



Joaquín Andrés Cuéllar Salas
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo

Popayán, abril de 2.021.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA (Reparto)
E. S. D.

Ref: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: ANNY VANESSA VALENCIA MEZU
Ddo: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

JOAQUIN ANDRES CUELLAR SALAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 83'211.989 de Timaná Huila, Abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 148.669 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **ANNY VANESSA VALENCIA MEZU**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.059'981.152, por medio del presente escrito, me permito solicitar se decrete la medida cautelar de **SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS** de los actos administrativos demandados, en los siguientes términos:

I. PETICION DE MEDIDA CAUTELAR

PRIMERA: Decretar como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de los siguientes actos administrativos siguiendo el procedimiento respectivo (art. 233 CPACA): **a)** Fallo disciplinario de primera instancia proferido el 28 de septiembre de 2020 por el Procurador Regional del Cauca. **b)** Fallo de segunda instancia proferido el 14 de diciembre de 2020 por la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa por medio del cual se destituyó a la Doctora ANNY VANESSA VALENCIA MEZU como Gerente de la ESE NORTE 3 y se le impuso inhabilidad general de 10 años

II. VIOLACION DE NORMAS SUPERIORES QUE TORNAN EN PROCEDENTE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS DEMANDADOS

A) VIOLACIÓN ART. 93 C. POL. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, LEY 74 DE 1968 "PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS" Y LEY 16 DE 1972 "CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS" / PRINCIPIO PRO HOMINE / ART. 21 LEY 734 DE 2002

En el caso concreto, es evidente que los actos administrativos demandados violaron el principio *pro homine*, al haberse dado una interpretación exegética a la inhabilidad prevista en el artículo 71 de la ley 1438 de 2011, desechando la interpretación finalista e histórica, las cuales permitían sostener que no se configuraba ninguna inhabilidad, afectando el derecho fundamental al trabajo y al debido proceso de la investigada, la cual fue destituida (máxima sanción disciplinaria) e inhabilitada por el término de 10 años, violación manifiesta, que se procede a sustentar así:

El artículo 93 de la Constitución de 1991 dispone:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”. (subrayados es propio).

Por medio de la ley 74 de 1968 se ratificaron los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos", el cual dispone en su artículo 5:

“1.- Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidas en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2- No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”. (subrayados es propio).

En el mismo sentido, por medio de la ley 16 de 1972 se ratificó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual dispuso en su artículo 29:

“ARTÍCULO 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”. (subrayados es propio).

Los anteriores tratados internacionales ratificados por Colombia, consagran el principio del *pro homine*, principio de interpretación de los derechos fundamentales y humanos, que por ende hace parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 de la carta de 1991, al respecto dijo la Corte Constitucional en sentencia C 438 de 2013:

“El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”.

A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”.

Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2° de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que **estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad**, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”. (subrayados es propio).

En el caso concreto, el organismo de control estructuró el fallo disciplinario a partir de la inhabilidad especial para miembros de Juntas Directivas de ESE's, prevista en el art. 71 de la ley 1438 de 2011, el cual dispone:

“ARTÍCULO 71. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán ser representante legal, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil o participar a través de interpuesta persona, excepto alcaldes y gobernadores, siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa. Esta inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo.”.

La anterior norma consagra, en primer lugar, una incompatibilidad para los miembros de Junta Directiva (restricción de ejercicio concomitante), concretamente que mientras se funge como miembro de junta no se puede ser representante legal, directivo, socio o administrador de entidades del sector salud, y finalmente prevé una inhabilidad (impedimento para ejercer cargos en el futuro), pues consagra, que dentro del año posterior a la dejación del cargo (dejar de ser miembro de Junta Directiva de una ESE), no puede acceder a esos mismos cargos o calidades en relación con entidades del sector salud.

Al respecto, se debe indicar de entrada, que dicha norma no ofreció mayor claridad o concreción al prever la inhabilidad o incompatibilidad (no es diáfana como lo sostiene el fallo de primera instancia), pues generalizó el término “**entidad del sector salud**”, sin precisar en su texto, si se refería a las del sector público y/o privado, ni se indicó un ámbito territorial para la aplicación de la misma, es decir, si la proscripción legal de ejercer cargos o hacer parte de entidades del sector salud operaba en todo el país (es decir incluso en municipios o departamentos distintos a aquellos en los cuales presta servicios la ESE respectiva), vacíos que exigen acudir a los distintos métodos de interpretación de la ley, para descubrir o desentrañar el verdadero sentido de la norma.

Dicho lo anterior, se entra a analizar la norma inhabilitante invocada por la Procuraduría General para efectos de sancionar disciplinariamente a la Doctora ANNY VANESA VALENCIA MEZU, desde los distintos criterios de interpretación de las leyes, al respecto, el Consejo de Estado invocando el Código Civil en auto del 19 de mayo de 2014 proferido dentro del proceso con radicado : 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219) con ponencia del Honorable Magistrado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dijo:

"7.3.2.- En lo que corresponde a la legislación colombiana, los artículos 27 al 30 del Código Civil recogen, en suma, los métodos de interpretación establecidos por Savigny, a saber: los criterios textual, sistemático, histórico y teleológico. A continuación se hará una exposición de los mencionados criterios, empezando por el textual; seguidamente se expondrá la postura que defiende este Despacho sobre la interpretación de las normas jurídicas.

7.3.3.- El modelo de interpretación textual.

7.3.3.1.- La interpretación textual de una determinada disposición hace referencia a la formulación de normas jurídicas con fundamento, esencialmente, en dos tipos de ejercicios por parte del intérprete, i) el primero que refiere al entendimiento de la estructura sintáctica de la disposición, a fin de comprender los signos gramaticales, la naturaleza de los enunciados allí fijados (sujeto, verbo, predicado, etc), su función y las repercusiones para el entendimiento de la estructura de la oración; y ii) segundo, consistente en la comprensión semántica de los términos que componen la disposición jurídica, punto en el que se ha establecido que hay lugar a interpretar las palabras bien sea en el sentido natural y obvio que la comunidad de hablantes le haya atribuido o siguiendo los significados técnicos que tengan, si es del caso.

7.3.3.2.- De este modo, el ordenamiento jurídico remite a una valoración eminentemente extrajurídica, pues en vez de fijar el sentido o alcance dado al término, prefiere que se lleque a ello a partir de los usos sociales[42]; donde cabría distinguir, según cada caso, los significados literales, ordinarios y técnicos de las palabras[43]^[44].

7.3.3.4.- Sin embargo, diversas posturas jurídicas se han alzado en contra de este tipo de método de interpretación o de su preeminencia sobre los demás, planteándose la necesidad de recurrir a otros cánones interpretativos a fin de obtener el sentido y significado de la Ley (que es la obtención y concreción de normas jurídicas), sin que ello implique su completo abandono; pues para algunos la reflexión textual o gramatical de una disposición se constituye, apenas, en el paso inicial para el ejercicio interpretativo, esto es "no parece que sirva como único criterio a la hora de determinar un significado. Más bien se constituye en un presupuesto de toda interpretación..."[45]; de modo, entonces, que puede calificársele como útil más no suficiente para extraer el sentido y alcance de los términos empleados por la Ley.

7.3.3.5.- Súmese a lo anterior dos fuertes críticas a este método de interpretación que abogarían por darle un uso restringido y de la mano de otros elementos de juicio. La primera de estas es el hecho de que las interpretaciones orientadas a partir de este criterio pueden caer dentro de un ejercicio meramente exegético, pues el marco de valoración del partícipe de la práctica jurídica se circunscribe a meros análisis sintácticos y semánticos de la disposición legal, haciendo del Juez (y los intérpretes), en palabras de Montesquieu, "la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella."^[46]^[47]

7.3.3.9.- Las anteriores observaciones dejan claro que el uso de la interpretación textual de las palabras de la Ley no puede ser tenido como único, exclusivo o excluyente como criterio clarificador del sentido y alcance de un enunciado.

7.3.4.- Criterio sistemático. Según este criterio, la norma que se extraiga de una disposición jurídica debe encontrarse en armonía con otras normas, fines o principios del ordenamiento jurídico, de tal modo que no exista contradicciones, incompatibilidad o incongruencia entre diversas disposiciones que componen un conjunto normativo. Este criterio obedece a la idea según la cual el ordenamiento jurídico puede ser concebido bajo la idea de un sistema, de allí, entonces, que la coherencia y unidad se califiquen como sus características[52]. Esto implica, entonces, que por vía de este método puede el intérprete limitar, precisar o ampliar el radio de acción de una determinada disposición al contrastarla con otras normas consonantes con la materia que trata, pues toda disposición ha sido proferida en el marco de un amplio conjunto de disposiciones de igual jerarquía, con las que debe operar de manera consonante[53].

7.3.5.- Criterio Histórico. Este método se encuentra ligado a la interpretación textual, pero se particulariza de aquel en tanto que concibe como parámetro para obtener el entendimiento de una disposición la comprensión de la intención que tenía el legislador al momento de expedir la norma, así como las necesidades o circunstancias sociales – contextuales que motivaron su adopción (acorde con los antecedentes legislativos)[55]. En este orden de ideas, este criterio juzga como acertada, y por lo tanto merecedora de continuidad[56], aquella consideración que se ofreció respecto de la disposición en la época de su promulgación (en desmedro de una lectura actual o contemporánea).

7.3.6.- Criterio Teleológico. En este caso la interpretación se lleva a cabo de la mano de los fines perseguidos bien sea por el creador de la norma (subjetivo)[57] o por la finalidad operativa que se espera obtener con una norma de ese sentido (perspectiva pragmática o de efecto útil)[58]. Así mismo, si se le conecta con el método sistemático implica que los valores y fines del ordenamiento jurídico son los criterios inspiradores de este método de interpretación. Como consecuencia, el alcance y sentido de las normas jurídicas debe hacerse en consonancia con la finalidad objetiva que se persigue por parte del legislador y por los principios y fines que inspiran el ordenamiento jurídico.”

Definidos los distintos métodos de interpretación de las leyes, es pertinente descender, en el caso concreto, para aplicar las distintas interpretaciones que admite el citado artículo 71 de la ley 1438 de 2011, norma en la cual se soportó la Procuraduría General de la Nación para sancionar a la demandante, por la supuesta comisión de la falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 17 del artículo 48 de la ley 734 de 2002,

En primer lugar, se acude al modelo de interpretación textual, el cual al conlleva a tomar la norma en el sentido literal de sus palabras, entendiéndose por entidad del sector salud, tanto las de naturaleza privada como las de naturaleza pública o mixtas, del orden municipal, departamental o nacional. Este método de interpretación conllevaría a considerar, en materia territorial o de espacio, que un integrante de la Junta Directiva de una ESE del Amazonas, no podría acceder dentro del año siguiente a ser Gerente u ocupar un cargo directivo o ser socio de una ESE de la Guajira o del Atlántico, pues literalmente son entidades del sector salud.

En el mismo sentido, un ex integrante de una Junta Directiva de una ESE (ejemplo un ex Secretario de Salud o ex Gobernador) con excelente desempeño en el cargo, dentro del año siguiente no podría ser designado ministro de salud o superintendente nacional de salud o Director del Instituto Nacional de Salud, pues es claro que el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud son entidades públicas del sector salud, de hecho, son sus órganos rectores.

La interpretación literal o textual, que fue la que adoptó el operador disciplinario en el caso concreto (considerando que era la única aplicable), resulta abiertamente violatoria de derechos fundamentales del ex integrante de Junta Directiva,

concretamente se vería vulnerado su derecho al trabajo y al mínimo vital, pues se le cerrarían las puertas laborales en cargos directivos en cualquier entidad del sector salud, sea pública o privada, vulneración, que si se aplica literalmente, se extendería incluso a todo el territorio nacional, pues la norma no precisó alcance alguno. En relación con las posturas arbitrarias que se pueden generar por interpretar literalmente una norma dijo el Honorable Consejo de Estado – Sala Plena en Sentencia de Unificación del 15 de julio de 2014 Rad. 20130006 con ponencia de la Doctora STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO:

“No cabe duda de que apegarse exclusiva y excluyentemente a la letra de la norma prevista en el segundo inciso del artículo 126 CP – reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ – salva su tenor literal, pero sacrifica su carácter jurídico – constitucional, que exige un entendimiento racional, no fragmentario, sino armónico de la misma acorde a su finalidad, mirada a la luz del resto de preceptos constitucionales. En breve, la literalidad impone un entendimiento irracional del inciso segundo del artículo 126 C.P. ... para favorecer supuestamente el principio de libertad. No obstante, se sabe que no hay derecho y menos garantía de libertad, allí donde impera la sinrazón. Privilegiar una comprensión irracional de las normas jurídicas, conduce a la arbitrariedad y a la vez, genera terreno fértil para que prospere el trato desigual y se asienten prácticas indebidas como el conflicto de intereses y el clientelismo.”.

Al respecto, el operador disciplinario en su esfuerzo por imponer la sanción disciplinaria, llegó a sostener absurdamente en el fallo de primera instancia lo siguiente:

“Es por lo anterior, que en temas como el de las inhabilidades, se hace muy difícil, sino imposible, buscar una interpretación garantista para permitir a una persona acceder a un cargo con una inhabilidad a cuestas, so pretexto de salvaguardar su derecho fundamental al trabajo o en aplicación del pro homine, como lo reclama la parte disciplinada, toda vez que este régimen es imperativo y de orden público.”.

Como se puede leer, curiosamente para la Procuraduría General en temas de inhabilidades no es posible buscar una interpretación garantista de las normas porque el régimen de inhabilidades es imperativo y de orden público, **afirmación contraria a derecho**, pues so pretexto de aplicar textualmente una inhabilidad que no es clara, no se puede llegar al extremo de sacrificar derechos fundamentales, tarea que no se concreta en una búsqueda sino que debe ser el fin de toda autoridad de conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política (efectividad de los derechos y garantías de las personas), finalidad que no resulta ajena al derecho disciplinario.

En segundo lugar, se acude al criterio histórico, verificando los antecedentes de la norma legal en el Congreso de la República, para el efecto se traen a colación los siguientes apartes de la Gaceta del Congreso de la República No. 913 del año XIX fechada el 17 de noviembre de 2010 página 19, de la cual se extraen los siguientes apartes:

“Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, están conformadas de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, que se remite al artículo 19 de la Ley 10 de 1990. Lo anterior implica dificultad en la conformación de las mismas, especialmente en las entidades territoriales con poca población o bajo desarrollo. Igualmente, la conformación prevista con la normatividad actual genera conflicto para los prestadores, por cuanto entre sus integrantes figuran representantes del sector científico de la región donde operan, que son directores, socios, o administradores de entidades del sector salud en la misma región, generando situaciones de conflicto frente a la dirección de la entidad pública.

Por lo anterior, es necesario modificar el contenido de la ley, frente a la conformación de las juntas directivas, para lo cual se propone un artículo que

establece la nueva conformación de las mismas, con énfasis en la participación de los trabajadores. Adicionalmente, se incluye una causal de inhabilidad e incompatibilidad para los miembros de estas juntas, por cuanto la normatividad existente no consagra una causal explícita frente a posibles situaciones de conflictos de interés por ser representantes legales, miembros de los órganos directivos, directores, socios o administradores de otras entidades del sector salud". (Negrita y subrayado son propios).

De conformidad con los anteriores antecedentes legislativos del artículo 71 de la ley 1438 de 2011, es claro que lo que pretendía el legislador era establecer una inhabilidad e incompatibilidad para que los miembros de Juntas Directivas de ESE's no tuvieran cargos administrativos o participación en **OTRAS ENTIDADES DEL SECTOR SALUD**, es decir, no en la misma en la cual se fungía como miembro de junta directiva.

Así las cosas, aplicando el criterio histórico de interpretación de las normas, el legislador al incorporar la inhabilidad prevista en el art. 71 de la ley 1438 de 2011 quiso evitar que los miembros de la junta directiva de una ESE a la vez tuvieran cargos o participación en otras entidades del sector, configurándose situaciones de conflicto de interés, intención que de ninguna manera abarca la vinculación concomitante o posterior en una misma ESE, por lo tanto, desde una interpretación histórica de la norma legal, no se configura inhabilidad alguna en cabeza de la hoy demandante, pues fue nombrada gerente de la misma ESE para la cual prestaba servicios como Profesional Universitario, entidad que se resalta es pública (no privada), quedando descartada la comisión de la falta disciplinaria que se pretende endilgar.

Para la Procuraduría Delegada que desató la segunda instancia, dicha gaceta del congreso no refleja el querer del legislador **por ser el informe de ponencia**, dijo el operador disciplinario en el fallo de segunda instancia: "... es decir, que en dicha gaceta no está registrada la voluntad del legislador, como lo esgrime la defensa, pues solamente consigna el informe de ponencia para el primer debate, y no la postura del Congreso de la República frente a la norma contentiva de la inhabilidad, que se concretó en el artículo.".

Al respecto y para controvertir el argumento de la entidad demandada al desatar la segunda instancia, se debe tener en cuenta que los informes de ponencia y los debates en el congreso constituyen los antecedentes de la norma legal, por lo tanto, sí pueden ser tenidos en cuenta para efectos de realizar una interpretación histórica de la norma legal aplicada para efectos de considerar como inhabilitada a la demandante, contrario a lo sostenido por la Procuraduría al desechar el informe de ponencia como elemento para interpretar históricamente la ley, es pertinente citar y traer a colación la Sentencia del 1° de agosto de 2017 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00529-00(PI) Consejero ponente DANILO ROJAS BETANCOURTH, en la cual se dijo:

"34. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 de la Carta Política, corresponde al Congreso "hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración". Adicionalmente, el artículo 374 superior le otorga la facultad de reformar la Constitución. Por ello, tiene todo el sentido que el ordenamiento jurídico colombiano sancione con pérdida de investidura la inasistencia de los congresistas a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten mociones de censura, proyectos de ley o de reforma constitucional, pues ello conspira contra el funcionamiento mismo del órgano legislativo y entorpece el desarrollo de su labor.

35. Los proyectos de ley y de acto legislativo, si bien conforman una unidad, tienen diversos componentes, a saber: el informe de ponencia, el articulado, las proposiciones, el título, el informe de conciliación y el informe de objeciones presidenciales. Cada uno de estos componentes se debate y se vota por

separado, conforme avanza su trámite en el Congreso, y de su aprobación o improbación depende que un determinado texto pueda llegar a convertirse en una ley de la República o en un acto reformativo de la Constitución.

35.1. El informe de ponencia es un elemento sustancial en la formación de la voluntad democrática de las Cámaras por cuanto contribuye a que los miembros del pleno de cada célula legislativa conozcan el tema global del proyecto de ley. Además, su aprobación permite que el trámite legislativo prosiga con su siguiente etapa, esto es, la discusión del articulado previa a su votación, mientras que su falta de aprobación ocasiona, indefectiblemente, que no pueda continuarse con dicho trámite.”

De conformidad con lo expuesto anteriormente, el informe de ponencia que consta en la gaceta que fue aportada como prueba documental con los descargos dentro del proceso disciplinario, si es un antecedente válido para interpretar el querer del legislador y darle al art. 71 de la ley 1438 de 2011 su verdadero sentido o espíritu que, de ninguna manera, permite sostener que ANNY VANESSA VALENCIA estaba inhabilitada para ser gerente de la ESE NORTE 3 por haber sido representante de los empleados del nivel asistencial en la Junta Directiva de la misma ESE.

Finalmente desde el criterio teleológico, la finalidad claramente identificada de quien creó la norma era evitar que una persona al hacer parte de la junta directiva de una ESE y a la par ocupar cargos directivos en otra entidad del sector salud, pudiera utilizar información privilegiada o adoptar decisiones que favorecieran la entidad externa o privada, generándose un claro conflicto de intereses, dice al respecto la Gaceta No. 913 del año XIX fechada el 17 de noviembre de 2010 página 19:

“Adicionalmente, se incluye una causal de inhabilidad e incompatibilidad para los miembros de estas juntas, por cuanto la normatividad existente no consagra una causal explícita frente a posibles situaciones de conflictos de interés por ser representantes legales, miembros de los órganos directivos, directores, socios o administradores de otras entidades del sector salud”

Al respecto, no se puede entender que existe conflicto de interés dentro del mismo sector público ni mucho menos en el seno de una misma entidad (la misma ESE NORTE 3), **el conflicto de interés se predica de los intereses privados o particulares frente a los intereses públicos,** al respecto dispone el art. 40 del mismo Código Unico Disciplinario:

“ARTÍCULO 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto **cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión,** o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.”

De conformidad con la anterior norma, no podría existir un interés contrapuesto de la Doctora ANNY VANESA VALENCIA MEZU como Profesional Universitaria de la ESE NORTE 3, nombrada por medio de Resolución 159 del 29 de noviembre de 2019 y su calidad de representante del sector asistencial en la Junta Directiva de la misma ESE hasta el 30 de marzo de 2020 y los intereses que como Gerente de la misma entidad estatal, pudo tener desde el 1 de abril de 2020 como Gerente, **pues en cualquiera de los dos roles es servidora pública de la misma entidad descentralizada, por ende no hay intereses de contenido particular que**

pugen con los intereses públicos, que es lo que finalmente quiso evitar la norma que consagró la inhabilidad.

Así las cosas, desde una interpretación teleológica de la inhabilidad consagrada en el art. 71 de la Ley 1438 de 2011, es claro que mi poderdante tampoco estaría inhabilitada, método de interpretación que se impone en el presente asunto, pues es claro que el legislador quiso evitar conflictos de interés entre aquellos propios de la ESE con los que pueda tener un integrante de Junta que ostente cargos directivos o participación en el capital de una entidad de salud del sector privado, supuesto que de ninguna manera se presenta en el asunto de autos.

Realizada las anteriores interpretaciones del art. 71 de la ley 1438 de 2011 desde los distintos criterios o métodos de interpretación legales vigentes, debe preferirse o acogerse la interpretación histórica y la teleológica, por ser las apropiadas y constitucionalmente admisibles, teniendo para efectos de escogencia interpretativa, como derrotero, la aplicación del principio *pro homine*, interpretaciones que excluían la inhabilidad en la cual se encuadró la conducta de la investigada ANNY VANESSA VALENCIA, la cual finalmente fue sancionada con destitución por una interpretación inconstitucional realizada por el operador disciplinario.

El principio *pro homine* tantas veces invocado en esta demanda, hace parte e integra nuestra constitución, de conformidad con el artículo 1 de la misma, al fundarse el Estado colombiano sobre el principio de la dignidad humana y por incorporación directa del bloque de constitucionalidad previsto en el art. 93 de la carta política¹, teniendo en cuenta que los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos" y la Convención Americana de Derechos Humanos, fueron ratificados por el Estado Colombiano por medio de las leyes ley 74 de 1968 y 16 de 1972, por lo tanto, debió ser considerado al decidir la actuación disciplinaria, sin embargo, fue absolutamente desconocido y vulnerado, pues solo se persiguió sancionar, violando incluso garantías del debido proceso, tal como se expondrá más adelante.

Para concluir este planteamiento, se debe resaltar que el principio *pro homine* consagrado en instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano, integra el Bloque de Constitucionalidad, además se debe tener en cuenta al aplicar el régimen disciplinario de manera prevalente como lo establece el art. 21 de la ley 734 de 2002, planteamiento que fue invocado expresamente por la defensa dentro del proceso disciplinario y fue obviado por la Procuraduría al resolver la actuación, llegando a sostener incluso que la norma legal que consagra la inhabilidad no admite distintas interpretaciones, pese a que tal como fue expuesto en esta demanda, admitía interpretaciones que excluían la inhabilidad de mi poderdante, al respecto dispone el art 21 del Código Unico Disciplinario vigente a la fecha:

"ARTÍCULO 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario."

¹ "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

Realizada la anterior exposición jurídica, es claro que la Doctora ANNY VANESSA VALENCIA MEZU no estaba incurso en la inhabilidad prevista en el art. 71 de la ley 1438 de 2011 y podía aceptar el nombramiento y tomar posesión del cargo de Gerente de la ESE NORTE 3 sin incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del art. 48 del CDU, es decir que la conducta de la misma es atípica y pese a ello la Procuraduría General de la Nación la destituyó e inhabilitó por diez años para ejercer cargos públicos y contratar con el Estado.

B. VIOLACIÓN AL ART. 29 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 / VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 13 Y EL PARÁGRAFO DEL ART. 44 DE LA LEY 734 DE 2002

El artículo 13 de la ley 734 de 2002 dispone: “CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.”

De otro lado, el parágrafo del artículo 44 del mismo Código Unico Disciplinario dispone: “PARÁGRAFO. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.”

En relación con la culpabilidad, los actos administrativos demandados consideraron que la modalidad de conducta por la cual se sanciona a la Doctora ANNY VANESSA VALENCIA MESU es la **culpa gravísima**, la cual no se configuraba en el presente asunto, pues tal como se planteó en los descargos y se probó con la versión libre de la investigada (quien es enfermera no abogada) y el testimonio del abogado GABINO HERNANDEZ, la sancionada consultó al abogado antes citado previamente a su posesión sobre la existencia o no de alguna inhabilidad, habiéndose conceptualizado que no existía inhabilidad.

Pese a lo probado en el proceso, es decir, la consulta previa realizada por la sancionada a un abogado administrativista, la Procuradora Delegada al resolver la apelación sostuvo que “... no se realizó por parte de la señora ANY VALENCIA VANESSA MEZU todos los esfuerzos posibles y suficientes para cerciorarse de la antijuridicidad de la conducta, más aún, cuando existen entes de carácter público especializados en la materia que bien pudieron ser consultados en aras de dilucidar el problema jurídico que planteaba el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011, tal es el caso del Departamento Administrativo de la Función Pública o en su defecto, acudir a un concepto jurídico de la Gobernación del Cauca”, dicho en otros términos, se está imponiendo a la investigada, quien es de profesión Enfermera Jefe una tarifa legal probatoria para demostrar la consulta previa que realizó, pues se le exigió que consulte forzosamente al Departamento Administrativo de la Función Pública o a la Gobernación del Cauca, entidades cuyos conceptos no son vinculantes de conformidad con el art. 28 del CPACA, y se le desconoció la posibilidad de asesoría particular que obtuvo con un abogado administrativista, como efectivamente lo hizo la Doctora VALENCIA MEZU al consultar al Doctor GABINO HERNANDEZ, todo lo cual fue probado en la audiencia de pruebas, con la versión libre rendida por la investigada y el testimonio del referido profesional del derecho quien, al deponer, precisó que se basó en una sentencia de 2016 proferida por un juez administrativo de Yopal, Casanare, despacho que había acogido el criterio histórico de interpretación para excluir la inhabilidad prevista en el art. 71 de la Ley 1438 de 2011.

Expuesto lo anterior, se puede concluir que, de ninguna manera, la conducta de la investigada podía ser encuadrada en la culpa gravísima descrita en el parágrafo del art. 44 de la ley 734 de 2002, pues la misma fue prudente al consultar con un abogado especialista en derecho administrativo, por ende no se puede considerar

que es una desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, pues como se expuso, no hay claridad de la inhabilidad imputada (art. 71 ley 1438 de 2011), mucho menos se puede predicar que hubo una violación manifiesta, de hecho, lo que si estaba probado dentro del proceso disciplinario, es que la sancionada consultó previamente a un abogado administrativista, el cual, de hecho se apoyó en un fallo judicial de Yopal Casanare, proceder que excluye de plano el tratamiento en materia de culpabilidad dado por la Procuraduría General de la Nación al proferir los actos demandados.

En virtud de lo anterior, se responsabilizó disciplinariamente a una persona de manera objetiva, lo cual está proscrito en materia disciplinaria por el artículo 13 de la ley 734 de 2002, afirmación que realizó, partiendo del supuesto que en el actuar de ANNY VANESSA VALENCIA ni siquiera se evidencia una culpa leve, mucho menos una culpa gravísima como caprichosamente tuvo como acreditado el organismo de control demandado para mantener una sanción de destitución.

Se resalta que, al desvirtuarse la culpa gravísima de la investigada, de ninguna manera procedía la sanción de destitución, pues dicha sanción solo procede para las faltas gravísimas cometidas a título de dolo o culpa gravísima, al respecto dispone el artículo 44 de la ley 734 de 2002 al establecer los tipos de sanción disciplinaria: "*1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*".

Corolario de lo anterior, resultó evidente la violación al debido proceso en materia sancionatoria en el asunto de autos, pues por un lado se trasgredió el principio de la **legalidad de la falta** al haberse encuadrado en el numeral 17 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 un supuesto de hecho que no encuadraba en la inhabilidad prevista en el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011 y, en segundo lugar, se quebrantó el principio de **legalidad de la sanción**, al haberse impuesto la máxima sanción disciplinaria (destitución), pese a que, de lo probado en el proceso no se infería que la conducta hubiera sido dolosa (de hecho no se trató así en el pliego de cargos), ni cometida a título de culpa gravísima, pues no encaja en ningún de los supuestos plasmados en el parágrafo del artículo 44 de la ley 734 de 2002 al definir lo que se entiende en materia disciplinaria por culpa gravísima .

Todas las anteriores irregularidades extraídas de los actos administrativos demandados, concretamente: i) calificar erróneamente la modalidad de conducta de la investigada sin considerar las pruebas legalmente practicadas (como la versión libre y el testimonio del abogado GABINO HERNANDEZ) y ii) determinar la sanción a imponer: *destitución*, pese a que no había culpa gravísima en el actuar de la investigada, constituyen una clara violación al debido proceso, el cual es principio rector de la actuación disciplinaria sancionatoria de conformidad con el art. 29 constitucional, el art. 3 del CPACA y el art. 6 del Código Unico Disciplinario.

III. PRUEBA SUMARIA DE LOS PERJUICIOS DEL DEMANDANTE

Como en el presente asunto se pretende el restablecimiento del derecho, el perjuicio sumario para la actora lo constituye la imposibilidad de ejercer el cargo de periodo en el cual había sido nombrada y consecuentemente dejar de percibir los salarios y prestaciones desde el 8 de enero de 2021 hasta la finalización de su periodo legal (31 de marzo de 2024).

Igualmente para acreditar lo anterior se aportó copia de los actos administrativos expedidos por el Gobernador del Cauca por medio del cual se hizo efectiva la sanción disciplinaria y se nombró una nueva gerente.

IV. PRUEBAS A VALORAR PARA DECRETAR LA MEDIDA

Sírvase tener como pruebas para resolver esta medida cautelar todas las aportadas con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

V. TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR INCLUSO ANTES DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA

En relación con la posibilidad de decretar una medida cautelar antes de admitir la demanda y/o agotar el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 1 del art. 161 del CPACA (conciliación pre procesal), dijo la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 5 de marzo de 2014 Rad. 25000-23-42-000-2013-06871-01:

“Inclusive y ante el hipotético argumento sobre la ineficacia de la medida, dada la exigencia de que se agote el requisito de procedibilidad referido a la conciliación previa a la admisión de la demanda, es evidente que el juez de lo contencioso administrativo pueda admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar previamente al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que regula las medidas cautelares de urgencia: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar”.

Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique incompatibilidad procesal.

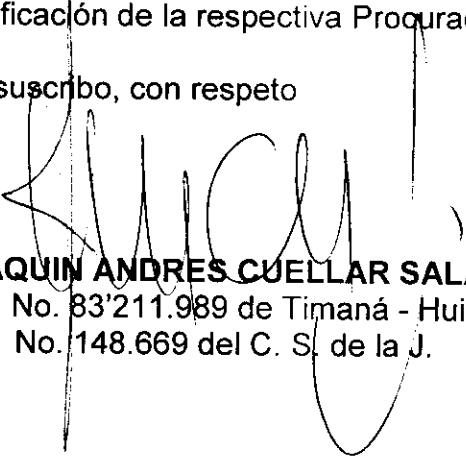
Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos.”.

Lo anterior no significa que la medida cautelar desplace el adelantamiento de la conciliación extrajudicial, pues la Ley 1285 de 2009, lo exige “cuando los asuntos sean conciliables”, sino que desde un inicio es factible proteger los derechos de los ciudadanos bajo el uso de medidas cautelares, aun cuando haya que agotar el requisito de procedibilidad, toda vez que entre la medida cautelar y la conciliación prejudicial, ciertamente no hay incompatibilidad procesal, lo que asegura una protección eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos a instancias del juez de lo contencioso administrativo.”.

Así las cosas, pese a que se ha radicado solicitud de conciliación y aun no se ha surtido la respectiva diligencia, es posible acudir a la jurisdicción para solicitar se decrete la medida cautelar solicitada, y que se admita la demanda teniendo en cuenta que es un asunto de naturaleza laboral – retiro del servicio.- en los cuales no es obligatoria la conciliación (reforma introducida por la ley 2080 de 2021); o

como segunda opción que se inicie el trámite para decretar la medida cautelar y se difiera la resolución de la admisión de la demanda hasta que se allegue la certificación de la respectiva Procuradora Judicial II.

Me suscribo, con respeto



JOAQUIN ANDRES CUELLAR SALAS
C.C. No. 83'211.989 de Timaná - Huila
T.P. No. 148.669 del C. S. de la J.



ESE NORTE 3
¡SERVIMOS CON AMOR!

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL CAUCA

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3 - ESE
PUERTO TEJADA - VILLARICA - PADILLA

EL SUSCRITO PROFESIONAL UNIVERSITARIO ADMINISTRATIVO DE LA
EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3-ESE

CERTIFICA

Que la señora **ANNY VANESSA VALENCIA MEZU**, identificada con la de cédula de ciudadanía número 1.059.981.152, laboro en nuestra Empresa desde el día 01 de abril de 2020.

Que su último cargo desempeñado fue **GERENTE**, código 085, Grado 02 con una asignación mensual de SEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTE Y DOS MIL DOCIENTO DIEZ PESO (\$6.622. 210.00), y que su tipo de vinculación con nuestra empresa fue mediante un contrato a término definido.

Que su retiro se efectuó el 08 de enero de 2021.

Para constancia de lo anterior se firma en la ciudad de Puerto Tejada (Cauca), el 19 de abril de 2021.


ADRIANA ISABEL BALTRICHE
Profesional Universitario Administrativo

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO
NORTE 3 - E.S.E.
Puerto Tejada - Villa Rica - Padilla
ADMINISTRADOR

Proyecto Paola Lasso