 2019, Rad.: 44.169.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)"¹⁰.

2.2. Lo probado en el proceso

➤ El señor Eduar Daniel Poblador fue atendido inicialmente en Assbasalud ESE – Clínica San Cayetano el 11 de abril de 2017 y de la Historia clínica donde consta la atención brindada, (Folios 17 a 24 C1 expediente 2019-00051) se destaca:

"(...) Motivo de consulta

HINCHAZÓN EN CUELLO

-Enfermedad actual

Desde hace 4 días inició con malestar general, luego apareció hinchazón en mejilla derecha, fiebre cefalalgia, escalofrío emesis diarrea, acudió a la farmacia y le enviaron ibuprofeno y ampicilina, dolor en la cara los oídos. AP Orquidopexia a los 17 años, Historia de consumo ED Marihuana (...)

Dx Principal // K046// Absceso periapical con fistula – impresión diagnóstica

Dx Relacionado 1//J36x// Absceso periamigdalino

Dx Relacionado // J189// Neumonía no especificada

(...)

Ingresa paciente al servicio de observación, por sus propios medios en compañía de la mama, con un DX Absceso Periapical con fistula, paciente consciente, orientado en las tres esferas, tranquilo, colaborador (...) tiene acceso venoso con tracath #18, instalado en dorso de la mano izquierda permeable sin signos de flebitis, se deja en camilla con barandas elevadas para evitar riesgo de caída, en el servicio de urgencias ya que no hay camedio (sic) y de braden bajo, por lo

¹⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

cual se coloca manilla amarilla, está sin acompañante, se le realiza lista de chequeo de ingreso, pendientes reporte de paraclínicos se continúa con igual manejo médico y de enfermería.

(...)

Paciente ingresa la noche anterior por sintomatología de dolor y edema de hemicara derecha, con diagnóstico anotado, con presencia además de neumonía ya en manejo médico, paciente que además a la revisión se encuentra en regulares condiciones desaturado, sudoroso, con dificultad respiratoria, paciente además con historia de consumo de SPA por lo cual se sospecha TBC, solicito paraclínicos. (...)

- En el mismo documento se observan los procedimientos médicos y los medicamentos ordenados:

“(...)

Diagnóstico

Dx Definitivo // K046// Absceso Periapical con Fístula

Tratamientos

Metronidazol

Gentamicina

Penicilina Sódica

Penicilina Benzatinica

(...)

Fecha y resultado de exámenes auxiliares de diagnostico

Reporte de Paraclínicos: Creatinina 0.90.

Serología Reactiva 4 Diluciones

VIH 0.245 No reactivo

CH. Leucos 6400, Neutro 81, HB 16 Plaquetas 273000

Rx de Tórax: Presentea Infiltrados Paraneumínicos Bilaterales, Cavernas?”

- Igualmente se dejó constancia que el paciente, el 12 de abril de 2017, a la 1:45 am, decidió voluntariamente retirarse de la institución y por tanto, no continuar con el tratamiento que le estaba siendo dispensado, así:

Registro: 1:16 12/04/2017

Nota:

*Paciente se puso agresivo, aduciente (sic) que se quería ir, que no se quería quedar en esa “habiturcha” (sic) ni dejarse aplicar medicamentos, se le explica los riesgos para el y para la madre con la cual convive. **Firma retiro voluntario**”*

(...)

*El (la) suscrito (a) EDUAR DANIEL POBLADOR ORTIZ declara que habiendo sido informado (a) sobre los riesgos y posibles complicaciones de salud que implica el retiro voluntario de Assbasalud, **bajo mi propia responsabilidad decido abandonarla y en consecuencia declaro que ni la institución ni su personal serán responsables en caso de complicaciones (Se destaca)***

- El mismo día 12 de abril de 2017 Eduar Daniel Poblador Ortiz acudió al SES Hospital de Caldas, en donde se realizó la valoración de Triage a las 7:45:23 am, (Folio 101 C1 expediente 2019-00051) y del reporte No. 191296 se destaca lo siguiente:

“(...)

SIGNOS VITALES

*Tensión Arterial: 116/72 Frecuencia Cardiaca: 68 Frecuencia Respiratoria: 17 Temperatura: 35.
SO2: 94 Estado de Conciencia: Alerta*

(..)

Motivo Consulta: Paciente que refiere que desde hace varios días esta con un "Cachete inflamado"

Hallazgos Positivos al Examen: Paciente que ingresa por sus propios medios con acompañante, presenta edema en pómulo derecho, con absceso bucal posterior con secreción purulento, afebril, se deriva para atención por urgencias en su IPS."

- Minutos después, Eduar Daniel Poblador Ortiz reingresó al SES Hospital de Caldas, y se realiza nueva valoración de Triage a las 8:08:39 am (Folio 102 C1 expediente 2019-00051), y del reporte 191297 se destaca:

"(...)

SIGNOS VITALES

*Tensión Arterial: 116/72 Frecuencia Cardiaca: 68 Frecuencia Respiratoria: 18 Temperatura: 35.
SO2: 94 Estado de Conciencia: Alerta*

(..)

Motivo Consulta: Paciente que consulta por absceso peribucal se encontraba en tratamiento en Assbasalud san Cayetano de donde se fugó ya que es consumidor de sustancias psicoactivas, refiere que consumió perico, paciente que ingreso por sus propios medios en compañía de su madre, glucometría: 80 mg/dl entre en paro presenciado, se ingresa inmediatamente a sala de Shock"

- En la historia clínica de la atención prestada a Eduar Daniel Poblador Ortiz el 12 de abril de 2017 en SES Hospital de Caldas, se destaca:

"Observaciones: Paciente con paro cardiaco presenciado y con cuadro de choque séptico de origen pulmonar al parecer con empiema vs pitorax izquierdo.

(...)

*Observaciones: SS RX de tórax portátil en urgencias
19775 – Parcial de orina incluido sedimento.*

Observaciones:

19514- Hemocultivo aerobio

Observaciones:

LAB064 – Hemocultivo Anaerobio

(...)

Motivo de Consulta:

Traído or (sic) la mamá; paciente de 26 años de edad, con farmacodependencia, consumidor de bazuco, madre refiere cuadro clínico de 10 días de evolución de disnea, tos, astenia, adinamia y aparición de masa a nivel del cuello, consultó inicialmente a una farmacia donde dan manejo con ampicilina e ibuprofeno, según comenta la madre paciente el día domingo 09/04/2017 en horas de la noche inicia con disnea marcada, palidez, diaforesis, es llevada a Assbasalud San Cayetano donde dan manejo médico y hospitalizan con Dx de neumonía complicada, el día martes el paciente se fuga de la institución de salud, según madre aparece en horas de la noche en la casa en malas condiciones generales, disneico, decaído, pálido, en horas de la mañana consulta a nuestra institución con triage de las 7+45 que reporta "paciente que ingresa por sus propios medios con acompañante, presenta edema en pómulo derecho, con abscesobucal posterior con secreción purulento, afebril, se deriva para atención por urgencias en su IPS". Posterior madre

refiere que paciente presenta episodio de lipotimia por lo cual lo vuelve a traer a la institución con triage de las 08+06 "paciente que consulta por absceso peribucal, se encontraba en tratamiento en Assbasalud San Cayetano de donde se fugó ya que es consumidor de sustancias psicoactivas, refiere que consumió perico, paciente que ingreso por sus propios medios en compañía de sus madre, glucometría, 80 mg/dl, entra en paro presenciado, se ingresa inmediatamente a la sala de shock.

Enfermedad Actual:

Ingresa paciente a sala de Shock en malas condiciones generales, sin esfuerzo respiratorio, sin presencia de pulsos centrales, se inicia reanimación cardiopulmonar según guías AHA 2015. Compresiones torácicas 30x 2 ventilaciones, se corrobora ritmo cardiaco con desfibrilador con actividad eléctrica sin pulso, se realizan 3 ciclos de compresiones y ventilación por 2 minutos cada uno, se administran 3 dosis de adrenalina 1 mg en total al tercer ciclo se comprueba presencia de pulsos centrales, se realiza intubación orotraqueal en primer intento exitosa, se monitoriza paciente con evidencia de ritmo cardiaco en taquicardia ventricular, ritmo desfibrilable con 10jul, retorno a ritmo sinusal, nuevo ritmo de rv, segunda disibrilación con 100 julio, se administra 300 mg de amiodarona IV, retorno a ritmo sinusal, con pulsos periféricos débiles, se realiza ecograf donde se evidencia liquido libre en ángulos pleurales por lo que se procede a realizar toracostomia izquierda, con salida de aproximadamente 600 cc de material purulento espeso, continúa soporte ventilatorio invasivos y se inicia soporte vasoactivo con norepienfrina a 0.1 mcg/kg/mi, respuesta parcial por 10 minutos, punción hemitórax derecho con salida de material purulento espeso, rastreo ecocardiográfico con severa dilatación de cavidades derechas que suponen hipoertensión pulmonar crónica severa a las 8:34 minutos el paciente presenta nuevo parada cardiopulmonar recibe asistencia médica, sin respuesta alguna, pupilas midriáticas plenas, sin respuesta a la luz reflejo corneano ausente, sin signos de vida, siendo las 8:36 minutos se declara paciente muerte, se realiza trazado electrocardiográfico de asistolia. Causa de muerte desconocida, empiema y sepsis pulmonar sospechada, se solicita necropsia médico legal."

➤ De la declaración rendida por la demandante María Victoria Poblador Ortiz, se extrae lo siguiente:

Respecto a la atención brindada en Assbasalud indicó: Indicó que llevó a su hijo a un puesto de salud el 9 de abril de 2017 (*sic*), donde le dijeron que Eduard Daniel tenía bronconeumonía razón por la cual me manifestó el galeno que debía quedarse hospitalizado, indicó que por la noche apareció su hijo en su casa, quien le manifestó que se quería ir del "puesto de salud".

Respecto a la atención brindada en el SES Hospital de Caldas: Señaló que, el 12 de abril de 2017, acudió junto con Eduard Daniel Poblador al Hospital de Caldas, lugar donde fue atendido por una enfermera, a quien se le indicó que contaba con los servicios de salud del Sisben, razón por la cual -aseguró la demandante- no atendieron a su hijo. Indicó que, cuando se encontraba saliendo del Hospital su hijo le manifestó que se sentía muy mal, momento en el cual, este se desvaneció; que ante tal situación, el personal de la institución acudió a auxiliar al paciente, que en ese mismo instante salió una enfermera a decir que su hijo se estaba muriendo y posteriormente fue llevado para otra sala y alrededor de 5 minutos después, salió el médico a decirle que su hijo se encontraba en estado crítico y más adelante ya le informaron que había fallecido. Sostuvo que entre el primer momento en que ingresó al Hospital y el segundo momento en que ingresó en grave estado transcurrió un lapso alrededor de 5 minutos.

- Obra prueba testimonial solicitada por la parte demandante, de los que se destacan:

Declaración de **Jhon Anderson Poblador Ortiz**: Quien manifestó que su hermano Eduar Daniel, venía enfermo desde meses atrás, no obstante indicó que no le era posible determinar con exactitud, debido a que se encontraba privado de la libertad. Manifestó que su hermano tenía una dependencia a los fármacos.

Declaración de **Alexandra Poblador Ortiz**: Manifestó que no tenía conocimiento alguno sobre lo ocurrido con Eduar Daniel Poblador, debido a que no tenía una buena relación con su madre María Victoria Poblador y su hermano.

Declaración de **Fray de Jesús Torres Pereira**: Manifestó que es el capellán de la iglesia de la Galería desde hace 20 años, que en razón a ello, conoció a Eduar Daniel como un *"policonsumidor de estupefacientes"*, que era habitante de calle, que venía presentando sintomatología respiratoria desde hacía dos años previos al fallecimiento; que debido al consumo no se dejaba llevar al médico, consumía bazuco día y noche, que además tenía muy mala higiene y mal nutrido debido al alto consumo. Que en sus registros de la Capellanía, tiene que Eduar ingresó a Assbasalud el 11 de abril de 2014, con acta voluntaria de salida a las 23:30 horas; que al día siguiente, a las 7:30 am ingresó al Hospital de Caldas, posteriormente reportaron el fallecimiento.

- Obra prueba testimonial solicitada por Assbasalud, de los que se destaca:

Declaración de **Oscar Alonso Marín**: Señaló que es médico general, quien atendió en el servicio de urgencia de Assbasalud a Eduar Daniel Poblador, manifestó que tuvo contacto con el paciente el día 11 de abril del 2017 siendo aproximadamente las 2 de la mañana, quién acudió por hinchazón en la cara y fiebre. Que al examen se diagnosticó con absceso periapical, absceso periamigdalino y neumonía. Que se le ordenó el suministro de varios medicamentos para atender las patologías que presentaba al momento del ingreso en la institución. En cuanto a la atención prestada a Eduar Daniel, manifestó que fue atendido rápidamente, que no tuvo barreras administrativas para la atención, que además ordenó la hospitalización del paciente, y el suministro de antibióticos para tratar la patología que presentaba al momento del ingreso a la institución.

Declaración de **Ana María Ceballos Osorio**, médico general que atendió a Eduar Daniel en el servicio de urgencias de Assbasalud, quien señaló que, este estaba agresivo y no quería recibir los medicamentos, señaló que le fue explicado las posibles complicaciones que podría tener al retirarse de la institución sin terminar el tratamiento ordenado, no obstante el paciente voluntariamente decidió retirarse de Assbasalud.

Declaración de **Luz Bibiana Arias Castaño**: Señaló que fue la persona que recibió al paciente Eduar Daniel en el servicio de urgencias de Assbasalud; que fue la enfermera que le suministro los medicamentos ordenados por el médico tratante, señaló además que, el paciente fue dejado en observación debido a que en el momento del ingreso no había camas disponibles.

- Obra prueba testimonial solicitada por ESE Hospital de Caldas, de los que se destaca:

Declaración del médico especialista en urgencias **José Luis Moreno Rodríguez**: Indicó que: *"el paciente Eduar Daniel acudió junto con su madre al servicio de urgencias indicando,*

que al momento de realizar el Triage, el paciente tenía una Sensación de dificultad respiratoria con alguna molestia a nivel de la cavidad oral y basados en los signos vitales, la profesional de enfermería lo categorizó con un Triage nivel 4, allí le fue indicado que su atención debía continuarse en una institución asociada a la EPS en la que se encontrara vinculado". Que posteriormente "el paciente sale acompañado de su madre durante ese proceso presenta un colapso cardiovascular, por lo cual es reingresado de forma inmediata al servicio urgencias, se traslada una camilla y se traslada a la sala de reanimación."

Indicó el galeno que: *"realizaron la reanimación del paciente de acuerdo con los protocolos aplicables para el caso encontrando una respuesta satisfactoria inicial; se realiza un rastreo ecográfico y se encontró que tenía el líquido en las cavidades torácicas", manifestando que esa era una de las posibles causas de la parada cardiaca, indicó que "le realizaron una punción y obtuvieron un material purulento típicamente un material infeccioso. Posteriormente el paciente se deteriora nuevamente, razón por la cual activa en el código de reanimación y en el segundo evento el paciente tiene un resultado negativo y fallece",*

Explicó que el Triage es: *"un proceso de clasificación para priorizar la atención, basados en los datos clínicos que aporte el paciente y en el resultado de la toma de signos vitales al momento de la consulta, que es un protocolo de clasificación internacional que garantiza tener la adecuada y oportuna atención a los pacientes y de alguna manera permite direccionar al paciente en el mejor lugar posible basado en la condición clínica del paciente".*

Afirmó que: *"el Ministerio de salud en el año 2015 reglamentó el Triage el cual se aplica en una categorización de 5 niveles, descritos en severidad de la condición del paciente, siendo uno el que indica el paciente está más comprometido y el 5 indica que el paciente está casi normal y que permite una atención diferida dentro de las próximas 72 horas a la valoración (...) El nivel 4 es un paciente que tiene la patología que no pone en riesgo su vida que requiere algún estudio adicional o un examen a un examen físico que puede ser atendido dentro de las siguientes 24 horas", explicó además que: "el Triage no es un procedimiento 100% efectivo, y la condición de un paciente no es estática sino dinámica", señalando que son puntos débiles del Triage, "debido a que la condición del paciente puede variar en cuestión de minutos".*

Declaración de **Héctor Yohany Ocho Muñoz**: *relató que "a las 8 de la mañana escuché el timbre del código de reanimación donde se avisa de la llegada en paciente crítico inmediato asistimos al llamado y me encuentro con un paciente inconsciente sin signos vitales de inmediato se procede a realizar las maniobras de reanimación; se atiende al paciente con todos los protocolos del momento, el paciente se debe reanima aproximadamente durante 30 minutos (...) durante ese lapso el paciente presenta paro cardiorrespiratorio, se realizan nuevamente maniobras de reanimación no obstante el paciente fallece".*

Respecto a la entrega del cuerpo a la familia indicó: *"Al tener conocimiento de las condiciones en las que llegó el paciente de que se había fugado de otra institución de salud y que no tenía antecedentes de peso para certificar la muerte o tener clara la causa de la muerte, se decide solicitar una necropsia médico legal; el paciente fue trasladado a la morgue del hospital como protocolo institucional y a los dos días me informan que ninguna entidad competente judicial se hizo cargo del cuerpo del paciente, que no fue posible conseguir la necropsia médico legal, por lo cual el estado del cuerpo del paciente se encontraba en un estado de descomposición marcado, con un edema generalizado y con mucho riesgo de estallido del cuerpo debido a la inflamación que tenía; dado el riesgo que eso implicaba para la institución debido al riesgo de contaminación ambiental, se decide junto con talento humano, que se certifique el cuerpo para evitar una catástrofe ambiental y, finalmente se certifica la muerte por causa natural con la*

impresión diagnóstica de una sepsis de origen pulmonar que fue lo que evidenció con la salida del material purulento”.

2.3. Caso concreto

2.3.1. En cuanto al daño antijurídico

El daño alegado por los demandantes se concretó en el fallecimiento de Eduar Daniel Poblador Ortiz, el 12 de abril de 2017 en el SES Hospital de Caldas.

La Sala encuentra probado lo anterior dado que, de conformidad con la epicrisis del referido hospital, el joven Eduar Daniel Poblador Ortiz ingresó a ese centro médico el 12 de abril de 2017, documento en el que se dejó consignado lo siguiente:

“(…) Ingresa paciente a sala de shock en malas condiciones generales sin esfuerzo respiratorio, sin presencia de pulsos centrales. Se inicia reanimación cardiopulmonar según guías de AHA 2015, compresiones torácicas 30 x2 ventilaciones, se corrobora ritmo cardiaco con desfibrilador con actividad eléctrica sin pulso, se realizan 3 ciclos de compresiones y ventilación por 2 minutos cada uno, se administran 3 dosis de adrenalina 1 mg en total al tercer ciclo se comprueba presencia de pulsos centrales, se realiza intubación orotraqueal en primer intento exitosa, se monitoriza paciente con evidencia de ritmo cardiaco en taquicardia ventricular, ritmo desfibrilable con 10jul, retorno a ritmo sinusal, nuevo ritmo de rv, segunda disibrilación con 100 julio, se administra 300 mg de amiodarona IV, retorno a ritmo sinusal, con pulsos periféricos débiles, se realiza ecofast donde se evidencia liquido libre en ángulos pleurales por lo que se procede a realizar toracostomia izquierda, con salida de aproximadamente 600 cc de material purulento espeso, continúa soporte ventilatorio invasivos y se inicia soporte vasoactivo con norepienfrina a 0.1 mcg/kg/mi, respuesta parcial por 10 minutos, punción hemitórax derecho con salida de material purulento espeso, rastreo ecocardiográfico con Servera dilatación de cavidades derechas que suponen hipoertensión pulmonar crónica severa a las 8:34 minutos el paciente presenta nuevo parada cardiopulmonar recibe asistencia médica, sin respuesta alguna se declara paciente muerto (...)”

Obran además, copia del Registro Civil de Defunción No. 05832222 y Certificado de Defunción, suscrito por el médico Héctor Johanny Ochoa Muñoz, documentos que dan cuenta del fallecimiento de Eduar Daniel Poblador Ortiz el 12 de abril de 2017.

Igualmente se encuentra acreditada la relación de parentesco entre los demandantes y la víctima, de conformidad con los registros Civil de Nacimiento de Eduar Daniel Poblador Ortiz, Alexandra Poblador Ortiz y Jhon Ander Poblador Ortiz, toda vez que, en ellos se registra como madre a la señora María Victoria Poblador Ortiz.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala probado el daño ocasionado a los demandantes, debiendo en consecuencia desentrañar si el mismo resulta atribuible a las entidades demandadas.

2.3.2. En cuanto a la imputación

a. Frente a Assbasalud

Tal como se observó en el acápite anterior, según consta en la historia clínica de Assbasalud,

el 11 de abril de 2017 Eduar Daniel Poblador Ortiz ingresó a ese centro médico con malestar general, con hinchazón en la mejilla derecha, fiebre, escalofrío, *emesis*, diarrea, luego fue diagnosticado con *absceso periapical con fistula*. Razón por la cual, el médico de dicha institución decidió ordenar la hospitalización y el suministro de antibióticos para el manejo de los síntomas que presentaba; lo cual en efecto se cumplió como se observa en la relación de los procedimientos médicos y medicamentos. (folio 56 C1 expediente 2019-00051)

Además, si bien es cierto en la declaración rendida por Luz Bibiana Arias Castaño refirió que en el momento del ingreso no había camas disponibles, igualmente señaló que fue dejado en observación, lugar donde le fue brindada toda la atención médica requerida.

Posteriormente se registró que, el paciente se tornó agresivo y decidió dejar la clínica, firmando la salida voluntaria, previo a la advertencia por parte del personal médico de las consecuencias que podría traer para su salud. (folio 58 C1 expediente 2019-00051)

Dicho retiro voluntario se corrobora con la declaración de la demandante María Victoria Poblador, quien relató que su hijo Eduar Daniel se presentó en su casa en la fecha arriba señalada, en horas de la noche y le manifestó que no quería quedarse en la Institución donde se le estaban prestando los servicios de salud.

De la valoración y diagnóstico ofrecidos en Assbasalud se infiere que, si Eduar Daniel Poblador Ortiz no hubiese evadido la atención en salud que le estaba siendo prestada, hubiese recibido el tratamiento prescrito y con los exámenes y ayudas diagnósticas que ya se habían ordenado, sus expectativas de vida se hubieran aumentado en mayor grado.

Por lo anterior se concluye que, está demostrado que Assbasalud prestó al señor Eduar Daniel la atención y el tratamiento en forma oportuna y adecuada; además no se evidencia que se hayan presentado demoras en la valoración o tratamiento o que se hayan impuesto barreras administrativas que impidieran el acceso a los servicios de salud y que la interrupción de la atención o tratamiento se dio por voluntad del paciente.

b. Frente a SES Hospital de Caldas

Continuando con la declaración de la demandante María Victoria Poblador, indicó que el 12 de abril de 2017, se vio en la necesidad de llevar a su hijo al servicio de urgencias del SES Hospital de Caldas, debido al mal estado de salud que presentaba, y que allí no lo quisieron atender porque se encontraba adscrito a los servicios de Salud del Sisben y que al salir de la institución, su hijo se desmayó, por lo que debió ser ingresado nuevamente al Hospital y allí, le informaron que Eduar Daniel, entró en paro cardíaco y posteriormente le manifestaron que había fallecido.

Al respecto, contrario a lo aducido por la demandante, según el Triage No. 191296 del 12 de abril de 2017, a Eduar Daniel Poblador Ortiz se le brindó atención a las 7:45:23 am en SES Hospital de Caldas, lugar donde le tomaron los signos vitales, se realizó la valoración por el personal de la institución, encontrándose al paciente con edema en pómulo derecho, con absceso bucal posterior con secreción purulento, sin fiebre, razón por la cual fue remitido a urgencias de la IPS adscrita a los servicios de salud que tenía Eduar Daniel.

Posteriormente, de acuerdo con el Reporte de Triage No. 191297 del 12 de abril de 2017, Eduar Daniel Poblador Ortiz fue atendido nuevamente a las 8:08:39 am en SES Hospital de

Caldas, debido a que entró en paro y fue necesario ingresarlo a sala de Shock, lugar donde fueron realizados los procedimientos médicos de reanimación.

Sobre la oportunidad de la atención, la Sala no observa elementos de juicio que permitan afirmar que, entre la hora de ingreso del señor Eduar Daniel Poblador Ortiz al Hospital y la hora en que se realizó la primera valoración del Triage (7:45:23 am) haya transcurrido un tiempo excesivo, al respecto, la única prueba existente es la declaración del médico José Luis Moreno Rodríguez, quien señaló:

“Nosotros tenemos unos atributos de calidad que aplicamos en la atención médica, dentro de esos es el acceso, accesibilidad en el no hubo ninguna barrera para realizar el Triage, el segundo es la oportunidad, el tiempo que se demora en que el paciente reciba la clasificación del triage después del ingreso; nosotros tenemos unos promedios de atención de 5 minutos para esa clasificación del triage y este paciente en la clasificación inicial no hubo demoras; cuando el paciente colapsa, no hubo ningún tipo de restricción o demoras en pasarlo desde el lugar donde presenta el deterioro clínico hasta la sala de reanimación”.

Por lo anterior se evidencia que, la valoración inicial al ingreso al Hospital de Caldas si fue oportuna; por el contrario, no existe elemento de prueba que contradiga lo afirmado por el testigo, o que permita afirmar que hubo demora en la realización de la valoración inicial.

Ahora, el hecho consistente en que, luego de la primera valoración del triage se hubiese indicado a Eduar Daniel que debía acudir a los servicios de salud de la IPS a la cual se encontraba adscrito, encuentra la Sala que, dicha decisión se basó en los resultados de la valoración realizada: *toma de tensión arterial: 116/72, frecuencia cardiaca: 68, frecuencia respiratoria: 17, temperatura: 35.8, SO2: 94, estado de conciencia: Alerta*; los cuales permitieron concluir que en dicho momento específico se trataba de una urgencia *“Clasificación III-DIFERIDA”*, (Folio 101 C1 expediente 2019-00051) esto es que, el motivo de consulta requería una atención médica que para este momento, podía el paciente ser orientado a un centro asistencia definido por el asegurado para su atención.

Al respecto, la Resolución 5596 de 2015 *“Por la cual se definen los criterios técnicos para el Sistemas de Selección y Clasificación de pacientes en los servicios de urgencias Triage”*, establece:

ARTÍCULO 5. Categorías del “Triage”. Para determinar la prioridad de la atención de los pacientes en un servicio de urgencias se tendrá en cuenta la siguiente categorización, organizada de mayor a menor riesgo:

5.1 Triage I: Requiere atención inmediata. La condición clínica del paciente representa un riesgo vital y necesita maniobras de reanimación por su compromiso ventilatorio, respiratorio, hemodinámico o neurológico, pérdida de miembro u órgano u otras condiciones que por norma exijan atención inmediata.

5.2. Triage II: La condición clínica del paciente puede evolucionar hacia un rápido deterioro o a su muerte, o incrementar el riesgo para la pérdida de un miembro u órgano, por lo tanto, requiere una atención que no debe superar los treinta (30) minutos. La presencia de un dolor extremo de acuerdo con el sistema de clasificación usado debe ser considerada como un criterio dentro de esta categoría.

5.3. Triage III: La condición clínica del paciente requiere de medidas diagnósticas y terapéuticas en urgencias. Son aquellos pacientes que necesitan un examen complementario o un tratamiento rápido, dado que se encuentran estables desde el

punto de vista fisiológico aunque su situación puede empeorar si no se actúa.

5.4. Triage IV: El paciente presenta condiciones médicas que no comprometen su estado general, ni representan un riesgo evidente para la vida o pérdida de miembro u órgano. No obstante, existen riesgos de complicación o secuelas de la enfermedad o lesión si no recibe la atención correspondiente.

5.5. Triage V: El paciente presenta una condición clínica relacionada con problemas agudos o crónicos sin evidencia de deterioro que comprometa el estado general de paciente y no representa un riesgo evidente para la vida o la funcionalidad de miembro u órgano.

Parágrafo. Los tiempos de atención establecidos, no aplicarán en situaciones de emergencia o desastre con múltiples víctimas.

El artículo 6, establece con claridad, las responsabilidades que tiene la Institución Prestadora de Servicios de Salud al momento de hacer el Triage, las cuales consisten:

Artículo 6. Responsabilidades de la Institución Prestadora de Servicios de Salud. Además de las responsabilidades señaladas en las normas vigentes, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en el marco de lo establecido en la presente resolución, son responsables de:

6.1 Definir e implementar un método de "Triage" de cinco categorías que cumpla con lo contemplado en la presente resolución.

6.2 Garantizar los recursos físicos, humanos y técnicos necesarios para la realización del "Triage". 6.3. En los casos de "Triage" categorías I y II, se deberá dar cumplimiento a los tiempos de atención definidos en la presente Resolución.

6.4 Para las categorías III, IV Y V, las instituciones prestadoras de servicios de salud que tengan habilitado el Servicio de Urgencias deben establecer tiempos promedio de atención que serán informados a los pacientes y sus acompañantes. Los tiempos promedio de atención deben ser publicados en un lugar visible del servicio de urgencias.

6.5 Asegurar la reevaluación periódica de los pacientes ya clasificados que se encuentran en espera de la atención definitiva.

6.6. Disponer de información que permita a los usuarios comprender la metodología de "Triage" usada en el servicio de urgencias.

6.7 Proporcionar la información adecuada a los pacientes y acompañantes sobre los recursos iniciales a emplear y los tiempos promedio en que serán atendidos.

Parágrafo. El proceso de verificación de derechos de los usuarios, será posterior a la realización del "Triage" y en consecuencia, el "Triage" debe ser realizado a la llegada del paciente al servicio de urgencias.

Por lo tanto, la remisión de Eduar Daniel a los servicios de salud de la IPS a la cual se encontraba adscrito, de ninguna manera constituye una negación al acceso a los servicios de salud, o la imposición de barreras administrativas; por el contrario, ello es prueba fehaciente de que fue atendido por el personal médico del Hospital de Caldas.

Ahora, en cuanto al hecho de que entre la primera valoración del Triage y la segunda pasaran solo unos minutos, encuentra la Sala que, ello por sí solo no demuestra la existencia de un error o demora en el diagnóstico, por cuanto la condición de un paciente no es estática sino dinámica y debido a que la condición del paciente puede variar en cuestión de minutos.

Al respecto, el médico especialista en urgencias José Luis Moreno Rodríguez precisó:

“el triage no es un procedimiento 100% efectivo y la condición clínica de un paciente no es estática sino dinámica, ese es uno de los puntos débiles del triage , un paciente puede entrar como en este caso estable, con signos vitales estables, consciente, por sus propios medios, que en ese momento no se ve una patología que ponga en riesgo su vida y que de su categorización puede ser no tan severa como la I o la II, pero su condición clínica puede variar en cualquier momento, hay patologías que no debutan en el triage, pero horas o incluso minutos después pueden demostrar un deterioro clínico evidente”.

En cuanto al diagnóstico, el Consejo de Estado ha indicado:

“El diagnóstico es una de las modalidades del acto médico. Este último, por su parte, es el conjunto de comportamientos que desarrolla el profesional médico en ejercicio de la lex artis. El diagnóstico corresponde a la etapa en la cual se valoran los síntomas y signos del paciente y, por tanto, se ordenan los exámenes clínicos e imágenes diagnósticas que sean necesarias para determinar la patología o enfermedades que sufre aquel y, como consecuencia, se define el procedimiento o tratamiento a seguir.

Esta Sección, en relación con el diagnóstico, ha puntualizado:

Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho.

De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.

Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento¹¹.

El diagnóstico está integrado por dos etapas: la primera es aquella en la que se realiza la auscultación del paciente, esto es, el examen o reconocimiento que va desde el triage o interrogatorio hasta la ejecución de pruebas y, la segunda, corresponde a la valoración que efectúa el médico al analizar los resultados de los exámenes practicados y la emisión del respectivo juicio o conclusión.

*Igualmente, la Sección ha sostenido que definir **la existencia de un error o demora en el diagnóstico es un análisis que debe efectuarse con cuidado y rigor extremos, por cuanto se trata de un juicio o representación ex post**¹²:*

Por otra parte, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp.11.878. Consultar igualmente: sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846; 10 de febrero de 2011, exp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp. 31724; 9 de octubre de 2014, exp.32348; y 2 de mayo de 2016, exp.36.517.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp.11.878, M.P. Alier E. Hernández.

diagnóstico correcto. Por esta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar.

Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente. Al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo. El error que exime de responsabilidad no ha de ser una anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico.”¹³ (Se resalta)

Por lo anterior, de la valoración de las pruebas allegadas al proceso, no se evidencia la existencia de un demora o error en el diagnóstico, pues de acuerdo a la sintomatología que presentaba Eduar Daniel al momento del ingreso al Hospital de Caldas, no permitía sospechar la sepsis pulmonar que padecía y que se presentaría súbitamente el paro cardiopulmonar y que posteriormente desencadenó la muerte. Adicionalmente tampoco es posible afirmar que esa circunstancia haya sido la causa adecuada del fallecimiento del señor Eduar Daniel.

Adicionalmente, del reporte del Triage No. 191297 del 12 de abril de 2017 y la historia clínica del Hospital de Caldas se desprende que, al exacerbarse la sintomatología del paciente y entrar en paro, el médico general Héctor Yohany Ochoa Muñoz, acudió a asistir al paciente, realizando las maniobras de reanimación, aplicando los medicamentos que consideró necesarios para el momento y ordenando una serie de exámenes, todo ello, en procura del restablecimiento de la salud del paciente.

2.4. Conclusión

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que el fallecimiento de Eduar Daniel Poblador Ortiz, no es atribuible a las entidades demandadas toda vez que, se prestaron los servicios de salud de forma oportuna y diligente y no se presentaron barreras administrativas que impidiera el acceso a los servicios de salud. Así, no se encuentra demostrado que las instituciones a las que acudió Eduar Daniel, le hubiesen negado la prestación los servicios de salud que requería para la sintomatología que presentaba.

Así las cosas, al no demostrarse la existencia de una falla del servicio médico asistencial ni el nexo causal entre el fallecimiento del señor Eduar Daniel Poblador Ortiz y la acción u omisión de las entidades demandadas se concluye que, no se configuran los elementos para atribuir la responsabilidad administrativa y patrimonial en cabeza del Estado.

A pesar de lo alegado por la parte actora en sus alegatos, en cuanto señala que Eduar Daniel le fue negado el acceso a los servicios de salud y la atención de urgencias por ser beneficiario del Sisben, dicho argumento no es de recibo por la Sala, toda vez que, lo demostrado en el

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. Consejera ponente: María Adriana Marín, sentencia del 4 de diciembre de 2020. Rad.: 76001-23-31-000-2012-00195-01(52888)

proceso es que, las entidades demandadas y en especial el Hospital de Caldas, ofreció la atención inicial al paciente, concretamente al realizar el Triage y clasificarlo, según los síntomas que presentaba para el momento, en un nivel III; de tal suerte que la atención brindada a Eduar Daniel, fue conforme a la Resolución expedida por el Ministerio de Salud conforme debe acudir para la atención inicial.

Por lo tanto, se declararán probadas las excepciones de *“Inexistencia de elementos que puedan configurar la existencia de responsabilidad, Ausencia del nexo causal, propuestas por Servicios Especiales de Salud- Hospital de Caldas IPS; “Inexistencia de nexo causal entre el insuceso (Fallecimiento) del señor Eduar Daniel Poblador Ortiz y la oportuna atención prestada en la clínica San Cayetano para las calendas de abril de 2017, Intervención e irresponsabilidad del paciente al no permitir la continuidad del tratamiento y la atención en salud, Ausencia de responsabilidad por parte de Assbasalud”* propuestas por Assbasalud; *“Inexistencia de la falla del servicio y consecuentemente responsabilidad atribuida a Servicios Especiales de Salud SES Hospital de Caldas, Alea terapéutica, naturaleza subjetiva de la responsabilidad médica e inexistencia de perjuicios realmente causados por el Hospital de Caldas”* propuestas por Allianz; *“Ausencia de responsabilidad en cabeza de Assbasalud, Inexistencia de nexo causal en cabeza de Assbasalud ESE, Ausencia de responsabilidad por parte de Assbasalud por cuanto las obligaciones de sus médicos son de medio y no de resultado, Ausencia absoluta de prueba que pueda determinar la responsabilidad de Assbasalud ESE; la historia clínica da cuenta de la buena atención al paciente la excepción de Caducidad”* propuestas por Seguros del Estado. En consecuencia serán negadas las pretensiones de la parte demandante.

En este estadio de la providencia, teniendo en cuenta que no encontró administrativa y patrimonialmente responsables a las demandadas del fallecimiento de Eduar Daniel Poblador, resulta innecesario desarrollar los demás problemas jurídicos planteados.

3. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con el numeral 4° del artículo 365 del CGP, debido a que se han negado las pretensiones de la demanda se condenará en costas a la parte accionante.

Tomando en cuenta la gestión realizada por los apoderados de la parte demandada, las etapas procesales en que intervinieron y las actuaciones específicas que realizaron en defensa de los intereses de sus poderdantes, se fijan agencias en derecho por valor de dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos cuarenta y ocho pesos (\$2.484.348)¹⁴. En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Declarar probadas las excepciones de *“Inexistencia de elementos que puedan configurar la existencia de responsabilidad, Ausencia del nexo causal, propuestas por Servicios Especiales de Salud- Hospital de Caldas IPS.*

¹⁴ Equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo prescrito en el artículo 5° numeral 1 del PSAA16-10554 de 2016.

Segundo: Declarar probadas las excepciones de *“Inexistencia de nexo causal entre el insuceso (Fallecimiento) del señor Eduar Daniel Poblador Ortiz y la oportuna atención prestada en la clínica San Cayetano para las calendas de abril de 2017, Interoención e irresponsabilidad del paciente al no permitir la continuidad del tratamiento y la atención en salud, Ausencia de responsabilidad por parte de Assbasalud”* propuestas por Assbasalud;

Tercero: Declarar probadas las excepciones de *“Inexistencia de la falla del servicio y consecuentemente responsabilidad atribuida a Servicios Especiales de Salud SES Hospital de Caldas, Alea terapéutica, naturaleza subjetiva de la responsabilidad médica e inexistencia de perjuicios realmente causados por el Hospital de Caldas”* propuestas por Allianz;

Cuarto: Declarar probadas las excepciones de *“Ausencia de responsabilidad en cabeza de Assbasalud, Inexistencia de nexo causal en cabeza de Assbasalud ESE, Ausencia de responsabilidad por parte de Assbasalud por cuanto las obligaciones de sus médicos son de medio y no de resultado, Ausencia absoluta de prueba que pueda determinar la responsabilidad de Assbasalud ESE; la historia clínica da cuanta de la buena atención al paciente la excepción de Caducidad”* propuestas por Seguros del Estado.

Quinto: Negar las pretensiones formuladas por la parte actora dentro del medio de control de reparación directa promovido por María Victoria Poblador Ortiz y otros contra Assbasalud ESE y SES Hospital de Caldas.

Sexto: Condenar en costas a la parte demandante. Se fijan agencias en derecho por valor de dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos cuarenta y ocho pesos (\$2.484.348).


Séptimo: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** a la parte interesada los remanentes, si los hubiere, y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 14 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 039

Manizales, veintiséis (26) marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00613-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ronal Fabián Bonilla Ricardo
Demandado: Procuraduría General de la Nación

I. ASUNTO

Se emite fallo con ocasión al medio de control de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad: i) del fallo disciplinario de primera instancia proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa del 20 de enero de 2019, mediante el cual se sancionó al demandante; ii) del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, del 28 de abril de 2019 que modificó la medida impuesta, en el sentido de sancionar al demandante con destitución e inhabilidad por el término de 10 años y iii) de la Resolución 5239 del 4 de septiembre de 2019, mediante la cual se dio cumplimiento al fallo disciplinario.

En consecuencia, se ordene reintegrar al demandante al cargo de Secretario del Deporte del Departamento de Caldas (sic) o a otro de igual o superior categoría al que ocupaba al momento de la destitución, así mismo, se elimine el registro de Sanciones e Inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación y se paguen debidamente indexados los sueldos y primas dejados de percibir.

Subsidiariamente solicitó, que se varíe la imputación subjetiva de culpa gravísima a culpa grave y se aplique el principio de favorabilidad.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, al demandante le fue delegada la representación del Club Deportivo Semillas el cual se encontraba anexo al Colegio Nuestra Señora de Manizales, condición por la cual debió suscribir plurales contratos de prestación de servicios a nombre del Club.

Que el demandante se inscribió como candidato para el Concejo de Manizales para el periodo 2016-2019, cargo para el cual salió elegido y tomó posesión el 2 de enero de 2016;

posteriormente dicha elección fue anulada por el Tribunal Administrativo de Caldas, en proceso de pérdida de investidura, mediante sentencia del 10 de mayo de 2018, declarándose la pérdida de la curul y sancionando con la imposibilidad de aspirar a cargo de elección popular.

Que posteriormente, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, confirmó sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría Primera Delegada y modificó la inhabilidad general de 12 a 10 años.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocaron como fundamento de las pretensiones, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención Interamericana de Derechos Humanos; los artículos 5, 6, 11, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 128, 19, 141, 143, 163 de la Ley 734 de 2002 en delante CDU.

Sostuvo que, se configuró la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación, para destituir e inhabilitar a funcionario de elección popular, ello con fundamento en la Convención de Naciones Unidad contra la Corrupción y la Convención Interamericana de Derecho Humanos.

Argumentó que fue vulnerado el principio de la doble instancia, debido a que fue asignada la investigación a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y no al Procurador Regional, el cual considera era el competente.

Que se configuró la causal de nulidad contemplada en el artículo 133 del Código General del Proceso – en adelante CGP, por considerar que la sentencia fue emitida por un juez distinto al que escuchó los alegatos de conclusión.

Que se configuró causal de nulidad contemplada en el artículo 143 del CDU y artículos 456 y 457 del Código de Procedimiento Penal – en adelante CPP; que además, se violó el debido proceso y/o derecho de la defensa por desatender las garantías fundamentales establecidas en la Ley 906 de 2004, además, porque se desatendió el Decreto 0262 de 2000, el cual define la competencia en primera instancia para investigar a los concejales en el Procurador Regional y por ahincar la competencia en salas territoriales en conducta constitutiva de actos de corrupción, que a su juicio, no es el caso.

Que los actos acusados fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder, para lo cual insistió en que, la competencia recaía sobre la Procuraduría Regional de Caldas y no la Delegada para la Vigilancia Administrativa; que, se dio una escasa o nula valoración subjetiva, remitiéndose únicamente al argumento que la falta tipificada por el CDU como gravísima bajo el entendido de que el tipo imputado es el que describe y comprende plenamente la conducta cometida, ello, sin tener mayor consideración a la justificación alegada. Que además, la Procuraduría desconoció el mandato del numeral 9 del artículo 43 del CDU que prevé una falta gravísima cometida con culpa grave, equivale a una falta grave.

Finalmente solicitó que se de aplicación a la Ley 1951 de 2019, en aplicación del principio de favorabilidad debido a que prevé una pena menor a la que establece el CDU.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

La entidad demandada no contestó la demanda.

3. Alegatos de conclusión y concepto

La **parte actora** se limitó a reiterar los argumentos expuestos en la demanda.

La **entidad demandada** guardó silencio.

El **Ministerio Público** presentó concepto, en sentido de señalar que, el juicio disciplinario adelantado contra el demandante se llevó a cabo en aplicación del procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico, indicando que la Procuraduría Regional de Caldas como la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, cuentan con la competencia para conocer de las diligencias disciplinarias, por lo que considera que le fue garantizado el derecho al debido proceso; además que se tramitó de conformidad con las competencias establecidas en el Decreto Ley 262 de 2000 y la Resolución 765 del 20 de noviembre de 2018 expedida por el Procurador General de la Nación y cumpliendo lo preceptuado en el artículo 78 de la Ley 734 de 2002.

Señaló que, conforme la sentencia C-111 de 2019, la Procuraduría General de la Nación tenía la competencia para afectar o limitar en sede administrativa los derechos políticos del demandante.

III. CONSIDERACIONES

1. Cuestión Previa - Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia.

En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

- 1) *La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria.*
- 2) *La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo.*
- 3) *La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial.*
- 4) *La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.*
- 5) *Las irregularidades del trámite procesal serán valoradas por el juez de lo contencioso*

¹ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.

administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que implica reconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario.

2. Problemas jurídicos

De conformidad con lo señalado en la audiencia inicial, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si los fallos disciplinario de primera y segunda instancia y la Resolución 5239 del 4 de septiembre de 2019, mediante la cual se dio cumplimiento al fallo disciplinario, adolecen de nulidad; para ello, se resolverán los siguientes cuestionamientos:

-¿Se configuró la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación, para destituir e inhabilitar al demandante, quien tenía la calidad de funcionario de elección popular?

-¿Se configuró la vulneración del principio de la doble instancia?

-¿Se violó el debido proceso y/o derecho de la defensa porque se desatendió el Decreto 0262 de 2000, el cual define la competencia en primera instancia para investigar a los concejales en el Procurador Regional y por ahincar la competencia en salas territoriales?

-¿Se configuró la vulneración al principio non bis in ídem?

-¿Los actos sancionatorios fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder?

-¿Se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 7 del artículo 133 del Código General del Proceso – CGP por cuanto la sentencia fue emitida por un juez distinto al que escuchó los alegatos de conclusión?

-¿Se configuró la causal de nulidad contemplada en el artículo 143 del Estatuto Disciplinario y artículo 456 y 457 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal – CPP?

-¿Es posible reducir la sanción impuesta al señor Ronal Fabián Bonilla Ricardo, aplicando por favorabilidad la Ley 1952 de 2019?

3. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

✓ La Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, el 17 de agosto de 2017 formuló cargos al actor en la condición de concejal de Manizales por haber actuado en dicha calidad a pesar de recaer sobre él una inhabilidad, originada en haber contratado con el Municipio de Manizales seis meses antes de su elección, incurriendo presuntamente en la falta gravísima contenida en el inciso 1º del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y la actuación se le endilgó a título de dolo.

✓ La Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, el 28 de enero de 2019 profirió fallo dentro del Radicado No. IUS-2016-213302 IUC-D-2016-43-864157, en el cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADO Y NO DESVIRTUADO el cargo formulado al disciplinado RONAL FABIÁN BONILLA RICARDO, en su condición de concejal del municipio de Manizales.

SEGUNDO: SANCIONARLO, en consecuencia, con la medida de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL EN EL CARGO POR TÉRMINO DE DOCE (12) AÑOS, conforme lo indicado en la parte motiva.

✓ La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, el 28 de abril de 2019 profirió el fallo mediante el cual fue resultado el recurso de apelación interpuesto por el señor Ronal Fabián Bonilla Ricardo, en el que se resolvió:

PRIMERO: Confirmar el numeral primero del fallo, proferido el 28 de enero de 2019, por medio del cual la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa declaró probado y no desvirtuado el cargo formulado al disciplinado Roñal Fabián Bonilla Ricardo, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 16.077.854, en su condición de concejal del municipio de Manizales, atendiendo las consideraciones de la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: Modificar el numeral segundo de la parte resolutive del fallo, proferido el 28 de enero de 2019, por medio del cual la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa declaró responsable al disciplinado Roñal Fabian Bonilla Ricardo, el cual quedará así: Sancionarlo con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

✓ Mediante Resolución 5239 del 4 de septiembre de 2019 “...se da cumplimiento a un fallo disciplinario de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa”.

4. Primer Problema Jurídico: *¿Se configuró la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación, para destituir e inhabilitar al demandante, quien tenía la calidad de funcionario de elección popular?*

Tesis del Tribunal: No se configuró la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación, para destituir e inhabilitar al demandante, quien tenía la calidad de Concejal, por cuanto, la facultad sancionatoria que tiene dicho ente administrativo, se encuentra plenamente fundamentada en la Constitución Política de 1991 y Decreto 262 de 2000.

Además, el Consejo de Estado en sentencia del 15 de noviembre de 2017, fue clara en indicar que esta no implicaba en modo alguno despojar de competencia al órgano de control, en primer lugar, en virtud de los efectos inter partes de la decisión, pero además porque se exhortó «[...] al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]».

Por lo que hoy en día, y “mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume”.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación frente a funcionarios de elección popular, para descender al ii) análisis

del caso concreto.

4.1. Potestad Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación frente a servidores públicos de elección popular

Mediante sentencia del 15 de noviembre de 2017, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado² estudió la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular con destitución, suspensión e inhabilidad general y especial.

En dicha oportunidad, la Corporación concluyó que la sentencia C-028 de 2006 proferida por la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial, al disponer que la competencia del mentado órgano de control para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular se acompasa con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto el objeto de su actuación sea prevenir hechos de corrupción o conjurar actos que promuevan o constituyan casos de tal naturaleza.

De esta forma, el Consejo de Estado advirtió que la atribución de sancionar inhabilitando el ejercicio de derechos políticos a funcionarios de elección popular por conductas no constitutivas de corrupción no había sido objeto de análisis por el máximo juez constitucional, asunto que procedió a revisar, concluyendo lo siguiente:

“(...) A la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción. En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o pro hominem, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular.

Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza. De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: “las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2) (...)”

² Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 1131-2014, radicado 11001032500020140036000, demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego

Respecto a la anterior referencia jurisprudencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 23 de julio de 2020³, aclaró lo siguiente:

“(...) es de vital importancia señalar que la sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida por esta Corporación, fue clara en el sentido de indicar que esta no implicaba en modo alguno despojar de competencia al órgano de control. En primer lugar, en virtud de los efectos inter partes de la decisión, pero además porque se exhortó «[...] al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]». Así las cosas, aunque eventualmente y de acuerdo con la regulación que se expida en cumplimiento de dicha orden llegare a cobrar gran importancia la identificación de aquellas conductas constitutivas de actos de corrupción, lo cierto del caso es que hoy en día, en punto a definir la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, este órgano de control no ha visto modificadas las atribuciones que le asisten en la materia. Por el contrario, a raíz de los mencionados efectos y del plazo concedido, el Consejo de Estado concluyó que, mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume. (...)

Conforme al anterior recuento normativo y jurisprudencial, las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular no fueron restringidas, modificadas, ni suprimidas mediante la sentencia del 15 de noviembre de 2017.

Al respecto, la Sala destaca lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴ y la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵, instrumentos normativos que permiten considerar que en asuntos como los que fueron objeto del proceso disciplinario las autoridades administrativas sí puedan restringir los derechos políticos, siempre y cuando se observen las garantías judiciales, conforme a lo señalado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo anterior tiene fundamento en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2019⁶:

[...] El artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente con otros tratados internacionales suscritos por Colombia⁷. Lo cierto es que además de la CADH, existen otras normas internacionales suscritas por Colombia que sirven de parámetro para regular las competencias de la PGN en el ejercicio de control disciplinario. En particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁸ y la Convención Interamericana contra la Corrupción⁹.

Según la jurisprudencia de esta Corte, de ambas convenciones se desprende el derecho

³ Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 110010325000201700073 00 (0301-2017). Demandante: Samuel Moreno Rojas

⁴ Ley 970 de 2005.

⁵ Ley 412 de 1997

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 111 de 2019. M. P. Carlos Bernal Pulido

⁷ Sentencia C-028 de 2006.

⁸ Ley 970 de 2005.

⁹ Ley 412 de 1997. Esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional la sentencia C-397 de 1998. Así mismo, Colombia depositó el instrumento de ratificación el 19 de enero de 1999

de los Estados de establecer decisiones disciplinarias que puedan incidir en el ejercicio de los derechos políticos de los servidores de elección popular¹⁰. En esos términos, el bloque de constitucionalidad, en su conjunto, consagra la posibilidad de que una autoridad administrativa – como lo es la PGN– inhabilite o destituya a un funcionario público de elección popular siempre que se respeten las garantías establecidas en los artículos 29 de la Constitución y 8 de la CADH. En síntesis, una interpretación sistemática de las normas constitucionales con los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad permite que una autoridad administrativa pueda eventualmente restringir derechos políticos siempre y cuando se respeten las garantías establecidas en el artículo 29 de la Constitución y el 8.1 de la CADH.

[...]

Por lo tanto, esta Corte no comparte el argumento planteado por los demandantes según el cual únicamente un juez penal pueda asegurar las garantías mínimas de los derechos políticos. Los Estados tienen un margen de apreciación en virtud del cual pueden atribuir a los organismos de control del Estado competencias disciplinarias que puedan conducir a la imposición de sanciones de destitución e inhabilidad general de los servidores públicos¹¹.

Por ende, el legislador puede otorgarle esa competencia a cualquier autoridad siempre que ella respete las garantías establecidas en los artículos 29 de la Constitución y 8 de la CADH. Así, se concluye que el límite que encuentra el margen de apreciación¹² son los derechos al debido proceso de los servidores públicos de elección popular. De allí que, no obstante no ser un “juez penal”, la PGN debe respetar las garantías establecidas en el artículo 29 de la Constitución y 8 de la CADH.

En consecuencia, puede válidamente limitar los derechos políticos de los funcionarios públicos de elección popular. (Negritas fuera de texto).

4.2. Caso concreto

En el fallo proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa se determinó frente a la conducta del señor Bonilla Ricardo, lo siguiente:

“(...) habiendo incurrido el disciplinado RONAL FABIÁN BONILLA RICARDO en la tercera causal de inhabilidad de que trata el artículo 40 de la Ley 617 de 200, reformatorio de la Ley 136 de 1994, artículo 43, hay lugar a que esta Procuraduría Delegada señale que se ha acreditado en grado de certeza la realización de la falta disciplinaria gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (...)”

Argumenta la parte demandante que, los actos administrativos a través de los cuales la Procuraduría General de la Nación lo sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años son nulos toda vez que, carecía de competencia para ello.

Al respecto, la Sala encuentra que, de acuerdo con lo expuesto en el acápite anterior, la facultad sancionatoria que tiene dicho ente administrativo, se encuentra plenamente fundamentado en la Constitución Política de 1991 y Decreto 262 de 2000.

Adicionalmente según se expuso en la sentencia del 15 de noviembre de 2017, la Sala Plena

¹⁰ Sentencia C-500 de 2014

¹¹ Sentencias C-124 de 2003 y C-500 de 2014

¹² Sentencia C-798 de 2003.

de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹³ al estudiar de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular con destitución, suspensión e inhabilidad general y especial, determinó que esta se acompasa con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, según se expuso por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 23 de julio de 2020¹⁴, la sentencia del 15 de noviembre de 2017, fue clara en el sentido de indicar que esta no implicaba en modo alguno despojar de competencia al órgano de control. En primer lugar, en virtud de los efectos inter partes de la decisión, *pero además porque se exhortó «[...] al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]»*.

Así las cosas, aunque eventualmente y de acuerdo con la regulación que se expida en cumplimiento de dicha orden, llegare a cobrar gran importancia la identificación de aquellas conductas constitutivas de actos de corrupción, lo cierto del caso es que hoy en día, en punto a definir la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, “...este órgano de control no ha visto modificadas las atribuciones que le asisten en la materia. Por el contrario, a raíz de los mencionados efectos y del plazo concedido, el Consejo de Estado concluyó que, mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume”.

4.3. Conclusión

Por lo tanto, la Sala encuentra que el cargo planteado por el demandante carece de fundamento, por cuanto la Procuraduría General de la Nación, sí es competente para investigar y sancionar, incluso con destitución e inhabilidad a los servidores públicos de elección popular.

5. Segundo Problema Jurídico: ¿Se configuró la vulneración del principio de la doble instancia?

Tesis del Tribunal: No se configuró la vulneración del principio de la doble instancia, toda vez que, en el fallo proferido el 28 de abril de 2019 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo de fecha 28 de enero de 2019; además que el acceso efectivo a la segunda instancia no se vio afectado por el hecho de que la investigación fuera asignada a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y no al Procurador Regional.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) la doble instancia en los procesos disciplinarios, para descender al ii) análisis del caso concreto.

5.1. La doble instancia en los procesos disciplinarios

¹³ Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 1131-2014, radicado 11001032500020140036000, demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego

¹⁴ Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 110010325000201700073 00 (0301-2017). Demandante: Samuel Moreno Rojas

El artículo 31 de la Constitución Política de Colombia señala que, *“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley”*; así. Se garantiza el derecho a la segunda instancia, no obstante, dicha prerrogativa tiene dos particularidades: una, que tal derecho se predica de las sentencias «judiciales» y la otra, que se admiten las «excepciones» consagradas en la ley.

Sobre tal aspecto, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad¹⁵, regula esta misma garantía, pero la circunscribe a la materia penal, así: *“[T]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶ regula la garantía de la protección judicial, en los términos de que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a *“cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes”*¹⁷, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la misma Convención.

Al respecto, la Sala advierte que, los actos administrativos con los que se culmina el proceso disciplinario no tienen la condición de sentencias judiciales; por ende, si según Constitución Política puede admitirse excepciones para la apelación de *«sentencias judiciales»*, con mucha mayor razón ello puede aceptarse para algunos actos administrativos que finalizan el trámite de un proceso disciplinario. Precisamente, una de las excepciones al principio de la doble instancia en el derecho disciplinario es el proceso de única instancia a cargo del procurador general de la Nación¹⁸, pues este es el jefe máximo del Ministerio Público y dentro de ese organismo de control no existe otro funcionario superior que se encargue de revisar sus actos, por vía de un recurso de apelación.

En este sentido el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de julio de 2020¹⁹, precisó:

No obstante, este proceso disciplinario, desprovisto de una segunda instancia en sede de ese organismo de control, no estaría en contravía de los instrumentos internacionales, pues, además de que dichos actos no corresponden a sentencias judiciales, contra este tipo de decisiones sí proceden recursos efectivos ante los jueces o tribunales competentes. En un caso como el mencionado, contra los actos disciplinarios del procurador general de la Nación —de única y de aquel que resuelve el recurso de reposición ante el mismo funcionario— se pueden interponer las acciones de nulidad simple y la de nulidad y restablecimiento del derecho contenidas en los artículos 137 y 138 del CPACA.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico colombiano, los procesos disciplinarios de única instancia a cargo del procurador general de la Nación son válidos y no están en contravía de ningún instrumento internacional.

5.2. Análisis del caso

¹⁵ Norma incorporada al ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 74 de 1968.

¹⁶ Instrumento aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

¹⁷ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁸ Conforme a los numerales 22 y 23 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000.

¹⁹ Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 110010325000201700073 00 (0301-2017). Demandante: Samuel Moreno Rojas

En el presente asunto, en el proceso seguido contra el demandante se garantizó la doble instancia, conclusión que se desprende con total claridad del fallo proferido el 28 de abril de 2019 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, decisión a través de la cual dicho cuerpo colegiado, resolvió el recurso de apelación interpuesto en audiencia por el señor Ronal Fabián Bonilla Ricardo contra el fallo de fecha 28 de enero de 2019.

Además, ambos actos fueron demandados a través del presente medio de control contenido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, lo que demuestra que conforme a los instrumentos internacionales existen recursos efectivos ante los jueces o tribunales competentes.

Por lo tanto, encuentra la Sala que, los argumentos del demandante a cerca de la vulneración del derecho a la doble instancia, carecen de fundamento.

Además el uso de los recursos y el acceso a la segunda instancia tampoco se vio afectado por el hecho de que la investigación fuera asignada la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y no al Procurador Regional. Por lo tanto, el cargo formulado por el demandante no prospera.

- 6. Tercer Problema Jurídico:** *¿Se violó el debido proceso y/o derecho de la defensa porque se desatendió el Decreto 0262 de 2000, el cual define la competencia en primera instancia para investigar a los concejales en el Procurador Regional y por ahincar la competencia en salas territoriales?*

Tesis del Tribunal: No se violó el debido proceso y/o derecho de la defensa por cuanto no se desatendió el Decreto 262 de 2000²⁰, ya que la designación especial que se realizó en la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, para adelantar el proceso disciplinario en primera instancia contra el demandante, se encuentra en consonancia con las precisas facultades otorgadas por el artículo 277 de la Constitución y los artículos 7 numerales 8 y 19, y artículo 25 del Decreto Decreto-ley 262 del 2000.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al: i) régimen de competencias de la Procuraduría General de la Nación; ii) la falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos disciplinarios; para descender al iii) análisis del caso concreto.

6.1. Régimen de competencias de la Procuraduría General de la Nación

El artículo 275 de la Carta Política atribuye al Procurador General de la Nación la suprema dirección del Ministerio Público; así mismo, la Constitución atribuyó al Procurador General diversas facultades y funciones, las cuales pueden clasificarse en aquellas que deben ser asumidas directamente por él (artículo 278 C.P.) y aquellas que pueden ser ejercidas a través de sus delegados o agentes de acuerdo con las necesidades del servicio y con lo establecido en la ley.

Sobre estas últimas, el artículo 277 de la Constitución, en sus numerales 6 y 7, señala que: *“El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...) 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley...”*

²⁰ *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.”*

En desarrollo de las anteriores disposiciones se expidió el Decreto-ley 262 del 2000, el cual regula, entre otros asuntos, el régimen de competencias interno de la Procuraduría General de la Nación. Dentro de las funciones asignadas a la Sala Disciplinaria y a los Procuradores Delegados, también consagra entre otras, las preventivas y de control de gestión y disciplinarias, según reflejan los artículos 22 a 25 de la aludida disposición normativa, así:

ARTÍCULO 22. Funciones. *La Sala Disciplinaria tiene las siguientes funciones:*

1. Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios que adelanten en primera los procuradores delegados y el Veedor, salvo los que sean de competencia del Viceprocurador General de la Nación, cuando lo delegue el Procurador General.

También conocerá en segunda instancia de las decisiones proferidas por las comisiones especiales o el funcionario designado, cuando el Procurador General o el Viceprocurador sea el superior funcional.

...

6. Las demás que le asigne o delegue el Procurador General de la Nación o el Viceprocurador General.

FUNCIONES DE LAS PROCURADURÍAS DELEGADAS

ARTÍCULO 23. Funciones. *Las procuradurías delegadas ejercerán funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con la Constitución Política, las leyes y lo dispuesto en este título, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto.*

Además de las funciones señaladas en el inciso anterior los procuradores delegados o sus respectivas dependencias, cumplirán funciones de asesoría y apoyo al Procurador General cuando éste lo determine.

Parágrafo. Los procuradores delegados dependen directamente del Procurador General.

...

ARTÍCULO 25. Funciones disciplinarias. *Las procuradurías delegadas cumplen las siguientes funciones disciplinarias:*

1. Conocer en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra:

...

10. Cumplir con las funciones disciplinarias que les asigne el Procurador General de la Nación, en virtud de las facultades contenidas en los numerales 8, 19 y 20 y parágrafo único del artículo 7 de este decreto.

...

Parágrafo. Cuando por razones de conexidad, en una misma actuación disciplinaria deban investigarse y fallarse asuntos de competencia de una procuraduría delegada y una procuraduría del nivel territorial, la competencia para conocer en primera instancia corresponderá a la procuraduría delegada.

En línea con lo anterior, el artículo 7 ibidem, señala:

“Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:

...

8. Distribuir las funciones y competencias atribuidas en la Constitución o la ley a la Procuraduría General de la Nación, entre las distintas dependencias y servidores de la entidad, atendiendo criterio de especialidad, jerarquía y las calidades de las personas investigadas, cada

vez que por necesidades del servicio se requiera.

...

19. Crear comisiones disciplinarias especiales de servidores de la Procuraduría General o designar a un funcionario especial de la misma para adelantar investigaciones disciplinarias y fallar, así como para decretar la suspensión provisional, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar al funcionario del conocimiento.

En este evento, el fallo será proferido por quien presida la comisión o por el funcionario designado, que, en todo caso, deberá ser de igual o superior jerarquía que el funcionario desplazado. La apelación se surtirá ante el superior funcional de quien tomó la decisión en primera instancia.

Salvo lo dispuesto en los numerales 24 y 25 de este artículo, corresponde a la Sala Disciplinaria conocer en segunda instancia los procesos en los cuales el Procurador General de la Nación o el Viceprocurador General sea el superior funcional.

20. Comisionar a los servidores de la entidad para instruir actuaciones disciplinarias de su competencia o de otras dependencias de la entidad, al igual que para la práctica de pruebas.

Así las cosas, se tiene que la función disciplinaria recae sobre el Procurador General de la Nación, no obstante, dicha función puede ser delegada en cabeza de sus agentes: Procuradores Provinciales, Regionales, Delegados o la Sala Disciplinaria; por lo tanto, las reglas de competencia señaladas en el Decreto 262 de 2000, constituyen en la distribución de la funciones asignadas por la Constitución al Procurador General, quien por obvias razones, no puede atender todos y cada uno de los procesos disciplinarios.

6.2. La falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos disciplinarios

Esta causal de nulidad se configura cuando el autor del acto administrativo no tenía el poder para emitirlo, dado que no estaba autorizado por la Constitución o la ley para tales efectos. Además, también puede darse porque el asunto particular de que se trate no corresponde a aquellos que por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico, o incluso el tiempo, le competía resolver²¹.

Así mismo, se ha dicho que las normas sobre competencia son de orden público, lo que permite su declaratoria oficiosa por el juez, e implica que no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, y tampoco esta puede renunciar a ella en beneficio de un administrado²². Igualmente, no interesa que el órgano o funcionario hubiera tenido la competencia respectiva y antes de la expedición del acto la hubiera perdido, o que la hubiera adquirido con posterioridad, ya que en ambos casos incurre en incompetencia; en el primero porque esta es improrrogable, y en el segundo, debido a que este vicio es insaneable²³.

Por su parte, esta causal de nulidad puede presentar diferentes grados, toda vez que una es la situación cuando el autor del acto no tiene la investidura de agente público, y otra cuando

²¹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Séptima edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 548-549.

²² BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013, p. 290.

²³ BERROCAL GUERRERO, *op. cit.*, pp. 548-549.

sí la tiene, pero obra por fuera de sus atribuciones. En el primer evento el acto es inexistente (con la reserva de lo que ocurre en la hipótesis del funcionario de hecho²⁴), y en el segundo es anulable (es lo que ocurre, por ejemplo, en entidades donde existe un número considerable de servidores²⁵ o en aquellas en donde se ha dispuesto una pluralidad de Oficinas de Control Interno Disciplinario²⁶).

6.3. Caso concreto

Se tiene que, el Procurador General de la Nación por medio de la Resolución 765 del 20 de noviembre de 2018, realizó la designación especial a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa²⁷, para adelantar el proceso disciplinario en primera instancia contra el señor Ronal Fabián Bonilla Ricardo.

Dicha designación especial se encuentra en armonía con las precisas facultades otorgadas por el artículo 277 de la Constitución y los artículos 7 numerales 8 y 19, y artículo 25 del Decreto Decreto-ley 262 del 2000.

De tal suerte que no es predicable la violación al debido proceso y/o derecho de la defensa por la desatención de las reglas de competencia señaladas en el Decreto 262 de 2000²⁸.

7. Cuarto Problema Jurídico: *¿Se configuró la vulneración al principio del non bis in ídem?*

Tesis del Tribunal: No se configura violación al principio del *non bis in ídem*, toda vez que no existe identidad de objeto, causas y partes entre el fallo disciplinario y el fallo de pérdida de investidura; además que es legalmente viable que un comportamiento desplegado por un servidor público de elección popular conlleve el inicio de varias acciones como ocurrió con el demandante, sin que ello implique duplicidad de sanciones.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al: i) principio del *non bis in ídem*; ii) el proceso de pérdida de investidura y la acción disciplinaria; para descender al iii) análisis del caso concreto.

7.1. Principio del *non bis in ídem*

La Ley 734 de 2002 no refirió de manera expresa este principio, sin embargo desarrolló el principio denominado «*ejecutoriedad*» así:

²⁴ C.E. Sec. Segunda. Subsec. B. Sent. 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08), jun. 9/2011: «Para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente».

²⁵ Es lo que ocurre con entidades como la misma Procuraduría General de la Nación, cuya distribución de competencias en diversos funcionarios se encuentra establecida en el Decreto Ley 262 de 2000.

²⁶ Ley 734 de 2002, artículo 76, inciso segundo: «En aquellas entidades u organismos **donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias** y para los fines anotados». [...] [Negrillas fuera de texto].

²⁷ Así se indica en el fallo disciplinario de primera instancia.

²⁸ «Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.»

*ARTÍCULO 11. EJECUTORIEDAD. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante **fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante**, proferidos por autoridad competente, **no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho**, aun cuando a este se le dé una denominación distinta. (Negrillas fuera de texto).*

En dicha legislación, la expresión «fallo ejecutoriado» equivale al acto administrativo sancionatorio que resuelve el fondo del asunto, el cual puede ser la decisión de primera o de segunda instancia (también de única o aquel que resuelve el recurso de reposición), según si se interpusieron o no los recursos. Esta afirmación es coherente con otra norma que consagra uno de los presupuestos procesales de la actuación disciplinaria, en la cual se determina cuándo una decisión ha quedado ejecutoriada:

ARTÍCULO 119. EJECUTORIA DE LAS DECISIONES. Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme tres días después de la última notificación. Las que se dicten en audiencia o diligencia, al finalizar esta o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas.

Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así como aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente.

Por su parte, las decisiones que «tengan la misma fuerza vinculante» corresponden a los autos de terminación del proceso, que en la mencionada reglamentación se circunscribe a unos eventos taxativos (artículo 73) y a la inexistencia de prueba suficiente para formular cargos disciplinarios (artículo 156, inciso 3.^o):

*ARTÍCULO 73. TERMINACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO. En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará **y ordenará el archivo definitivo de las diligencias**.*

[...]

ARTÍCULO 156. TÉRMINO DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. [...]

*Vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reunieren los requisitos legales para ello o el archivo de las diligencias. Con todo si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, vencido el cual, **si no ha surgido prueba que permita formular cargos, se archivará definitivamente** la actuación. (Se resalta).*

En uno u otro caso, sea el acto administrativo sancionatorio de primera o de única instancia, aquel que resuelve los recursos interpuestos o la decisión de terminación del proceso que produce el archivo definitivo, para poder pregonar el principio de ejecutoriedad, que recoge de alguna manera el principio de *non bis in idem*, se requiere que la decisión correspondiente se haya adoptado en un proceso disciplinario. En tal forma, para predicar este principio —que en otros escenarios equivale a lo que se denomina como cosa juzgada— se requieren los siguientes requisitos (1) Identidad de objeto, (2) Identidad de causa *petendi* y (3) Identidad de partes.

La Corte Constitucional ha explicado dichos requisitos para que una decisión alcance el

valor de cosa juzgada de la siguiente manera²⁹:

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- **Identidad de causa petendi** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

La Procuraduría General de la Nación también ha acogido dicho criterio³⁰:

*La jurisprudencia y la doctrina han señalado que para que opere la cosa juzgada se requiere que haya una **identidad de objeto, causa y partes**. La identidad en el objeto se refiere a que los hechos, pretensiones y sentencia sean los mismos; la identidad de **causa**, a los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia, y la identidad de partes, a las personas que actuaron dentro del proceso³¹. Así mismo, en sentencia del 2 de noviembre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia se anotó: «La identidad en la persona (lo cual) significa que el sujeto inculcado (sea) la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. **La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos**».*

*En el presente caso tenemos, que si bien se presenta una identidad del sujeto, puesto que el disciplinado es la misma persona, esto es el TC. [...], en su calidad de Jefe de Seguridad Interior del Área de Contrainteligencia de la DIPOL, no se configura la identidad de objeto, pues como se analizó anteriormente, los hechos investigados dentro del presente proceso fueron diferentes, mientras que la investigación aludida por el disciplinado se refirió al caso concreto del abuso de autoridad y violación de los derechos fundamentales del Patrullero Elkin Yesid Oviedo Bueno, lo que corresponde a unos hechos diferentes en espacio, tiempo y lugar a los investigados en este expediente. **En cuanto a la identidad de causa**, el bien jurídicamente tutelado no es el mismo, correspondiendo en materia disciplinaria al deber funcional vulnerado en cada una de las dos conductas reprochadas al disciplinado, las cuales no tienen elementos comunes en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley. **La naturaleza de las faltas en general y las sanciones por sus particulares contenidos difieren sustancialmente, de ahí que se pueda concluir que no existe identidad de objeto y de causa, motivo por el cual no prospera el principio del non bis in ídem.** (Negritas fuera de texto).*

Por lo anterior, es necesario que concurra la existencia de los tres requisitos para que se

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001.

³⁰ Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Decisión de segunda instancia del 20 de septiembre de 2012. Radicación 161 – 4703 (IUS 009-169053-2008).

³¹ Hernán Fabio López, Derecho Procesal Civil Colombiano, Dupre Editores, Bogotá, 2003, pág. 641 a 643.

pueda pregonar el reconocimiento del principio en mención.

7.2. El proceso de pérdida de investidura y la acción disciplinaria

Dentro del *ius puniendi* del Estado se encuentra el sistema de responsabilidad de la pérdida de investidura, cuya excepcionalidad conlleva la sanción más severa a los derechos políticos, y así lo ha precisado la Corte Constitucional al indicar, que “*tratándose del proceso de pérdida de investidura, se trata de un sistema excepcional de juzgamiento de carácter político-disciplinario el cual establece una sanción rígida y única, la pérdida de la investidura*”³². Por su parte, la acción disciplinaria tiene un propósito y finalidad diferente, el cual es: “*garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo*”³³, cometido que de no cumplirse termina en las sanciones establecidas por el legislador, en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

Entonces, el proceso de pérdida de investidura y la acción disciplinaria son dos instituciones autónomas con objetivos y sanciones diferentes, al respecto la Corte Constitucional precisó:

*“Como se señaló inicialmente, la jurisprudencia constitucional ha destacado que el proceso de pérdida de la investidura tiene un carácter disciplinario, de muy especiales características. Sobre el particular ha reconocido que la pérdida de investidura constituye una sanción equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos. Ha expresado, igualmente, que es una institución autónoma en relación con otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, sin que el adelantamiento de dos o más procesos por la misma conducta comporte indefectiblemente la violación del principio universal del non bis in ídem. Por tal motivo, la ha distinguido del proceso penal, del disciplinario y del proceso de nulidad electoral.”*³⁴ (Negritillas para destacar).

6.2.8. *Ahora bien, tampoco por el hecho de que se denomine a la sanción de pérdida de investidura como disciplinaria quiere esto decir que los órganos disciplinarios competentes no pueden imponer otro tipo de sanción también de carácter disciplinario que sea diferente a esta. Ciertamente, la pérdida de la investidura es una sanción disciplinaria de características especiales que puede ser dictada por las autoridades competentes de la jurisdicción contencioso administrativa; así las cosas, la sanción disciplinaria de pérdida de la investidura responderá a las causales que existan en el ordenamiento constitucional para tal efecto. Cosa diferente, es la sanción de destitución, que aunque también es disciplinaria es dictada por los órganos disciplinarios competentes y surgida en causales taxativas determinadas también en el ordenamiento jurídico*³⁵.

*El hecho de que ambas sanciones, entonces, tengan la naturaleza disciplinaria, no implica que no puedan ser determinadas por las autoridades competentes por cuanto surgen de causas diferentes y tienen finalidades y propósitos distintos, como se ha visto. Al respecto la Corte ha indicado que “no se viola el principio constitucional del non bis in ídem cuando una misma conducta es juzgada por dos jurisdicciones diferentes, con base en normas de categoría, contenido y alcances distintos, lo cual encuentra sustento en la autonomía de los diferentes mecanismos del ius puniendi del Estado.”*³⁶

³² Sentencia SU 501 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán

³³ Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis

³⁴ Sentencia SU 501 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán

³⁵ Sentencia T-147 de 2011

³⁶ C-319 de 1999

Conforme a lo anterior, el proceso de pérdida de investidura tiene un carácter disciplinario de especiales características, se trata de una sanción jurisdiccional, con causales taxativas y es un mecanismo de control político de los ciudadanos frente a los elegidos, así lo expresó el Consejo de Estado³⁷ al señalar:

“La pérdida de la investidura es una acción pública, que da origen a un proceso de carácter jurisdiccional y sancionatorio de propósito ético, con consecuencias políticas, en el sentido específico de quitar parte de los derechos políticos de los ciudadanos, que castiga la violación de un régimen especial creado para los congresistas y los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, que tiene por fundamento la protección y la preservación del principio de representación y de la dignidad en el ejercicio del cargo que confiere el voto popular”

Por su parte, la potestad disciplinaria la ejerce la autoridad administrativa para asegurar el cumplimiento de la función pública por parte de los servidores públicos y los particulares que cumplen con estas labores, cuyas sanciones admiten control de legalidad.

7.3. Caso concreto

Asevera el actor que por el mismo comportamiento se le sancionó con la pérdida de la investidura, que es un proceso disciplinario específico, y con destitución e inhabilidad general en la acción disciplinaria objeto del control de legalidad.

En el presente asunto, la Procuraduría Primera Delgada para la Vigilancia Administrativa, el 17 de agosto de 2017 formuló cargos al actor por haber actuado en la condición de concejal de Manizales a pesar de recaer sobre él una inhabilidad, originada en haber contratado con el Municipio de Manizales seis meses antes de su elección, incurriendo presuntamente en la falta gravísima contenida en el inciso 1º del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En el fallo disciplinario del 28 de enero de 2019 proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, y confirmado por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación se resolvió: *“PRIMERO: DECLARAR PROBADO Y NO DESVIRTUADO el cargo formulado al disciplinado RONAL FABIAN BONILLA RICARDO, en su condición de concejal del municipio de Manizales.*

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia del 10 de mayo de 2018 se declaró la pérdida de investidura del aquí demandante por haber contratado con el Municipio de Manizales seis meses antes de su elección.

De acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales previamente descritos, es evidente que en el presente asunto no hay desconocimiento del principio del *non bis in idem*, pues es legalmente viable que un comportamiento desplegado por un servidor público de elección popular conlleve el inicio de varias acciones como ocurrió con el demandante sin que ello implique duplicidad de sanciones; además que no existe identidad de objeto, causas y partes entre el proceso disciplinario y el de pérdida de investidura.

Por lo tanto, encuentra la Sala que, los argumentos del demandante a cerca de la vulneración del principio *non bis in idem*, carecen de fundamento. Por lo tanto, el cargo formulado por el demandante no prospera.

8. Quinto Problema Jurídico: *¿Los actos sancionatorios fueron expedidos con falsa*

³⁷ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 27 de septiembre de 2016.

motivación y/o desviación de poder?

Tesis del Tribunal: Los actos demandados no están viciados de nulidad por falsa motivación o desviación de poder toda vez que, fueron emitidos por autoridad competente y debidamente sustentados con base en las pruebas practicadas en el proceso disciplinario, así mismo porque, en la calificación de la falta y la culpabilidad, fue determinando que el comportamiento del demandante se tipificaba en la falta gravísima ejecutada bajo la modalidad de culpa, con lo cual se dio cumplimiento a los requisitos sustanciales que exige el artículo 170 de la Ley 734 de 2002.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos; ii) la desviación de poder; iii) las categorías y subcategorías de la estructura de la responsabilidad, como parámetro de imposición de la sanción disciplinaria; iv) el sistema de la sana crítica como criterio de valoración probatoria; v) el análisis del caso concreto.

8.1. La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular el Consejo de Estado indicó³⁸:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber:

- *Cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados;*
- *Cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.*
- *Por apreciación errónea de los hechos, «de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo».*³⁹

En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con el entendimiento y acreditación de cualquiera de las categorías que conforman la responsabilidad disciplinaria, esto es con la tipicidad, ilicitud sustancial o la culpabilidad. Allí converge tanto la imputación fáctica como jurídica formulada en cada

³⁸ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

³⁹ BERROCAL GUERRERO, *op. cit.*, p. 550. Este autor en cuanto a la apreciación errónea de los hechos también agrega: «o no corresponde a los supuestos descritos en las normas que se invocan». Sin embargo, a juicio de la Subsección, este vicio se corresponde más con el de la infracción de las normas en que deben fundarse los actos, conforme a lo explicado líneas atrás.

proceso, por lo cual resulta indispensable determinar sus principales contenidos.

8.2. Desvío de poder en materia disciplinaria

Según lo dispone el CPACA, se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico

La desviación de poder afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa en nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas que debe someterse.

El Consejo de Estado⁴⁰ ha señalado que este vicio está referido a *“la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”*. La desviación de poder se puede presentar aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio.

Para determinar este vicio es necesario puntualizar lo que denominamos el elemento psicológico del acto administrativo. Este es el fin del agente administrativo, el fin pensado y querido por éste, o sea, el móvil o deseo que ha inspirado al autor del acto.

El Consejo de Estado⁴¹ ha reiterado que, la apreciación de los medios de prueba, exigen que el operador judicial logre un nivel de convicción tal, que le permitan establecer de manera clara y sin confusión alguna que la desviación de poder endilgada al acto que se enjuicia, se encuentre apoyada en motivos diversos a la buena marcha de la administración.

En este sentido, resulta menester reiterar que la jurisprudencia constitucional⁴² ha precisado que la finalidad del derecho disciplinario *“es asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad; eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*

8.3. Las categorías y subcategorías de la estructura de la responsabilidad, como parámetro de imposición de la sanción disciplinaria

A partir de los elementos definidos por la ley⁴³, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional⁴⁴, lo sostenido por el Consejo de Estado⁴⁵, la estructura de la responsabilidad

⁴⁰ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2013, expediente: 0105-12, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴¹ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 16 de febrero de 2017, expediente: 50001-23-3-3000-2013-00063 01, magistrada ponente: César Palomino Cortés

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2012, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴³ Artículos 4, 5, 13, 23, 28, 43 y 48 de la Ley 734 de 2002.

⁴⁴ Ver, entre otras, sentencias C-948 de 2002, C-818 de 2005, C-720 de 2006, C-030 de 2012, C-721 de 2015 y C-284 de 2016.

⁴⁵ Ver, a manera de ejemplo, la sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación

disciplinaria se comprende cuando un sujeto —servidor público o particular que ejercer funciones públicas—, plenamente capaz, comete una conducta —acción u omisión—, que resulta ser típica —falta gravísima, grave o leve—, sustancialmente ilícita —afectación del deber funcional, sin justificación alguna—, que sea realizada con culpabilidad —culpabilidad psicológica: dolo o culpa; y culpabilidad normativa: exigibilidad de una conducta diferente— y que no esté presente alguna causal de exclusión de responsabilidad.

En tal forma, cada una de las categorías mencionadas cumple una función diferenciadora. Así, por ejemplo, la conducta servirá para establecer en qué modalidad se afectó el deber funcional, esto es, por acción o por omisión; la tipicidad será necesaria para respetar el principio de legalidad; la ilicitud sustancial evitará que se sancione por desvalores de conducta irrelevantes; y con la culpabilidad se respetará el principio de dignidad humana, a partir de que el hombre, en cualquier aspecto situacional de su vida, debe ser libre para actuar con culpabilidad.

Igualmente, cada una de las categorías allí mencionadas está compuesta a su vez por otros elementos denominados subcategorías. Así, *verbi gratia*, en la tipicidad el concepto de tipo definirá si la falta es gravísima, grave o leve. A su vez, la ilicitud sustancial tiene un aspecto tanto positivo —afectación sustancial del deber funcional— como negativo —causal de justificación—. Por su parte, la culpabilidad tiene una dimensión psicológica en donde aparecen los conceptos de dolo y culpa, en tanto que la culpabilidad normativa está referida a la exigibilidad de otra conducta, como forma de efectuar un reproche pleno.

A esta forma de pensamiento tradicionalmente se le llama «dogmática»⁴⁶, método o ciencia que se caracteriza por unos pasos especiales como lo son la interpretación, la sistematización y la crítica, en donde las particularidades metodológicas de esta forma de conocimiento son la lógica, la rigurosidad, el análisis y la organización en dicha estructura de cada uno de los elementos antedichos.

En ese sentido, cada categoría de la estructura de la responsabilidad es un aspecto necesario, pero no suficiente, pues solo la concurrencia de todos ellos legitima la imposición de un correctivo disciplinario. En todo caso, la imposición de la sanción requiere que cada uno de los anteriores elementos esté probado, conforme a los criterios fijados por el legislador.

8.4. El sistema de la sana crítica como criterio de valoración probatoria

Al momento de la valoración probatoria, las autoridades disciplinarias deben ceñirse a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, norma que indica que las pruebas se apreciarán conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no existe una tarifa legal para decir cuál es la forma de acreditar o desvirtuar ciertos hechos o circunstancias, por cuanto el convencimiento debe someterse a la objetividad y a la racionalidad, sin que ello implique la utilización de excesivos formalismos y fórmulas sacramentales.

En ese sentido, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello

número: 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13). Actor: Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez Demandado: Contraloría General de La República. Sección Segunda, Subsección "A". del Consejo de Estado.

⁴⁶ Ver, entre otros, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Dogmática Jurídica como ciencia del Derecho. Sus especies penal y disciplinaria, necesidad, semejanzas y diferencias. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá (Colombia). Año 2011.

está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados.⁴⁷ Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público.⁴⁸ Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad.⁴⁹

En esas condiciones, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en las amplias posibilidades para formarse el convencimiento sobre algo que ocurrió, cuyo único límite será el de aplicar correctamente los principios de la sana crítica.

8.5. Análisis del caso concreto

El demandante afirmó que, los actos fueron expedidos con falsa motivación debido a que: i) fueron expedidos por funcionario que no tenía competencia y ii) por la escasa o nula valoración subjetiva, remitiéndose únicamente al argumento que la falta tipificada por el Estatuto Disciplinario como gravísima bajo el entendido de que tipo imputado es el que describe y comprende plenamente la conducta cometida, ello, sin tener mayor consideración a la justificación alegada, señalando además que la Procuraduría desconoció el mandato del numeral 9 del artículo 43 del CDU que prevé una falta gravísima cometida con culpa grave, equivale a una falta grave.

En cuanto al argumento de la falta de competencia, basta indicar que la Sala se estará a lo ya expuesto sobre la plena competencia de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa en primera instancia y la Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en segunda, para adelantar y sancionar al demandante.

Respecto a la escasa o nula valoración subjetiva, la Sala debe precisar que en el *sub lite* está determinado que la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, el 17 de agosto de 2017 le formuló cargos al actor en la condición de concejal de Municipio de Manizales por haber actuado en dicha calidad a pesar de recaer sobre él una inhabilidad, originada en haber contratado con el Municipio de Manizales seis meses antes de su elección, incurriendo presuntamente, con dolo en la falta gravísima contenida en el inciso primero del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que señala:

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. *Son faltas gravísimas las siguientes:*

...

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

En el fallo de primera instancia del 28 de enero de 2019, la Procuraduría Primera Delegada consideró que la calificación de la falta se mantenía como gravísima, no obstante, varió la forma de culpabilidad para indicar que era culposa, en la modalidad de culpa gravísima, por desatención elemental, al tenor del parágrafo del artículo 44 del CDU, que señala:

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa

⁴⁷ Coloma Correa, Rodrigo; y Agüero San Juan, Claudio. *Lógica, Ciencia Y Experiencia En La Valoración De La Prueba*. Revista Chilena de Derecho, vol. 41, n.º 2, pp. 673 – 703. 2014.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería ediciones del Profesional LTDA. Décima sexta edición. Bogotá. 2008. Pp. 96 y 97.

será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Al respecto en dicho fallo se indica:

Si este es el contenido sustancial de un obrar doloso, es procedente señalar que el mismo no se encuentra acreditado en la forma como actuó BONILLA RICARDO. Conforme se evidencia, fundamentalmente, del análisis de la prueba testimonial, es claro que cuando en el mes de mayo de 2015(sic) surgió en esta persona la idea de hacer parte del concejo municipal de Manizales, época en la cual precisamente se acercó a la alcaldía para preguntar al asesor Asmed Heredia Ramírez si podía ser relevando de su condición de contratista, dándose como consecuencia de su obrar que fuera nombrado como representante legal del Club Promoción Semillas Colseñora el padre rector Fernán Llano Ruiz.

Sin embargo, de ahí en adelante, ninguna otra actuación positiva se acredita en la conducta del futuro concejal para establecer si reunía o no las exigencias constitucionales y legales para hacer parte de una corporación de elección pública, o bien se podía estar incurrido en inhabilidades, incompatibilidad o conflictos de intereses que pudieran frustrar sus aspiraciones electorales.

En otros términos, aquello que acredita el haz probatorio es que el hoy disciplinado fue absolutamente descuidado en su actuar. Que dejó de lado las más elementales actividades tendientes a salir de su ignorancia jurídica, de manera que le pareció suficiente con dejar de representar legalmente al club y simplemente iniciar las actividades proselitistas que le llevaron a ser elegido por los ciudadanos en la jornada electoral del 25 de octubre de 2015, cuando lo procedente y razonable era que se asesorara debidamente de verdaderos conocedores del derecho administrativa a fin de estar seguro de la legitimidad de su actividad como candidato al concejo de Manizales. Y es que no cabe duda que alguna incertidumbre tenía en la materia, motivo por el cual se afanó por separarse de sus obligaciones contractuales con el municipio por razón del contrato suscrito el 17 de abril de 2015; pero, se insiste, por lo demás, no demostró interés en obtener la asesoría jurídica adecuada.

Tan es así que igualmente resulta claro de las pruebas recaudadas que solamente en el año 2016, una vez que fue de conocimiento de los medios de comunicación que se discutía sobre la legalidad de su elección, aparte de que fue demandando por Simón Ramírez Alzate ante el Tribunal Administrativo de Caldas en un proceso de pérdida de investidura, que comenzó a preocuparse por entender el alcance de las causales generadoras de inhabilidad, cuando ya era tarde para adelantar gestiones semejantes.

4 3.8 - Si esta es la realidad que emerge del proceso, ha de admitirse que BONILLA RICARDO no obró con dolo Pero no significa esto que su conducta no sea culpable. Por el contrario, se evidencia en su comportamiento un actuar culposo, concretamente en la modalidad de desatención elemental. Y esto da lugar a que la imputación provisional efectuada dentro del auto de citación a audiencia pública se traslade del dolo a la culpa gravísima, como que se ajusta a su conducta lo dispuesto en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 732 de 2002.

...

En este orden de ideas, aunque se acredita en el expediente el actuar culpable del disciplinado, se admite que no se obró de manera intencional sino culposa, en la concreta modalidad de culpa gravísima por desatención elemental. Esto significa, además, que al estar siendo investigado BONILLA RICARDO por una falta gravísima, la misma no varíe su naturaleza, de manera que la calificación de la falta como gravísima ha de mantenerse en este asunto.

A su turno, la Sala Disciplinaria al resolver la segunda instancia, el 28 de abril de 2019,

respecto de la calificación de la falta y de la forma de culpabilidad se pronunció, así:

6.2.2.4 Falta de valoración del hecho particular en las condiciones que dispone el artículo 50 de la Ley 734 de 2002

La Sala no comparte el inconformismo planteado por la defensa en su recurso (resumido en el acápite "V" de esta providencia); en primera medida, porque el artículo 50 del C.D.U. tipifica la falta disciplinaria como grave o leve, y, en segundo lugar, porque atendiendo a la situación fáctica la procuraduría delegada a quo, en el acápite de la tipicidad de la conducta investigada, previo análisis ponderado de la conducta, las normas infringidas y el juicio de adecuación típica, concluyó que se cometió una falta gravísima, al tenor del artículo 48, numeral 17, del C D U.. y esta clase de faltas están calificadas por la ley en forma taxativa, y el tipo imputado es el que describe y comprende plenamente la conducta cometida por el disciplinado; razones por las cuales se desestiman los argumentos del recurso de apelación.

En ese orden de ideas, para la Sala, la Procuraduría Primera Delegada y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación atendieron los requisitos que establece el CDU referente a la calificación de la falta y la forma de culpabilidad de ésta, pues en el auto de cargos se determinó de manera provisional de acuerdo con la conducta reprochada al actor y la manera cómo desarrolló la misma, que su comportamiento se encuadraba en el contenido del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por ende la falta se le calificó como gravísima, por haber actuado en calidad de concejal a pesar de recaer sobre él una inhabilidad, originada en haber contratado con el Municipio de Manizales seis meses antes de su elección y la forma de culpabilidad se le indilgó a título de culpa gravísima por desatención elemental, entonces se cumplió con las formalidades del artículo 163 ibidem.

Así mismo, en las decisiones de primera y segunda instancia a la luz del acervo probatorio acopiado, los descargos presentados por el actor y las disposiciones reprochadas al señor Bonilla Ricardo en la condición de concejal se analizaron los criterios para determinar la calificación de la falta y la culpabilidad, determinando que el comportamiento del demandante se tipificaba en la falta gravísima ejecutada bajo la modalidad de culpa, con lo cual se dio cumplimiento a los requisitos sustanciales que exige el artículo 170 de la Ley 734 de 2002.

Ahora bien, debe precisar la Sala que, si bien el inciso primero del artículo 50 de la Ley 734 de 2002, establece que *"constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley"*, no se puede perder de vista que el legislador dentro de su facultad configurativa determinó que, el servidor que actuó a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad está incurso en una falta gravísima (numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002), de ahí que el inciso primero deba analizarse armónicamente con el inciso segundo de la disposición referida para determinar la gravedad o levedad de la falta.

En efecto, el inciso segundo del artículo 50 ídem dispone que *"la gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este Código"*; y, a su vez, este artículo 43 determina que las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en el artículo 48 Ley 734 de 2002, en consecuencia jurídicamente no es viable modificar la calificación de la falta gravísima.

Ahora, si bien de conformidad con el ordinal 9 del citado artículo 43, que indica: *"la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada*

falta grave”, es la autoridad disciplinaria quien debe determinar la forma de culpabilidad de conformidad con los elementos de juicio allegados al proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional, en el estudio de constitucionalidad de este numeral, señaló:

“Por consiguiente, el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en el Art. 43 de la misma ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que asuma por consiguiente el papel de legislador, ya que sólo aplica, en el sentido propio del término, las creadas por este último con las mencionadas características.”⁵⁰

En el presente asunto, la autoridad disciplinaria determinó con base en las pruebas recaudadas que, el disciplinado actuó con culpa gravísima, por desatención elemental, toda vez que la única gestión que realizó fue en el mes de mayo de 2015 cuando *“se acercó a la alcaldía para preguntar al asesor Asmed Heredia Ramírez si podía ser relevando de su condición de contratista, dándose como consecuencia de su obrar que fuera nombrado como representante legal del Club Promoción Semillas Colseñora el padre rector Fernán Llano Ruiz”*. *“Sin embargo, de ahí en adelante, ninguna otra actuación positiva se acredita en la conducta del futuro concejal para establecer si reunía o no las exigencias constitucionales y legales para hacer parte de una corporación de elección público, o bien se podía estar incurrido en inhabilidades, incompatibilidad o conflictos de intereses que pudieren frustrar sus aspiraciones electorales.*

Así, concluye que, el disciplinado fue absolutamente descuidado en su actuar; *“que dejó de lado las más elementales actividades tendientes a salir de su ignorancia jurídica, ...por lo demás, no demostró interés en obtener la asesoría jurídica adecuada”*. Que solamente en 2016, *“una vez que fue de conocimiento de los medios de comunicación que se discutía sobre la legalidad de su elección, aparte de que fue demandando por Simón Ramírez Alzate ante el Tribunal Administrativo de Caldas en un proceso de pérdida de investidura, que comenzó a preocuparse por entender el alcance de las causales generadoras de inhabilidad, cuando ya era tarde para adelantar gestiones semejantes”*.

En ese orden de ideas, en cuanto a la forma de culpabilidad, para la Sala no hay ninguna duda acerca de la modalidad de culpa gravísima. En tal forma, así quedó acreditado con las valoraciones que efectuaron las autoridades disciplinarias.

De la misma manera se tiene que, en el proceso disciplinario quedó demostrado que el demandante incurrió en la comisión de la falta consagrada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. En ese sentido, las pruebas demostraron la tipicidad del comportamiento atribuido al demandante.

Además, la anterior conducta sí afectó el deber funcional para encontrar acreditado el elemento de la ilicitud sustancial —antijuridicidad—. En el presente caso, el comportamiento irregular consistió en haber actuado en calidad de concejal a pesar de recaer sobre él una inhabilidad, originada en haber contratado con el municipio de Manizales seis meses antes de su elección.

Por lo tanto, se concluye que, se demostraron todos los elementos de la responsabilidad

⁵⁰ Sentencia C-124 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería

disciplinaria.

Por otra parte, si bien en la demanda se adujo la desviación de poder como causal de nulidad de los actos sancionatorios, no se indicaron las razones que la sustentan, y esta Sala tampoco observa elementos de juicio que permitan afirmar que el operador disciplinario utilizó sus competencias para un fin distinto al establecido por la ley, contrario sensu, se evidencia que la acción disciplinaria adelantada por la demandada estuvo orientada a asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos.

8.6. Conclusión

Corolario, no prospera el cargo propuesto por el demandante toda vez que, los actos fueron expedidos por la autoridad competente, con fundamento en las pruebas practicadas en el proceso disciplinario y con en cumplimiento a los requisitos sustanciales que exige el artículo 170 de la Ley 734 de 2002.

Además, la acción disciplinaria estuvo orientada a asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, sin que se evidencia la falsa motivación o desviación de poder que alegó el actor en la demanda.

Tampoco es posible acceder a la pretensión del demandante consistente en que se varié la imputación subjetiva de culpa gravísima a culpa grave, pues de conformidad con el artículo 44 del CDU, "*Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento*" y el análisis y valoración realizada por la autoridad disciplinaria es razonable, coherente y ajustado a las reglas de la sana crítica.

- 9. Sexto Problema Jurídico:** *¿Se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 7 del artículo 133 del Código General del Proceso – CGP por cuanto la sentencia fue emitida por un juez distinto al que escuchó los alegatos de conclusión?*

Tesis del Tribunal: El hecho consistente en que la sentencia fuera emitida por un juez distinto al que escuchó los alegatos de conclusión, consagrada en el artículo 133 del Código General del Proceso – CGP no configura causal de nulidad en el proceso disciplinario.

Al respecto, el citado artículo señala:

Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.*

En el caso concreto, alegó la parte demandante la configuración de la causal antes referida, no obstante, no expuso las razones fácticas por las que considera se configuró dicha causal, así mismo, no aportó ninguna prueba que conduzca a deducir que el funcionario que emitió la decisión de primera instancia es diferente al que escuchó los alegatos de conclusión.

Adicionalmente, cabe advertir que dicha causal es exclusiva para los procesos que se tramitan por las reglas del Código General del Proceso, mientras que para los procesos

disciplinarios las causales de nulidad se encuentran taxativamente señaladas en artículo 143 del Estatuto Disciplinario, y en ellas no se menciona como tal, el hecho que *“la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión”*.

Tampoco puede afirmarse que tal circunstancia pueda encajar en la tercera causal del artículo 143 del Estatuto Disciplinario, consistente en *“La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”*; pues la Sala no evidencia que ello pueda ser considerado como una irregularidad sustancial o que en forma alguna afectó el debido proceso.

9.1. Conclusión

Por lo anterior, no prospera el cargo propuesto por la parte demandante referente a que se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 7 del artículo 133 del CGP.

10. Séptimo Problema Jurídico: *¿Se configuró la causal de nulidad contemplada en el artículo 143 del Estatuto Disciplinario y artículo 456 y 457 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal – CPP?*

Tesis del Tribunal: No se configuró alguna de las causales de nulidad contemplada en el artículo 143 del Estatuto Disciplinario y artículo 456 y 457 del Código de Procedimiento Penal – CPP

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) las causales de nulidad contemplada en el artículo 143 del Estatuto Disciplinario y artículo 456 y 457 del Código de Procedimiento Penal – CPP; para descender al ii) análisis del caso concreto.

10.1. Causales de nulidad contemplada en el artículo 143 del Estatuto Disciplinario y artículo 456 y 457 del CPP

Al respecto, el citado artículo 143 del Estatuto Disciplinario señala tres causales de nulidad, las cuales consisten en:

- 1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.*
- 2. La violación del derecho de defensa del investigado.*
- 3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.*

Por s parte, los artículos 456 y 457 de la Ley 906 de 2004 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*, señalan:

ARTÍCULO 456. NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ. Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.

ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

10.2. Caso concreto

Debe indicarse que el demandante no refirió, ni probó la configuración de ninguna de las causales antes señaladas; así mismo, no observa el Tribunal conforme al material probatorio

recaudado, que el trámite surtido en el proceso en el que resultó sancionado el señor Bonilla, se haya proferido por funcionario que careciera de competencia para decidir, o que se haya puesto trabas al ejercicio de la defensa de disciplinado y tampoco, se observa alguna irregularidad dentro del trámite que se adelantó.

Además, en cuanto al argumento de la falta de competencia, basta indicar que la Sala se estará a lo ya expuesto sobre la plena competencia de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa en primera instancia y la Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en segunda, para adelantar y sancionar al demandante.

Igual situación ocurre con las causales de nulidad señaladas en los artículos 456 y 457 de la Ley 906 de 2004, en tanto a su presunta configuración, no fue aportado ningún medio de convicción que siquiera lo sugiera y, como ya se expresó, esta Corporación no evidencia su configuración.

En cuanto a la desatención de las garantías fundamentales, en línea con el acápite anterior, el demandante no procuró, a través de todos los medios probatorios con los que contaba, armar alguna prueba que demostrara la causal alegada.

10.3. Conclusión

Corolario, no prospera el cargo propuesto por la parte demandante toda vez que, no se probó la configuración de alguna de las causales antes señaladas, así mismo, no observa el Tribunal conforme al material probatorio recaudado, que el trámite surtido en el proceso en el que resultó sancionado el señor Bonilla, se haya proferido por funcionario que careciera de competencia para decidir, o que se haya puesto trabas al ejercicio de la defensa de disciplinado y tampoco, se observa alguna irregularidad dentro del trámite que se adelantó.

11. Octavo Problema Jurídico: *¿Es posible reducir la sanción impuesta al señor Ronal Fabián Bonilla Ricardo, aplicando por favorabilidad la Ley 1952 de 2019?*

Tesis del Tribunal: No es aplicable por favorabilidad la Ley 1952 de 2019⁵¹, toda vez que no se encontraba vigente para el momento en que ocurrieron los hechos materia de sanción disciplinaria, por cuanto dicho código solo es aplicable a partir del 1 de julio de 2021.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al: i) principio de legalidad y favorabilidad en materia disciplinaria; ii) la vigencia de la ley 1952 de 2019; para descender al iii) análisis del caso concreto.

11.1. Principio de legalidad y favorabilidad en materia disciplinaria

La Corte Constitucional⁵² ha referido a cerca del principio de legalidad y favorabilidad en materia disciplinaria, lo siguiente:

13.4 En la sentencia C-328 de 2003 (M.^a Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte analizó, entre otros, el artículo 223 de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único-. En dicha norma se establecía: “Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior.” En esta ocasión, la Corte examinó si el legislador vulneraba el principio de favorabilidad, al disponer que las personas investigadas disciplinariamente, cuyo

⁵¹ Código General Disciplinario.

⁵² Sentencia C-692/08

proceso se encontrara con auto de cargos, fueran juzgadas de acuerdo al procedimiento del régimen disciplinario anterior.

Luego de estudiar el cuestionamiento, concluyó que la aplicación inmediata de las disposiciones procesales era compatible con la garantía del debido proceso, siempre que fuera armonizada con el principio de favorabilidad. Expresamente consideró:

“Se observa entonces que en materia disciplinaria la jurisprudencia constitucional ha fijado una posición según la cual, si bien el principio de aplicación inmediata de las normas procesales es compatible con el derecho al debido proceso, éste debe integrarse con el principio constitucional de favorabilidad, máxime cuando el propio Código Disciplinario Único así lo ha establecido en su artículo 14^[31].

13.5 Finalmente, en la sentencia C-592 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), esta Corporación analizó una demanda presentada, entre otras, en contra de la expresión: “Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia”, contenida en el tercer inciso del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

La Corte se preguntó si el legislador vulneraba el principio de favorabilidad, puesto que con la disposición atacada impedía la aplicación del nuevo procedimiento penal a procesos que ya venían en curso, a pesar de ser más favorable. Para resolver tal cuestión, la Corte recordó que en la configuración de regímenes de tránsito de legislación, la Constitución impone como límite la aplicación del principio de favorabilidad penal. Igualmente, que dicha garantía debe atenderse en el examen de situaciones concretas y, por tanto, es de competencia de cada juzgador.

*Teniendo en cuenta lo anterior, consideró que “(...) en manera alguna puede considerarse que el mandato imperativo del artículo 29 de la Constitución haya dejado de regir con la introducción del sistema penal acusatorio. Mandato ese que como igualmente ya se explicó, se encuentra en perfecta armonía con las normas internacionales que lo establecen y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (...)”. En dichos términos, concluyó que respecto a las disposiciones que estaban siendo acusadas “(...) ha de entenderse que al tiempo que comportan la formulación expresa del principio de irretroactividad de la ley penal y constituyen una precisión inherente a la aplicación como sistema de las normas en él contenidas, -hecha necesaria en razón del particular mecanismo establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 para la puesta en marcha del nuevo sistema acusatorio que comporta como ya se señaló tres etapas diferentes,^[32] durante una de las cuales se presenta la coexistencia de dos sistemas penales en distintas regiones del territorio nacional-, **en manera alguna pueden interpretarse en el sentido de impedir la aplicación del principio de favorabilidad.**” (Se resalta)*

Por otro lado, respecto a la aplicación de la ley posterior más favorable, la Corte Constitucional ha aclarado:

“La jurisprudencia de esta Corte ha expuesto que para la aplicación de esta garantía en materia penal no existe distinción entre normas sustantivas y procesales, en razón a que el texto constitucional no establece tal diferenciación. Así mismo ha señalado que la aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez de conocimiento en cada caso particular y concreto, pues solo a él corresponde determinar la norma que más beneficia o favorece al procesado, lo cual no quiere decir que la decisión deba ser siempre en favor de quien lo invoca. Esto significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales

y abstractas. En relación con su naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y su carácter intangible, ha explicado esta Corte que tales atributos implican que puede exigirse o solicitarse su aplicación en cualquier momento, pero con la condición de que la nueva ley más favorable se encuentre rigiendo.

Ahora bien, resulta relevante para el caso que nos ocupa, reiterar que el principio de favorabilidad conserva plena efectividad frente a normas que regulan la vigencia de una ley. Así, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la compatibilidad de normas que establecen la vigencia de un nuevo estatuto o de una nueva regulación penal con el principio de favorabilidad en desarrollo no solo de la cláusula general de competencia asignada por el constituyente al legislador de “hacer las leyes”, sino igualmente en virtud de la amplia libertad de configuración normativa en la materia a él reconocida, de manera que la determinación de la fecha en que debe entrar en vigencia una ley penal, es un asunto que compete al órgano legislativo.

En el mismo sentido ha expuesto que el legislador, al señalar la vigencia hacia el futuro de una normatividad de contenido penal –procesal o sustantivo-, no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, que debe ser objeto de examen y aplicación por parte del juez a quien le ha sido asignada la competencia para resolver el proceso penal respectivo. Ello por cuanto el precepto que prevé la vigencia de las normas hacia el futuro, o que precisa aspectos temporales en la aplicación de una reforma, se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal como expresión del principio de legalidad.

Este criterio se ha reiterado por el Pleno de esta Corporación en sentencias que se han pronunciado sobre la constitucionalidad de normas penales que establecen reglas de vigencia frente a cargos por vulneración del principio de favorabilidad. Por tanto, la Corte ha recordado a los operadores del sistema penal que las normas que contemplan la vigencia de una ley penal hacia el futuro – “a partir de su promulgación” o bajo una fórmula de gradualidad-, no hacen otra cosa que reafirmar el principio de irretroactividad de la ley penal, adscrito al principio de legalidad, y por ende ellas deben ser interpretadas y aplicadas en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, y en consecuencia con los mandatos del artículo 29 superior. Igualmente ha precisado que, en respeto del derecho a la igualdad, la aplicación del principio de favorabilidad debe darse frente a supuestos de hecho similares pero que reciben en los estatutos sucesivos en el tiempo soluciones de derecho diferentes.

De conformidad con lo expuesto se concluye que el principio de favorabilidad (i) ha sido consagrado por norma superior -art. 29 CP- e instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad -art. 93 CP- como un principio rector del derecho punitivo; (ii) forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental intangible y de aplicación inmediata -art.85 CP-; (iii) no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales para su aplicación en materia penal; (iv) la aplicación de este derecho corresponde al juez de conocimiento del proceso respectivo; (v) la potestad para fijar la vigencia de una ley radica en el legislador y el precepto que prevé su vigencia hacia el futuro se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal, como expresión del postulado de legalidad, sin que por ello se vulnere el principio de favorabilidad.”⁵³

11.2. Vigencia de la ley 1952 de 2019

La Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-

2022”, dispuso en su artículo 140 que: “(...) PRÓRROGA CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO. Prorróguese hasta el 1 de julio de 2021 la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019.”

Respecto a la favorabilidad esta norma señala:

Artículo 8°. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Constitución Política.

En cuanto a las clases y límites de las sanciones disciplinarias, y los criterios de graduación de la pena señala:

ARTÍCULO 48. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. *El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:*

1. *Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.*
2. *Destitución e inhabilidad general de cinco (5) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.*
- ...

ARTÍCULO 50. Criterios para la graduación de la sanción. *La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:*

1. *Atenuantes:*

- a) *La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;*
- b) *La confesión de la falta;*
- c) *Haber, por iniciativa propia, resarcido el daño o compensado el perjuicio causado y*
- d) *Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso.*

2. *Agravantes:*

- a) *Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;*
- b) *Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;*
- c) *El grave daño social de la conducta;*
- d) *La afectación a derechos fundamentales;*
- e) *El conocimiento de la ilicitud, y*
- f) *Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.*

11.3. Límite de las sanciones y criterios de graduación en la Ley 734 de 2002

AL respecto la citada norma señala:

Artículo 44. Clases de sanciones. *El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:*

1. *Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*

...

Artículo 46. Límite de las sanciones. *La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.*

Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.

1. *La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:*

a) *Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;*

b) *La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;*

c) *Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;*

d) *La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;*

e) *Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;*

f) *Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;*

g) *El grave daño social de la conducta;*

h) *La afectación a derechos fundamentales;*

i) *El conocimiento de la ilicitud;*

j) *Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.*

...

11.4. Caso concreto

Sostiene la parte demandante, que debe aplicarse por favorabilidad la Ley 1952 de 2019, especialmente el artículo 48 que señala la sanción para faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima un mínimo de 5 años y un máximo de 10 años, claramente más favorable que la sanción prevista en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 que tiene un mínimo de 10 años y un máximo de 20 años.

La Procuraduría Primero Delegada, respecto a la sanción a imponer, dispuso:

“(…) de conformidad con el artículo 44 de la misma normativa (Ley 734 de 2002), en su numeral primero, la concreta sanción a imponer a quien está incurso en una falta gravísima cometida con culpa gravísima es la de destitución e inhabilidad general. Y precisa el artículo 46 ibidem que la inhabilidad será por un término que va de diez (10) a veinte (20) años.

Y dentro de tal marco temporal, puede moverse entonces el funcionario de conocimiento, acudiendo a los criterios que en la materia contempla el artículo 47 de la misma Ley 734, encontrando pertinente el Despacho emplear el contenido en el literal g) de su numeral 1, pues es evidente el grave daño social que se genera con conductas como aquella en la cual incurrió el investigado BONILLA OSORIO, puesto que la sociedad espera de quienes aspiran a representarlos en los cargos de elección popular que se actúe con la mayor transparencia,

moralidad y rectitud. En autos, en cambio, por la elemental desatención del futuro concejal, se terminó causando traumatismo en la actividad electoral, en la actividad de los votantes, así como en la conformación supuestamente definitiva del concejo municipal de Manizales. Por consiguiente, se encuentra pertinente que la inhabilidad general lo será por un término de doce (12) años.”

Por su parte, la Sala Disciplinaria, frente al *quantum* de la sanción decidió:

“(…) En lo que respecta a los criterios para graduar la sanción establecidos en el artículo 47 del CDU, es pertinente advertir que si bien es cierto la conducta reprochada al señor Ronal Fabián Bonilla Ricardo causó daño social, no lo es menos que el disciplinado no registra antecedentes de sanciones fiscales ni disciplinarias dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta.

Así las cosas, para la Sala, la sanción impuesta por la primera instancia al señor Ronal Fabián Bonilla Ricardo debe graduarse respecto a la inhabilidad general, en el entendido de que solo concurren atenuantes a su favor, circunstancias que conforme al artículo 46 del CDU determinan dosificar la sanción en el mínimo legalmente establecido, por consiguiente, se confirmará la sanción de destitución, pero se disminuirá la inhabilidad general de doce (12) a diez (10) años.”

La Sala, de acuerdo con el precedente jurisprudencial expuesto encuentra que, el demandante fue sancionado por la Procuraduría General de la Nación, por falta cometida con ocasión al hecho *de actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales* y que se configuró a partir del momento de la posesión en el Concejo de Manizales, cuya materialización ocurrió el 2 de enero de 2016, de tal manera que la Ley preexistente para el momento de la comisión de la conducta disciplinable es la Ley 734 de 2002 y es conforme a dicho compendio normativo que debía ser analizada la falta disciplinaria cometida por el señor Bonilla y, en todo caso, como ya se anotó, no es posible aplicar por favorabilidad la Ley 1952 de 2019, toda vez que esta no ha entrado a regir, por tanto aún no es aplicable.

Por lo anterior, el cargo propuesto por el demandante será negado.

12. Conclusión Final

Por lo expuesto, no se observa fundamento legal alguno que sustente los pedimentos del actor, tampoco se observó que exista la configuración de alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos demandados, por lo tanto serán negadas las pretensiones de la demanda.

13. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con el numeral 4° del artículo 365 del CGP, debido a que se han negado las pretensiones de la demanda se condenará en costas a la parte accionante.

Tomando en cuenta la gestión realizada por el apoderado de la parte demandada, las etapas procesales en que intervino y las actuaciones específicas que realizó en defensa de los intereses de su poderdante, se fijan agencias en derecho por valor de un millón doscientos

cincuenta y ocho mil pesos (\$1.258.000,00)⁵⁴.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Negar las pretensiones principales y subsidiarias formuladas por el demandante que por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetró **Ronal Fabián Bonilla Ricardo** contra la **Procuraduría General de la Nación**.

Segundo: Condenar en costas a la parte accionante. Se fijan agencias en derecho por valor de un millón doscientos cincuenta y ocho mil pesos (\$1.258.000,00).

Tercero: Notificar esta providencia de conformidad con lo dispuesto el artículo 203 de la ley 1437 de 2011.


Cuarto: Ejecutoriada esta decisión procedase al archivo del expediente, previa anotación en el Sistema "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 14 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

⁵⁴ Equivalente al cinco (5) por ciento de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo prescrito en el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Tomás Felipe Mora Gómez-
Conjuez.

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Despacho a resolver solicitud elevada por el demandante con miras a que se adecue el procedimiento a las disposiciones contempladas en el Decreto Legislativo 806 de 2020 y a la Ley 2080 de 2021 y a estudiar la declaración de impedimento, presentado por el **PROCURADOR 28 ADMINISTRATIVO JUDICIAL II DE MANIZALES** doctor **ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL**, para conocer este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **EDILMA OCHOA MEDINA** cónyuge supérstite del señor **FRANCISCO JAVIER BOLIVAR MEJIA** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, por encontrarse incurso en la causal contemplada en el n° 1 del artículo 141 del Código General del Proceso en concordancia con los artículos 130 del CPACA y 280 de la Constitución Nacional.

I. ANTECEDENTES

I.I. Hechos, motivo de la demanda y pretensión principal.

El conyuge de la demandante Dr. Francisco Javier Bolívar Mejía laboró al servicio de la demandada en calidad de Juez de la Republica por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1975 y el 30 de junio de 2000, fecha en que se retiró e inició el disfrute de su pensión.

La demandante acudió a este medio de control, pues considera vulnerados los derechos laborales de su cónyuge, toda vez que a su juicio, la demandada Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial, desconoció el derecho que él tenía, a la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% de la asignación básica mensual. Como petición principal, solicitó que se declare la nulidad de los actos administrativos que estructuraron la reclamación administrativa y en consecuencia, ordenar a la demandada, que proceda a realizar el pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y la reliquidación de las prestaciones sociales causadas, teniendo en cuenta el carácter de factor salarial de esta prima.

I.II. Actuaciones procesales surtidas.

Evacuados los impedimentos presentados por la Sala Plana de esta Corporación y aceptados por el Consejo de Estado, previo sorteo entre los Conjueces que hacen parte de esta Corporación, se admitió la demanda el pasado 9 de octubre de 2019 y notificada la

demandada y al Procurador 28 Judicial II Administrativo el 22 de octubre de 2019, respuesta de la demandada, traslado de excepciones, pronunciamiento frente a las excepciones y auto que fija fecha para la audiencia inicial y audiencia inicial, la cual fue suspendida, para sanear un yerro en la notificación de esa diligencia a la Procuraduría General de la Nación para representar a la sociedad y no al Procurador 28 Judicial II Administrativo de esta ciudad, como debió haberse hecho, esta situación quedo saneada con mensaje de datos que le fuera enviado al mencionado procurador el 29 de enero de 2021. Finalmente, solicitud de la parte demandante y auto 010 de 2 de febrero de 2021 que suspendió la continuación de la audiencia inicial, prevista para el 5 de febrero de 2021, a fin de resolver la solicitud antes mencionada.

I.III. Solicitud elevada por la parte demandante.

En días pasados la demandante por conducto de su apoderado, presentó solicitud de ***“adecuación del proceso al procedimiento contemplado en el Decreto 806 de 2020 y a la Ley 2080 de 2021”***, en resumen peticona que se aplique lo ordenado en los artículos 12 y 13 n° 1 del Decreto Legislativo 806 de 2020 en concordancia con los artículos 38 y 42 de la Ley 2080 de 2021.

Específicamente dice que dado que las excepciones propuestas por la demandada en la contestación son previas, se deben resolver en una providencia antes de fijar fecha para la audiencia inicial, tal como lo dispone el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020 en concordancia con el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el parágrafo 2 del artículo 175 del CPACA.

De igual manera peticionó que se le de aplicación a lo contemplado en el n° 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 182A al cuerpo de la Ley 1437 de 2011 y que tiene relación con la posibilidad que se tiene de dictar sentencia anticipada, entre otras, ***“cuando no haya que practicar pruebas”***.

Finalmente y después de hacer un análisis, la demandante llega a la conclusión que la Secretaría no ha cumplido con la orden emitida por el Despacho en la audiencia inicial que se inició el pasado 27 de noviembre de 2020, tendiente a notificar de dicha actuación al Procurador 28 Judicial II Administrativo en su calidad de representante de la sociedad, por ende solicita sea cumplida esta orden.

I.IV. Declaración de impedimento.

El doctor **ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL** en calidad de **PROCURADOR 28 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO** de esta ciudad, considera que se encuentra impedido de participar en el desarrollo procesal de esta causa, pues a su juicio puede tener intereses en las resultas del proceso a la luz de los artículos 13, 209 y 280 de la Constitución Nacional, 14 de la Ley 4ª de 1992, 141 del Código General del Proceso y 130 de la Ley 1437 de 2011.

II. CONSIDERACIONES.

II.I. Competencia.

Corresponde a este Despacho conforme lo dispone el artículo 134 del CPACA y conforme mandato dado por la Presidencia de esta Corporación en sorteo de conjuceces celebrado el pasado 26 de julio de 2019.

Dado que se analizan dos situaciones; **a)**. Las peticiones elevadas por el apoderado de la parte demandante y **b)**. La declaración de impedimento para seguir con el conocimiento de este proceso, formulada por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de esta ciudad, el Despacho las abordara por separado.

II.II. De las solicitudes elevadas por la parte demandante.

II.II.I. De las excepciones previas.

Solicita la demandante, resolver sobre las excepciones previas a la luz de lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020 en concordancia con el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el parágrafo 2° del artículo 175 del CPACA, disposiciones que son del siguiente tenor:

“Decreto Legislativo;

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicarán. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Ley 2080 de 2021.

“Artículo 38. Modifíquese el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

Parágrafo 2º. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.”

Ahora bien, las excepciones propuestas por la parte demandada en la contestación fueron; **a).** Integración de Litis consorcio necesario, **b).** Prescripción; **c).** Ausencia de causa petendi y, **d).** Innominada, a las que se les corrió traslado por el artículo 175 del CPACA el pasado 24 de febrero de 2020.

La jurisprudencia y la doctrina definen las excepciones como, las facultades legales que tiene el demandado al contestar la demanda, puede atacar el procedimiento o el fondo de la Litis, con el fin de desestimar las pretensiones. Dependiendo de esta clasificación se dividen en excepciones de mérito o de fondo, previas y mixtas; por regla general las excepciones previas son taxativas y están enlistadas en el **artículo 100 del Código General del Proceso** y son las siguientes:

“Artículo 100 de la Ley 1565 de 2012: Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

- 1.** Falta de jurisdicción o de competencia.
- 2.** Compromiso o cláusula compromisoria.
- 3.** Inexistencia del demandante o del demandado.
- 4.** Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
- 5.** Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
- 6.** No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
- 7.** Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
- 8.** Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
- 9.** No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
- 10.** No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
- 11.** Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.”

De igual manera las excepciones mixtas, son aquellas que aunque tienen naturaleza de mérito, es decir que se pueden resolver con el fondo de la sentencia, también pueden existir aquellas que tengan circunstancias en que quepa la posibilidad de resolverlas antes de la audiencia inicial. Estas excepciones estaban contempladas en el otrora Código de

Procedimiento Civil, pero desaparecieron con la introducción de la Ley 1565 de 2012; aunque en materia contenciosa administrativa, se encuentran contempladas en el n° 6 del artículo 180 del CPACA y son básicamente seis; **(i)**. Cosa Juzgada, **(ii)**. Caducidad, **(iii)**. Transacción, **(iv)**. Conciliación, **(v)**. Falta de legitimación en la causa y **(vi)**. Prescripción extintiva. Por otro lado, el Decreto Legislativo 806 de 2020, planeo resolver las excepciones previas, mixtas y los requisitos de procedibilidad señalados en el artículo 161 del CPACA, que no se hayan detectado al momento de la admisión de la demanda, previamente al auto que fije fecha para la realización de la audiencia inicial.

Así las cosas, tenemos que en la contestación de la demanda la Rama Judicial, planteo entre otras, la excepción de prescripción extintiva, lo que la ubica como una excepción mixta de las incluidas en el listado del n° 6 del artículo 180 del CPACA, modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021, de ahí que, deba resolverse, antes de citar a la audiencia inicial o en la misma sentencia anticipada, si fuere el caso; en consecuencia, antes de decidir si se resuelve esta excepción antes de la audiencia inicial, se hace necesario, estudiar la otra petición del demandante, encaminada a que el Despacho profiera sentencia anticipada.

II.II.II. De la sentencia anticipada.

A juicio del apoderado de la parte demandante, debe el Despacho emitir sentencia anticipada a la luz del n° 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 en concordancia con el literal b) del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021;

“Decreto Legislativo 806 de 2020:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Ley 2080 de 2021:

Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor: artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. *Antes de la audiencia inicial:*

a) *Cuando se trate de asuntos de puro derecho;*

b) *Cuando no haya que practicar pruebas;*

c) *Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;*

d) *Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.*

No obstante estar cumplidos los presupuestos para proferir sentencia anticipada con base en este numeral, si el juez o magistrado ponente considera necesario realizar la audiencia inicial podrá hacerlo, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de este código.

2. *En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión.*

Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. *En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.*

4. *En caso de allanamiento o transacción de conformidad con el artículo 176 de este código.*

Parágrafo. En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará.

Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso.”

A juicio de la demandante; **“En el presente asunto no es necesario practicar pruebas, los medios de convicción allegados con la demanda, la contestación a la misma y con el memorial de pronunciamiento sobre las excepciones formuladas son únicamente documentales, las cuales no se practican sino que se aportan al proceso (incorporación legal al mismo), previo estudio por parte del Juez, dándoles el valor que les asigna la ley, mediante auto interlocutorio”**, advierte el solicitante que de no hacerlo se iría en contravía a lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto Estatutario 2067 de 1991 que anuncia la obligatoriedad de los particulares y de las autoridades públicas a darle cumplimiento a las sentencias de la Corte Constitucional pues tienen valor de cosa juzgada constitucional; con la sentencia C-420/20 que declaró, entre otros, la exequibilidad del artículo 13 del Decreto

Legislativo 806 de 2020 y del artículo 13 del C.G.P., cuando dice; “...**Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley...**”.

La parte demandada no realizó petición especial de pruebas, sin embargo, la parte demandante solicitó: “...**LOS ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS: En consecuencia, pido respetuosamente al H. Tribunal que se oficie a la demandada con el objeto de que se remita a esa Corporación los antecedentes administrativos –expediente- de la señora Edilma Ochoa Medina, cónyuge supérstite del Dr. Francisco Javier Bolívar Mejía.**”; lo que en principio, podría decirse que en la demanda existe una petición de pruebas pendiente por resolver, sin embargo, esta solicitud se superó desde la admisión de la demanda, por orden del párrafo 1° del artículo 175 del CPACA., se requirió a la parte demandada para que con la contestación, allegara el expediente administrativo de la demandante en calidad de cónyuge supérstite del Dr. Bolívar Mejía y aunque en esta etapa procesal, la contraparte no lo hizo, el expediente administrativo de la demandante, contentivo de la reclamación administrativa por ella realizada, ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Caldas, fue enviado por la demandada, virtualmente y mientras estuvieron los términos suspendidos, saneando por completo este vacío.

Conforme lo anterior, es viable lo solicitado por la parte demandante no solo a la luz del artículo 182A literal *b) Cuando no haya que practicar pruebas, sino además, del literal c). Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;* pues en este momento procesal, ya todas las pruebas están contenidas en el proceso, y son las mismas que aportaron, de ahí que sea prudente, dictar sentencia anticipada y en ella se hará pronunciamiento al respecto de la excepción mixta “prescripción extintiva” **y de las otras, propuestas en la respuesta de la demanda.**

II.II.III. Fijación del litigio.

Para la fijación del litigio el Despacho se remite a lo dicho por el n° 7 del artículo 180 del CPACA;

“Art. 180.- Vencido el termino de traslado de la demanda o de la reconvencción según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 1). 2). 3). 4). 5). 6). 7). Fijación del litigio. Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción, si a ello hubiere lugar, y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación del litigio. 8). 9). 10).”

Así las cosas;

Hechos sobre los que existe acuerdo entre las partes, por encontrar suficiente sustento probatorio.

- 1) El doctor **FRANCISCO JAVIER BOLIVAR MEJIA** laboró al servicio de la Rama Judicial-Seccional Caldas, en calidad de Juez de la Republica inicialmente por el periodo comprendido entre el **1 de septiembre de 1975 y hasta el 30 de junio de 2000**. (fl. 20, 110-116 C.1).
- 2) Que fue agotada la reclamación administrativa ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** Seccionales Caldas, solicitando la reliquidación de todas las prestaciones y factores salariales incluyendo el 30% de la denominada prima especial de servicios; petición que fuera negada por medio de la **resolución DESAJMZR17-446 de 11 de mayo de 2017** “por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”. Acto administrativo contra el cual se interpuso el recurso de apelación el cual fue concedido mediante la **resolución DESAJMZR17-504 de 31 de mayo de 2017**, pero no fue resuelto lo que configuró el fenómeno del **acto administrativo ficto presunto negativo**.

HECHOS SOBRE LOS CUALES EXISTE CONTROVERSIA:

No existe acuerdo entre la parte demandante y la demandada sobre los siguientes aspectos;

- Que por el tiempo en que el demandante **FRANCISCO JAVIER BOLIVAR MEJIA** desempeñó el cargo de Juez de la Republica, la entidad demandada, dividió el sueldo al que tenía derecho por ley, por una parte, tomó el 30% y le dio el carácter de prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y el restante 70% lo pagó como sueldo, lo que significa que la demandada disminuyó un 30% el sueldo del causante. Además; el monto reconocido como prima especial, fue mal liquidado, pues el cálculo realizado por la demandada partió de sacarle el 30%, al supuesto 70% de sueldo y no del 100% real, lo que arrojó un monto de prima ostensiblemente menor. Esto también afectó la liquidación de las prestaciones sociales al ser factor salarial, pues la demandada al asumir que el sueldo básico que devengó el señor Bolívar Mejía, era solo el 70% del valor real, sobre este valor aplicó la liquidación legal de las prestaciones sociales. Y finalmente, desconoció el carácter de factor salarial que tiene la prima especial de servicios, reclamada.

PRETENSIONES: (EXTREMOS)

- **Declarar** la nulidad de la **resolución DESAJMZR17-504 de 31 de mayo de 2017**.
- **Declarar** la nulidad del **acto administrativo ficto presunto negativo**.
- **Condenar** a la demandada reliquidar al causante el doctor **FRANCISCO JAVIER BOLIVAR MEJIA** la remuneración mensual conforme el ordenamiento jurídico (Constitución Nacional y Ley 4ª de 1992), percibida desde el 1 de enero de 1993 y hasta el 30 de junio de 2000. (fl. 4 C.1).

- **Ordenar** a la demandada reliquidar al causante el doctor **FRANCISCO JAVIER BOLIVAR MEJIA** la prima especial mensual conforme el ordenamiento jurídico (Constitución Nacional y Ley 4ª de 1992), cancelada desde el 1 de enero de 1993 y hasta el 30 de junio de 2000, que fue mal liquidada sobre el 70% de su salario básico y no de su 100% como debió hacerse.
- **Ordenar** a la demandada reconocer la prima especial de servicios como factor salarial y en consecuencia; reliquidar las cesantías y sus intereses acumuladas a 31 de diciembre de 1992 por haberse acogido a los regímenes laborales contemplados en los decretos 57 y 110 de 1993. (fl. 4 C.1).
- **Ordenar** a la demandada reliquidar al causante el doctor **FRANCISCO JAVIER BOLIVAR MEJIA** las cesantías y sus intereses, causadas por los años 1993 a 2000.
- **Ordenar** a la demandada reliquidar al causante el doctor **FRANCISCO JAVIER BOLIVAR MEJIA** las vacaciones y las primas de vacaciones, de navidad, de nivelación, de servicios, las bonificaciones por descongestión y por servicios y demás prestaciones sociales, teniendo en cuenta el carácter de factor salarial desde el 1 de enero de 1993 al 30 de junio de 2000, incluyéndose, además, los pagos laborales que le fueron realizados en los meses de julio y diciembre de 2000.
- **Ordenar** a la demandada pagar a la demandante las diferencias laborales que resulten en razón a las aludidas reliquidaciones por el periodo comprendido entre el **1 de enero de 1993 y el 30 de junio de 2000**, inclusive, por concepto de remuneración mensual, prima especial mensual, cesantías y sus intereses acumuladas a 31 de diciembre de 1992 al año 2000, inclusive, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de nivelación, prima de servicios, bonificación por descongestión, bonificación por servicios y demás prestaciones sociales, incluyéndose, los demás conceptos laborales que le fueron cancelados en los meses de julio y diciembre de 2000.
- **Ordenar** a la demandada que las sumas reconocidas en las anteriores liquidaciones sean indexadas de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.
- **Ordenar** a la demandada reconocer y realizar el pago de los intereses a la demandante en caso de no hacer el pago oportuno, como lo ordena el artículo 192 del CPACA.
- **Condenar** a la demandada a pagar las costas y agencias en derecho que se llegasen a causar a la luz del artículo 188 del CPACA.

En consecuencia, el litigio en conjunto se circunscribe a determinar;

- ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?
- ¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?
- ¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?

En los anteriores términos se entiende **fijado el litigio** y contra esta decisión procede el recurso de reposición conforme se dispone en el artículo 242 del CPACA en concordancia con el artículo 243 ibídem.

II.II.IV. Decreto de pruebas.

Atendiendo el principio de economía procesal, se aprovechará esta providencia para incorporar como pruebas las aportadas por la parte demandante en el escrito de la demanda, en la contestación por la demandada y en el pronunciamiento que, frente al traslado de las excepciones, realizó la parte demandante, en lo que tengan relación con ella.

Contra esta decisión procede el recurso de apelación, de conformidad con el n° 7 del artículo 243 del CPACA.

II.II.V. Alegatos.

El inciso final del artículo 181 del CPACA, abre la oportunidad de omitir la diligencia de alegaciones y juzgamiento y dar paso al traslado para la presentación de los alegatos por escrito;

“Art. 181. (...).

En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalara fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a 20 días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días, siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar, podrá el Ministerio Publico presentar concepto si a bien lo tiene.” (subrayas propias).

Así las cosas, a la luz del inciso 2° del artículo 182A del CPACA en concordancia con el inciso final del artículo 181 Ibídem, **se corre traslado común de diez (10) días, a las partes y al Ministerio Publico, para que presenten sus alegatos de conclusión** , término que empezará a correr al día siguiente hábil, a la ejecutoria de esta providencia. Los alegatos deben ser enviados al correo institucional de Conjuces **dtibaqua@cendoj.ramajudicial.gov.co** .

II.III.VI. De la notificación al Ministerio Publico.

Deduco el apoderado de la parte demandante, que la falta de movimiento del expediente, es porque no se había efectuado la notificación del acta de la audiencia suspendida el pasado 27 de noviembre de 2020, al Procurador 28 Judicial II Administrativo de esta ciudad, pues de haberlo hecho, ya habría propuesto impedimento para actuar en esta causa, atendiendo que los hechos y las pretensiones de la demanda, comparten similitudes

con otros medios de control, en los que ya este Procurador se ha declarado impedido para conocerlos.

Sin entrar en detalles relacionados con el trabajo que realiza el Despacho frente a este medio de control, se le informa al apoderado de la parte demandante, que la orden emitida por el Despacho en audiencia inicial del pasado 27 de noviembre de 2020, fue ejecutada por la Secretaria de esta Corporación el 29 de enero de 2021 y el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, presentó impedimento el 10 de febrero de 2021, después de haberle notificado el aplazamiento de la diligencia inicial que se tenía prevista continuarla el 5 de febrero de 2021. Dado entontes que la solicitud realizada por el apoderado de la parte demandante, frente a este tema, ya fue superada, se niega lo pedido.

II.III. La declaración de impedimento.

El Dr. Alejandro Restrepo Carvajal presentó impedimento para conocer de este medio de control por encontrarse incurso en la causal contemplada en el n° 1 del artículo 141 del Código General del Proceso en concordancia con los artículos 130 del CPACA y 280 de la Constitución Nacional.

II.III.I. Normas citadas por el Dr. Alejandro Restrepo Carvajal. .

Manifiesta el Procurador 28 Administrativo Judicial II de esta ciudad, estar incurso en la causal, contemplada en el artículo 141 n° 1° de la Ley 1564 de 2012, la cual es del siguiente tenor:

“Artículo 141. Causales de recusación.

Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14.”

Por otro lado, la pretensión principal de este medio de control, gira en torno al restablecimiento del derecho de la prima del 30% que regula el artículo 14 de la Ley 4° de 1992, que a la postre reza:

“Artículo 14: El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para Jueces de la Republica, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (01) de enero de 1993.

(...)” Subrayas propias.

A su turno como acertadamente lo informa el **Dr. Restrepo Carvajal** el artículo 280 de la Constitución Nacional, igual la categoría de los Agentes del Ministerio Público, tendrán las mismas calidades y responsabilidades laborales, ante quien ejerzan su labor;

“Artículo 280 C.N.: Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”

De lo anterior se deduce que la prima del 30% regulada por la Ley 4° d 1992, objeto de debate en este medio de control, también ampara a los “...**Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial...**”, situación que encaja perfectamente en la labor desempeñada por el señor Procurador 28 Administrativo Judicial II de Manizales, delegado para conocer esta causa y es lógico que se aparte de su conocimiento, absteniéndose de emitir cualquier concepto, toda vez que una decisión que acceda a la pretensiones de la demanda, le es favorable como precedente para una eventual controversia que por este mismo tema y por su condición de Procurador Judicial II, tenga a bien interponer.

En consecuencia, el Despacho aceptará el impedimento propuesto por el **Dr. Restrepo Carvajal** en calidad de Procurador 28 Judicial II Administrativa, para intervenir en esta causa.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 de C.G.P.; **“El Juez que deba separarse del conocimiento por impedimento o recusación, será reemplazado por el del mismo ramo y categoría que le siga en turno, atendiendo el orden numérico,...”**, en consecuencia, y de acuerdo con la **Resolución 0032 de 8 de febrero de 2017** “emitida por la Procuraduría General de la Nación”, pásese el conocimiento de este proceso al **Dr. JULIO CESAR RODAS MONSALVE, PROCURADOR 29 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO** de esta ciudad.

III. RESUELVE

En mérito de lo expuesto la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, en cabeza de este Conjuez;

PRIMERO: ACCEDER a las peticiones elevadas por la parte demandante, tendientes a resolver la excepción mixta de **“prescripción extintiva del derecho”** y a proferir **sentencia anticipada** a la luz de los literales b) y c) del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, en donde se resolverán las excepciones propuestas, entre estas, la arriba mencionada.

SEGUNDO: TENER por fijado el litigio, como se hizo en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: INCORPORAR como pruebas al expediente, las aportadas por la parte demandante en el escrito introductorio y en el pronunciamiento que hizo frente a las excepciones y, por la parte demandada en su respuesta.

CUARTO: CORRER traslado para alegar de conclusión por escrito, y, en consecuencia, acoger lo dicho frente a este tópico, en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR fundado el impedimento presentado por el **PROCURADOR 28 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO Dr. ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL** y se ordena pasar el conocimiento de esta causa al **PROCURADOR 29 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO Dr. JULIO CESAR RODAS MONSALVE**, quien deberá coordinar con el Dr. Restrepo Carvajal, la entrega de las piezas procesales que este tenga en su poder.

SEXTO: EJECUTORIADO este auto, por **SECRETARIA** y a través de mensaje de datos, póngase en conocimiento esta providencia, al **PROCURADOR 29 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO Dr. JULIO CESAR RODAS MONSALVE**, a fin de que asuma el conocimiento de este proceso, en calidad de Ministerio Público.

SEPTIMO: Contra las decisiones emitidas en los numerales **PRIMERO** procede el recurso de reposición de acuerdo con el artículo 242 del CPACA modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021. Contra la decisión contenida en el numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** procede el recurso de apelación de conformidad con el n° 7 del artículo 243 del CPACA y contra la decisión comunicada a través de los numerales **CUARTO** y **QUINTO** no procede recurso alguno de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 243A ibídem.

Notifíquese y Cúmplase.



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Conjuez.

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS -Secretaria-</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico <u>n° 054 de 5 de abril de 2021.</u></p>  <p>HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES

Beatriz Elena Henao Giraldo
Conjuez Ponente

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haber agotado con éxito todas las etapas procesales, que anteceden está, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante el señor **CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, con la dirección del **Dra. BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. RODRIGO GIRALDO QUINTERO** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCÍA**.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Presentación de la demanda el 2 de marzo de 2017 (fl. 1), declaración de impedimento de la Sala Plena de este Tribunal el 28 de marzo de 2017, auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 31 de julio de 2017 y sorteo de Conjueces el 8 de noviembre de 2017 (fls. 36-53), admisión de la demanda el 8 de febrero de 2018 y notificación electrónica de la demanda el 22 de febrero (fl. 54-64), declaración de impedimento del Procurador 28 Judicial II Administrativo y su aceptación, traslado de excepciones n° 079 de 19 de septiembre de 2018 (fl. 65-85), auto fija fecha para audiencia inicial y su acta con saneamiento (fl. Fl. 86-98), notificación de la demanda a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Sección Bucaramanga (fl. 96-101), constancia de suspensión de los términos por cuenta de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* declarada por el Gobierno Nacional, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020*, auto decreta y cierra periodo probatorio, fija el litigio y corre traslado para alegar de 9 de septiembre de 2020, constancia pasa a despacho para proferir sentencia de 3 de febrero de 2021.

3. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder especial del demandante Carlos Manuel Zapata Jaimes para el abogado Jorge Olmedo Upegui Vélez (fl. 1A), escrito de la demanda (fl. 2-10), pruebas allegadas con la demanda (fl. 11-33), respuesta de la demanda-Seccional Caldas (fl. 66-), poder por el Director Ejecutivo de Administración Judicial Seccional Manizales al abogado Julián Augusto González Jaramillo (fl. 70-71), actuación administrativa (fl. 72-82), contestación de la demanda-Seccional Bucaramanga por designación al apoderado de la Seccional Manizales.

4. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

4.1. Demandante.

4.1.1. En la demanda:

Derecho de petición a la Nación-DEAJ-Rama Judicial Seccional-Manizales (fl. 11-14), traslado por competencia de algunos apartes del derecho de petición de la Seccional Manizales, a la Seccional Bucaramanga (fl. 15-16), resolución n° 3196 de 18 de abril de 2016 emitida por la Seccional Bucaramanga “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*” y su constancia de notificación (fl. 17-18), recurso de apelación (fl. 19-23), resolución n° 4534 de 27 de julio de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*” (fl. 24), constancia de Talento Humano (fl. 25-27), solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, resolución n° 1692 de 22 de noviembre de 2016 “*por medio de la cual se acepta y se declara fallida una conciliación*” (fl. 32-34).

4.2. Demandada.

- Actuación administrativa (fl. 72-82).

4.3. Pruebas decretadas y negadas.

En auto de 9 de septiembre de 2020 y a la luz del artículo 182A del CPACA.

5. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**.

6. DECLARACIONES Y CONDENAS

Fueron definidas en la fijación del litigio, realizado en la oportunidad que permite el artículo 182A del CPACA, así;

6.1 Declaraciones.

- ***Dar aplicación*** a la sentencia del 29 de abril de 2014, mediante la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad de los artículos 9° del decreto 388 de 2006, 6° del decreto 389 de 2006, 8°, 10° y 12° del decreto 392 de 2006, 9° del decreto 617 de 2007, 6° del decreto 618 de 2007, 8°, 9° y 10° del decreto 621 de 2007, y 8°, 9° y 11° del decreto de 3048 de 2007, entre otros.
- ***Innaplicar*** por inconstitucional el decreto 658 de 2008.
- ***Declarar*** la nulidad de la ***resolución n° 3196 de 18 de abril de 2016***.
- ***Declarar*** la nulidad del ***acto administrativo ficto presunto negativo***.
- ***Condenar*** a la demandada disponga el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, equivalente al 30% del salario básico y contenida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, durante el tiempo en que se desempeñó como Juez de la Republica en la Seccional de Bucaramanga.
- ***Condenar*** a la demandada reconocer, reliquidar y pagar la totalidad de las prestaciones sociales (prima de servicios, prima de productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías y sus intereses, y todas las demás a las que tenga derecho), durante el tiempo en que se desempeñó como Juez de la Republica en la Seccional de Bucaramanga.
- ***Ordenar*** a la demandada que el reconocimiento se ciña a los lineamientos establecidos por el Consejo de Estado en la sentencia del 24 de abril de 2014.
- ***Ordenar*** a la demandada que los pagos que haga, al demandante, sean debidamente indexados.
- ***Condenar*** a la demandada en costas y agencias en derecho.

6. HECHOS

El doctor **CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES** laboró al servicio de la Rama Judicial Seccionales Bucaramanga, en calidad de Juez de la Republica por el periodo comprendido entre el ***1 de junio de 2006 y el 4 de agosto de 2008***.

7. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

El demandante solicitó ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** Seccionales Manizales el 16 de marzo de 2016 y por remisión de esta, a la Seccional Bucaramanga el 13 de abril de 2016, solicitando la reliquidación de todas las prestaciones y factores salariales incluyendo el 30% de la denominada prima especial de servicios; petición que fuera negada por medio de la ***3196 de 18 de abril de 2016*** “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*” y su constancia de notificación, emitida por la ***Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial-Seccional Bucaramanga***, frente a la cual se interpuso recurso de alzada, sin embargo nunca fue resuelta, por lo que se configuró el ***acto administrativo ficto***

presunto negativo.

8. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó el demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

8.2. Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 53, 209 y 215.

8.3. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2°, 12°-párrafo y 14° de la ley 4ª de 1992; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 10, 102, 137, 148, 189 y 269 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 152-7° de la Ley 270 de 1996.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al venir liquidando las prestaciones sociales de la demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de todos los ingresos devengados por este.

9. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

9.1. La NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-SECCIONAL CALDAS: realizó un estudio detallado frente a la prima reclamada, pero aclaró no saber al respecto de los hechos n° 15, 16 y 17, toda vez que el demandante desempeñó su cargo en una seccional distinta, por lo que se remitió el derecho de petición, para que sea la seccional de Bucaramanga, la que contestó el derecho de petición.

9.2. La NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-SECCIONAL BUCARAMANGA: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y también realizó un estudio sobre la prima especial de servicios, la cual considera no es factor salarial y prescribe el tiempo reclamado, pues se le aplica la figura de la prescripción trienal, es decir; tres (3) años antes, contados a partir de la reclamación administrativa.

10. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El día 19 de septiembre de 2018 se surtió traslado a las excepciones **i)** Ausencia de causa petendi, **ii)** Cobro de lo no debido, **iii)** Inexistencia del derecho reclamado, **iv)** Cosa juzgada constitucional y **v)** Prescripción trienal formuladas propuestas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Caldas; y frente a las excepciones formuladas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Bucaramanga agregó, las excepciones, **vi)** Integración del litisconsorcio necesario e, **vii)** innominada.

11. ALEGACIONES FINALES

Ninguna de las partes, y tampoco el Ministerio Público, aprovecharon esta oportunidad.

12. ADECUACION A LA LEY 2080 DE 2020.

Por medio de auto de sustanciación 091 de 9 de septiembre de 2020 y a la luz del artículo 182A del CPACA, después de un análisis de las piezas procesales, se estableció que este medio de control, se acomodaba a los literales a) y d)¹, de dicho artículo para proferir sentencia anticipada, por lo tanto, se realizó el análisis probatorio en el que se negó la única prueba solicitada en el proceso, de la parte demandante, por encontrarla inútil e innecesaria, pues el objetivo de ella, ya se encontraba superado, de igual manera se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad que no fue aprovechada por ninguno de las partes y tampoco por el representante del Ministerio Público.

13. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 31 de julio de 2017 (fl. 40-41) que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuez por sorteo de conjuces realizado el pasado 8 de noviembre de 2017 (fl. 47-53).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

¹ “Art. 182A.-Adicionado Ley 2080 de 2021, art. 42. Se podrá dictar sentencia anticipada:

a). Cuando se trate de asuntos de puro derecho.

b). (...).

c). (...).

d). Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito. (...).”

Procede la Sala de Conjuces a realizar control de legalidad de las actuaciones hasta ahora superadas en este medio de control, sin encontrar vicio que pueda anular el proceso, ni entorpecerlo en el futuro.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

1). ¿Si corresponde declarar la nulidad de los actos administrativos demandados?

2). ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, por los periodos que reclama?

Y en consecuencia;

3). ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial y por ende ordenar la reliquidación y pago de las diferencias dinerarias, que por concepto de una indebida liquidación de sus prestaciones sociales, fueron causadas durante los periodos en que ocupó los cargos de Juez de la Republica?

d. ANALISIS

Antes de iniciar con el estudio del presente caso, fuerza decir que la Sala acoge en su integridad lo dispuesto en la Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de

abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, **quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales**, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente²:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos³, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

2 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

³ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁴, la cual concluyó que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir el demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS PARA JUECES DE LA REPUBLICA

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del mismo sueldo de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer

⁴ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrojadas al proceso, no quedan dudas que el demandante inició su vinculación a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la Republica en el año de 1980 y a la entrada en vigencia la Ley 4ª de 1992, todavía ocupaba dicho cargo, ahora bien del análisis es claro que de su propio salario, fue extractado el valor de esta prestación social, por tanto tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Disminución En La Asignación Básica Salarial Asignada.

Como subtema la Sala de Conjuces, considera necesario estudiar a fondo, si es posible que la demandada cuando liquido mal la prima especial de servicios reclamada y mermo el salario básico del demandante, tanto en el periodo en que desempeñó el cargo de Juez de la Republica, como al final de su vida laboral, cundo ocupo el cargo de Magistrado de Tribunal, liquido sus prestaciones sociales con el sueldo básico real es decir del 100% sin descontarle el 30% que lo consideró como la prima especial de servicios o, por el contrario y como lo sospecha la Sala, liquido las prestaciones sociales, solo con el 70% que consideraba era el sueldo básico de la demandante, sin tener en cuenta el 30% que hacia parte de su sueldo pero que como quedo establecido, incluso por la misma respuesta de la demandada, fue presentada como la prima especial de servicios.

Así las cosas, con la respuesta de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial y con el apoyo de la constancia laboral de tiempo de servicio y emolumentos devengados por el demandante⁵, en los años en que se desempeñó como Juez de la Republica, que en efecto, sus prestaciones sociales fueron liquidadas respecto de un sueldo básico que solo ascendía al 70% del valor del sueldo básico real, por lo que es claro que, también se vieron disminuidos sus ingresos en este sentido, por tal motivo, se hace necesario ordenar el reajuste del sueldo básico y la reliquidación de sus prestaciones, al paso que deberá la demandada pagar las diferencias resultantes entre la liquidación realizada con el 70% del sueldo básico y la reliquidación que se haga con el 30% restante, teniendo claro que el sueldo de la demandante debió tomarse sobre el 100% y no sobre el 70%.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la discusión la condición o no de factor salarial que posiblemente reviste a esta prima, razón por la cual, se estudiará este tema a fondo.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de *no salarial*, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima **constituiría parte del**

⁵ Folio 74-89 C.1.

ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1°.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁶ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

*La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.*⁷

Tal como lo adujo la parte demandada, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁸, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁹. (...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

⁶ **Artículo 1°.** Aclárese el artículo 1° de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6° del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁷ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁸ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁹ Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.”
(Negrillas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial, sin embargo, es menester aclarar que en dicha decisión no se explican las razones de derecho por las cuales se arriba a dicha conclusión, de igual manera en la reciente Sentencia de Unificación de 2 de septiembre de 2019, que venimos mencionando, también existe un vacío al respecto, por tanto, entraremos a estudiar la línea jurisprudencial que sobre este tema, viene defendiendo el Consejo de Estado y que se pasa a explicar:

El Consejo de Estado, Sección Segunda¹⁰, en sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010), Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, inaplicó las expresiones “*sin carácter salarial*” de los Decretos reglamentarios de la Ley 4 de 1992. En dicha sentencia se dispuso:

INAPLÍCASEN por Inconstitucionales los artículos 7 de los Decretos Nos. 2740 de 2000 y 2720 de 2001 y 6 de los Decretos Nos. 673 de 2002 y 3569 de 2003, en cuanto previeron como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual devengado por Leonor Chacón Antía en su calidad de Juez Catorce de Familia de Bogotá, D.C.

DECLÁRASE la nulidad parcial del Oficio DRH-1627 de 3 de octubre de 2003, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, liquidadas con base en el 30% de la prima especial devengada a partir del año 1993; de la Resolución No. 1939 de 3 de agosto de 2004, que resolvió el recurso de reposición interpuesto, ambos proferidos por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cundinamarca; y del Acto ficto negativo, previa declaratoria de su existencia, surgido del silencio administrativo respecto del recurso de apelación contra la anterior decisión.

CONDÉNASE a la Nación- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- a reconocer y pagar a la actora a título de restablecimiento del derecho, la suma que resulte como diferencia de la reliquidación de las prestaciones legales desde el 17 de septiembre de 2000 hasta el 16 de septiembre de 2003 con base en la asignación básica mensual más la prima especial mensual, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto.”

A su vez, mediante sentencia del 4 de agosto 2010 la Sección Segunda¹¹ del Consejo de Estado unificó la posición del máximo tribunal y señaló que la prima especial de servicios constituye factor salarial.

¹⁰ Radicación 25000-23-25-000-2005-01134-01(0419-07) Actor: LEONOR CHACÓN ANTIA Demandado: RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
¹¹ Expediente 230-2008. Actor: Rosmira Villescas Sánchez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve

“(…) La inclusión de este porcentaje en la base liquidatoria de las prestaciones sociales de la actora para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, encuentra sustento no sólo en las sentencias anulatorias proferidas por el Consejo de Estado, como ya se dijo, sino en la decisión reciente de la Sala Plena que decidió anular el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2 de marzo de 2007 “Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones

[…]

Aunque [dicho precedente] analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, resulta aplicable en este evento, porque, el tema central no es otro que el que aquí se reclama, esto es, el carácter salarial del porcentaje del 30% que a título de prima especial han venido percibiendo los empleados de la Fiscalía General de la Nación y que no ha sido incluido en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular.

El anterior argumento no desconoce el contenido de las sentencias de anulación, sino que muestra en forma fehaciente que la jurisprudencia laboral en su desarrollo y evolución, debe propender por la real y efectiva protección de los derechos laborales económicos constitucionalmente previstos, máxime cuando el contenido de cada una de las normas era el mismo, es decir era una reproducción en la que solamente variaba el porcentaje en que se incrementaba el salario en cada una de las anualidades, pero frente a la prima especial se siguió manteniendo el mismo porcentaje y su carácter no salarial […]”.

En el año 2016, nuevamente el Consejo de Estado¹² reconoció la prima especial de servicios como factor salarial. Si bien en dicha sentencia, el caso específico trataba de un empleado de la Fiscalía General de la Nación, el análisis en cuestión obedeció a la prima consagrada en la Ley 4 de 1992, la misma que vienen percibiendo los Jueces y Magistrados de la Rama Judicial y que no ha sido incluida en la liquidación de sus prestaciones sociales.

En conclusión: El porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios tiene un carácter salarial y en esa medida a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que no les fue tomada en cuenta a efectos de liquidar sus prestaciones sociales les asiste el derecho a que se les reliquide con inclusión del porcentaje de la mencionada prima.

De acuerdo a lo anterior y atendiendo a que la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de Conjuces, del Doce (12) de septiembre de dos mil

¹² SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez sentencia del abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

dieciocho (2018) no esboza las razones por las cuales la prima no es factor salarial y que existe una línea de jurisprudencia que aduce que la mencionada prima si es factor salarial, esta Sala de Decisión seguirá la línea jurisprudencial que venía desarrollándose por parte del Consejo de Estado y se apartará de la decisión tomada por la Sala de Conjueces del doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) en tanto:

1. *Es claro que el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios tiene carácter salarial, pues remunera su trabajo o labor de manera permanente, y en esa medida los servidores que la perciben¹³, tienen derecho a que se les reliquiden sus prestaciones sociales con inclusión del porcentaje de la mencionada prima.*

2. *De conformidad con el artículo 127 del CST constituyen salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”.*

3. *Por su parte, la misma compilación expresa qué emolumentos no constituyen salario, así:*

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

4. *Como se observa, la expresión “sin carácter salarial” contenida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, lleva aparejada la vulneración a la Constitución y así mismo a la Ley Ordinaria contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, pues pretende retirarle su carácter salarial a una prestación que por su esencia lleva inherente la naturaleza salarial ya que se recibe de forma permanente y remunera la labor.*

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales **se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia** que declaró la nulidad de

13 Los servidores públicos contenidos en el Artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹⁴. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7° del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁵ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

¹⁴ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁵ Cita de cita: Ibídem

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial**, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁶. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁷ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales.

¹⁶ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011).

Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁸. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operará contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁸ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

Tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), pues es esta la que garantiza el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁹.

Sin embargo, un vuelco total a la línea jurisprudencial se dio con algunas decisiones solitarias del Consejo de Estado, Sección Segunda-Sala de Conjuces²⁰, en que de nuevo analizaron este asunto y determinaron –sin dar explicaciones fuertes del porque se apartaban de la línea jurisprudencial-, que la prescripción debía tomarse en su explicación más simple, es decir; contando solo tres (3) años, atrás, del inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación. Esto fue lo que dijo;

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?”

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** *los fallos de nulidad tienen efecto ex tunc, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.*
- **Tesis intermedia:** *en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969²¹. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones*

¹⁹ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

²⁰ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

²¹ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²².

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos *ex tunc*, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²³. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

²² “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²³ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

- **De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.**
- **De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.**

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Sin embargo, el desconocimiento de esta decisión a lo dispuesto en la Sentencia C-634 de 2011 para que una autoridad judicial se aparte del precedente jurisprudencial, fue evidente, lo que generó más confusión que claridad frente al asunto;

“(...). 15. La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.

Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comentario en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados.(...)”²⁴

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno;

²⁴ Sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011 (paginas 33-34), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²⁵: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción, (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

14. EXCEPCIONES

²⁵ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

La parte demandada presentó las excepciones; **i).** Ausencia de causa petendi, **ii).** Cobro de lo no debido, **iii)** Inexistencia del derecho reclamado, **iv)** Integración del Litis consorcio necesario, **v).** Prescripción trienal e **vi).** Innominada; las cuales se resolverán en el siguiente orden;

De la *ausencia de causa petendi, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado e innominada*; la Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado; dejó en claro que la prima especial de servicios es una prestación social a la que solo tienen derecho los Jueces de la Republica, al igual evidenció el yerro cometido por las demandadas, en el entendido que del 100% del su sueldo básico, extrajeron el 30% y lo hicieron pasar como prima especial de servicios, y el restante 70% lo pagaron como sueldo básico, por tanto, a los demandantes les asiste un derecho para reclamar, en todo el sentido de la palabra. Frente a la integración de la Litis consorcio necesario, los actos administrativos atacados por el demandante, fueron emitidos por la demandada y no hubo participación del Gobierno Nacional, además, por conducto de la Ley 270 de 1996, la Rama Judicial tiene presupuesto autónomo y por tanto, el pago de las posibles condenas, no está supeditado a la voluntad del Gobierno Nacional, por lo tanto, también se negará esta excepción. Finalmente; la única excepción que se declarará probada, es la de prescripción extintiva del derecho, pues a la luz de la mencionada sentencia de unificación, sobre los periodos reclamados respecto de esta prima especial de servicios, el derecho se hizo exigible, desde el mismo momento en que entró en vigencia la Ley 4 de 1992, es decir; 1 de enero de 1993 y desde ese momento, los demandantes han podido hacer exigible el derecho a la prima especial de servicios, ante la inexistencia de algún factor que impidiera la exigencia del derecho.

Frente a la excepción de prescripción y aplicando lo ordenado por la sentencia de unificación analizada, solo están protegidos los 3 años anteriores a la fecha en que se inició la reclamación administrativa, o en que se exigió el derecho, que en este caso, fue en el año de 2016 y el periodo reclamado, está muy atrás, entre los años 2006 y 2008, lo que claramente demuestra que sobre este operó el fenómeno prescriptivo, por lo que habrá lugar a declarar probada esta excepción.

15. CASO CONCRETO

Fuerza declarar que la prima especial de servicios no es factor salarial conforme lo dispuso la Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos.

De igual manera y de acuerdo con la constancia laboral del demandante visible a folios 11-14 del C.1., es claro que la entidad demandada, cometió dos (2) errores, al momento de pagar el sueldo que legalmente le correspondía al demandante; 1). De su mismo sueldo, extrajo el 30% y se lo entregó como prima, al paso que, como sueldo básico, le devolvió el restante 70%, lo que significa, que, en

un plano real, nunca le canceló la prima especial de servicios reclamada y; 2). Al momento de realizar la liquidación de sus prestaciones sociales, para el pago de las primas a las que tenía derecho legal y que se consideran como factor salarial, lo hizo, tomando como base, el que consideró era su salario básico, es decir, sobre el 70% de lo que devengaba, sin tomar en cuenta, que, por error, el supuesto pago, se realizaba extrayéndola del 100% de su salario real. Ahora, bien, en principio la demandada, debe cancelar al demandante, la prima reclamada y hacer la reliquidación de las prestaciones sociales que son factor salarial y pagar la diferencia.

Ahora bien, atendiendo la sentencia de unificación citada, la prescripción trienal opera, sobre el periodo que no esté protegido dentro de los tres (3) años anteriores, a la radicación de derecho de petición mediante el cual, el demandante exigió el derecho. Así las cosas, dicha solicitud fue realizada el **16 de marzo de 2016**, teniendo un periodo de protección hasta el **16 de marzo de 2013** y siendo afectados todos los años que le anteceden, lo que significa que, si el periodo reclamado es el comprendido entre el **1 de junio de 2006 hasta el 2 de agosto de 2008**, este se encuentra prescrito, y así habrá que declararse.

Finalmente, dado que sobre el periodo reclamado operó el fenómeno de la prescripción, no habrá lugar a emitir condenas de tipo pecuniario contra la demandada y negar, las demás pretensiones, tendientes a reconocer como ciertas normatividades que son claramente contrarias a los ordenado por la Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019.

16. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios por el trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

a). Gastos procesales.

Ahora bien, conforme la hoja de gastos procesales visible a folio 60 del C. 1, fue necesario enviar por correo certificado los traslados de la demanda, con un costo total por valor de **CATORCE MIL SEINCIENTOS PESOS (\$14.600.00)** que deben ser asumidos por la parte vencida, que en este caso se trata de la parte demandada.

b). Agencias en derecho.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...).”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁶, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

²⁶ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte vencida, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del señor **ZAPATA JAIMES**, siendo ajustados sus los valores en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R: Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), Qué es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.

17. OTROS ASUNTOS

El 25 de enero de 2021, entro en vigencia la Ley 2080 de 2021, que reformó en muchos aspectos la Ley 1437 de 2011, norma reina en el procedimiento administrativo y el artículo 192 no fue la excepción. Esta ley a través del artículo 87 derogó el inciso 3° del artículo 192 del CPACA, y en su reemplazo, nos remitimos al n° 2 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el cual reza:

“Art. 247. Modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo a las siguientes reglas:

1), 2). Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente, citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan formula conciliatoria. 3), 4), 5), 6), y 7).” (subrayas del Despacho).

En este sentido, la **SALA** advierte a las partes, que, de existir recurso de apelación en contra de esta providencia, en especial por la parte demandada, cumplido el término de ejecutoria de la sentencia, procederá automáticamente al estudio sobre si concede el o los recursos de apelación y, solo citará a audiencia de conciliación si media solicitud de las partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

18. FALLA

PRIMERO: ACOGER íntegramente la *Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos*, y en consecuencia

SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Declárese **NO PROBADAS** las excepciones *ausencia de causa petendi, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, integración del litis consorcio necesario, e innominada*; y **PROBADA** la excepción de *prescripción trienal* propuestas por la accionada y conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Declarar la **NULIDAD** de la *resolución 3196 de 18 de abril de 2016* y el *acto administrativo ficto presunto negativo*.

QUINTO: DECLARAR que sobre el periodo reclamado y comprendido entre *el 1 de junio de 2006 y el 2 de agosto de 2008*, operó el fenómeno de la prescripción laboral trienal, en consecuencia, **NEGAR** el pago de la prima especial de servicios y la reliquidación de sus prestaciones sociales, tomando como base el 100% de su sueldo y no el 70%, causado por este periodo.

SEXTO: DECLARAR que la prima especial de servicios reclamada no es factor salarial, en consecuencia, **NEGAR** la reliquidación de las prestaciones sociales, por este concepto.

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del demandante y por concepto de; **GASTOS PROCESALES** la suma de **CATORCE MIL SEINCIENTOS PESOS (\$14.600.00)**. **NEGAR** las **AGENCIAS EN DERECHO**.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones.

NOVENO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación conforme el artículo 243 del CPACA.

DECIMO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

DECIMO PRIMERO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **ARCHIVASE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en audiencia inicial de 24 de marzo de 2021.

Los Conjuces:



BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO
Ponente



RODRIGO GIRALDO QUINTERO
Revisor



JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCÍA
Revisor

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS Secretaría</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico <u>n°. 054 de 5 de abril de 2021.</u></p>  <p>HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: Augusto Morales Valencia

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación	17 001 23 00 000 2019 00093 00
Clase:	Reparación de Perjuicios Causados a un Grupo
Demandante:	María Claudia Villada Marín y Otros
Demandado:	Corpocaldas y otros

Mediante auto de 27 de enero del presente año se convocó a audiencia de práctica de pruebas dentro del proceso de la referencia, para el día martes seis (6) de abril a las 10:00 a.m y 4:00 p.m; no obstante, por razones de agenda, se hace necesario unificar la hora de recepción de los testimonios programados para esa data; en tal virtud, FÍJASE como hora para recibir las declaraciones el mismo día martes seis (6) de abril de 2021 a partir de las 2:30 p.m. a las siguientes personas, María Rubiela Loaiza Buitrago, María Ofelia Castaño Galeano, Gloria Patricia Ceballos y Luis Alberto Cuervo, solicitados por la parte demandante.

Por la Secretaría de esta Corporación, infórmese a las partes por el medio más expedito, sobre la modificación de la hora de la audiencia en mención.

Notifíquese

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado (E)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 043

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-39-005-2020-00155-02
Demandante: Orlando Alberto García Díaz
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Luis Gonzaga Moncada Cano, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

El señor Orlando Alberto García Díaz, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 18-1391 del 27 de agosto de 2018, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013¹, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos y sustentados contra la referida Resolución.

El 13 de agosto de 2020 el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

¹ Modificado por el decreto 1269 de 2015

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demande.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Luis Gonzaga Moncada Cano, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso Orlando Alberto García Díaz en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Por la Secretaría de esta Corporación, remitir el proceso a la Oficina Judicial de Manizales, para que se adjudique al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, conforme el Acuerdo PCSJA21-11764 de 2021.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 14 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 044

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-39-005-2020-00170-02
Demandante: Luis Horacio Peláez Ocampo
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Luis Gonzaga Moncada Cano, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

El señor Luis Horacio Peláez Ocampo, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 18-381 del 20 de marzo de 2018, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013¹, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos y sustentados contra la referida Resolución.

El 18 de agosto de 2020 el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

¹ Modificado por el decreto 1269 de 2015

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en los resultados del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demandante.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Luis Gonzaga Moncada Cano, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso Luis Horacio Peláez Ocampo en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Remitir a la Oficina Judicial de Manizales, para que adjudique el proceso al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, conforme el Acuerdo PCSJA21-11764 de 2021.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 14 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado