



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
- SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "D"**

MAGISTRADO PONENTE: Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA

Expediente: 25000-23-42000-2015-02738-00
Demandante: ULFREDO ESCOBAR BARRIOS
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR -ICBF
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema: Disciplinario – Defensor de Familia

I. ASUNTO

Decide la Sala la demanda promovida por **ULFREDO ESCOBAR BARRIOS**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF.

II. LA DEMANDA

1.- PRETENSIONES. Solicitó (fls.58-85) que se declare la **nulidad del Fallo de Primera Instancia proferido el 19 de agosto de 2014**, a través del cual la Oficina de Control Interno Disciplinario de la accionada lo declaró disciplinariamente responsable por las conductas investigadas al interior del proceso 2010-469 y le fue impuesta la sanción de **suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses** (fls. 2-29) acto confirmado a través de la Resolución No. 4992 del 5 de septiembre de 2014 (fls. 41-52) y ejecutada mediante Resolución 6272 del 27 de octubre de aquel año (fl. 53 vto).

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ORDENE al ICBF que reconozca **los salarios, prestaciones sociales y aportes al SGSS, dejados de pagar** por el periodo de la suspensión; pagar los **perjuicios patrimoniales** por valor de \$5'000.000,00 y **extra patrimoniales** por el mismo valor, "*o la suma que el Despacho determine*"; actualización de sumas dinerarias e intereses de conformidad con el artículo 187 del CPACA; cumplimiento de la sentencia de acuerdo con los artículos 189 y 192 ibídem; e, intereses moratorios al tenor de lo dispuesto en el último de los artículos citados.

2. HECHOS. Relató que ha prestado sus servicios a la accionada, como DEFENSOR DE FAMILIA, desde el 20 de octubre de 2000; que durante los años 2009 y 2010, realizó sus funciones en el Centro Zonal de Usme de esta ciudad; que se posesionó en el cargo de "*DEFENSOR DE FAMILIA código 2125 grado 17*" del Centro Zonal Puente Aranda de la Regional Bogotá, el 29 de agosto de 2013; y, que su asignación mensual es de \$3'563.568.

Añadió, que mediante comunicación de 25 de junio de 2009, el Hospital Santa Clara le informó a María Consuelo González (Defensora de Familia del Centro Zonal de Usme) con relación al menor FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA, el paciente "*en alto grado de abandono por parte de los padres y demás miembros de la familia*", y el mismo día remitieron copia de la epicrisis del menor y del informe suscrito por la trabajadora social de dicho Hospital en el que se señala que el menor presenta "*alto grado de abandono*" (fl. 20, anexo 2); que la trabajadora social Andrea Arteaga Lozano, del ICBF, mediante informe – historia de atención No. 11B 01212-2009, del 31 de julio de 2009, ratificó el mismo diagnóstico sobre la situación familiar del menor; y, que mediante comunicación de 31 de julio de 2009, denominada "*carta de salud provisional para población especial*", dirigida a los hospitales de la "RED ADSCRITA EPS" el demandante hizo saber que el menor se encontraba con medida de restablecimiento de derechos.

Indicó, que a través de misiva de 12 de agosto de 2009, dirigida a la misma red de IPS, el accionante ratificó la anterior información y dio a conocer que estaba en trámite el "*certificado de población especial por su condición de abandono*" (dicha información fue reiterada en comunicaciones del 23 de septiembre el mismo año y del 6 de noviembre del mismo año, a los mismos destinatarios); que el 7 de

septiembre ordenó "apertura de la investigación del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA"; que el 2 de octubre de 2009 dirigió memorando a la Coordinadora del Grupo de Asistencia Técnica del ICBF solicitando pañales para el menor (fl. 163, anexo 2); que se comunicó el estado del menor a través de acta de 28 de octubre de 2009 (fls. 167-173, anexo 2); que mediante escrito de 22 de septiembre del mismo año le hizo saber a la defensoría del pueblo de las gestiones adelantadas (fl. 162, anexo 2); que el 10 de noviembre de 2009, elaboró boleta de citación a la progenitora del menor; que el 17 de noviembre siguiente notificó personalmente la apertura de la actuación de restablecimiento de derechos a los padres del menor; que ese mismo día recibió la declaración de los notificados y envió solicitud al Gerente del Hospital Santa Clara, para que permitiera las visitas de los padres del menor; que emitió la Resolución No. 015 del 15 de enero de 2010, en la que declaró vulnerados los derechos del niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA; que para esa fecha, el menor continuaba recluido en el Hospital Santa Clara debido a los padecimientos diagnosticados como "Síndrome de Wernick Hoffman"; que a través de escrito de 7 de enero de 2010 le manifestó al Gerente de aquella IPS "su inconformidad con el tratamiento que se le está dando a los familiares del niño indicando además que estas personas han sido objeto de maltrato por parte del personal de enfermería".

Narró, que a través de auto de 28 de mayo de 2010, la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF, ordenó abrir indagación preliminar en su contra; que el 6 de febrero de 2012 emitió decisión en la que ordenó la investigación disciplinaria; que mediante proveído de 11 de abril de 2014, profirió pliego de cargos; que en dicha decisión se le imputaba el haber dado inicio a la actuación por "restablecimiento de derechos" el 17 de septiembre de 2009, habiendo sido avisado por el Hospital, de la situación anómala el 26 de junio de 2009; así mismo, se le endilgaba la violación del debido proceso, al haber emitido la resolución 015 de 2 de enero de 2010, sin haber constituido audiencia pública previamente comunicada y que, luego, omitió realizar la notificación a las partes interesadas; igualmente, se le imputó actuar sin competencia ya que profirió dicho acto luego de transcurridos cuatro meses de que tuvo conocimiento de los hechos.

Iteró, que el 19 de agosto de 2014, la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF, dictó fallo de primera instancia en el que fue declarado disciplinariamente

responsable, se calificó la conducta como falta grave a título de culpa y se le impuso sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por 4 meses; que interpuesto recurso de apelación, se confirmó la decisión a través de la Resolución 4992 del 5 de septiembre de 2014 [emanada de la Directora de la entidad]; que agotó el requisito de procedibilidad; y, reitera, que no cometió irregularidad alguna en el proceso de restablecimiento de derechos del menor FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 6, 13, 25, 27, 29 y 83 de la Constitución Política.

De orden legal: Artículos 4, 5, 6, 7, 9, 13, 18, 19, 42, 43 y 47 de la Ley 734 de 2002 –CDU; 88 de la Ley 1437 de 2011; 79 a 82 de la Ley 1098 de 2006¹

Desarrolló el concepto de violación en los siguientes términos:

Luego de referirse a los cargos disciplinarios imputados y de los cuales se le halló responsable a través de los actos acusados, **negó que se hubiese omitido la función de ordenar oportunamente, la apertura del procedimiento administrativo de reconocimiento de derechos a favor del niño Fabio Andrés Orjuela Daza**, ya que la situación del menor fue puesta en conocimiento por el Hospital Santa Clara a la funcionaria del ICBF María Consuelo González y que, posterior a haberse enterado de la apertura de la historia de atención 11B 01212-2009, del 31 de julio de aquel año, por parte de la trabajadora social Andrea Arteaga Lozano, dispuso la apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos mediante decisión de 7 de septiembre de la misma calenda.

Anotó, que a través de la Resolución No. 015 de 5 de enero de 2010, en su condición de defensor de familia, declaró vulnerados los derechos del menor y tomó las medidas de restablecimiento del derecho a su favor. Insistió que veló en todo momento por los derechos del niño, quien para la fecha de los hechos, estaba siendo atendido en el Hospital Santa Clara.

¹ Por medio de la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia

Manifestó además, que no vulneró el debido proceso de los intervinientes en la actuación de restablecimiento de derechos y, por tal razón, no le asistía razón a la accionada al calificar su conducta como falta grave a título de culpa. Resaltó a propósito, que el auto de apertura de la investigación al interior del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, ordenó "notificar, citar y escuchar a los padres del menor".

Destacó que en diligencia de 28 de octubre de 2009, se "comunicó personalmente a Mercedes Rincón González y Jeniffer Daza Rincón [abuela materna y madre de Fabio Andrés Orjuela Daza] el estado del menor" sin que posteriormente hubiesen solicitado ni aportado prueba alguna. Que, así mismo, libró boletas de citación de fechas 28 de octubre de 2009 (fl. 48, anexo 1), y 10 de noviembre de aquel año (fl. 59, anexo 1), y que el 17 de noviembre del mismo año, se notificó personalmente y recibió declaración de los padres del menor, Jeniffer Daza Rincón y Nelson Orjuela Romero (fl. 61, anexo 1). Insiste en que ni los padres, ni la abuela materna aportaron o solicitaron pruebas.

Aseguró, que tanto los padres, como la abuela materna del menor, concurrieron al proceso de restablecimiento de derechos y fueron escuchados "pero su falta de interés o abandono al menor FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA fue absoluta ya que nunca mostraron ninguna clase de atención o interés por la salud del menor, no (sic) por el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos" y concluyó que no se omitió la efectiva protección de los derechos del menor.

Por su parte, alegó que no actuó sin competencia ya que actuó en el marco de las atribuciones dispuestas en la Ley 1098 de 2006, en especial las previstas en los artículos 82, 96 y 99 ibídem. Resaltó que el auto de apertura de la investigación, proferido al interior del proceso de restablecimiento de derechos, fue emitido el 07 de septiembre de 2009, mientras que la Resolución 015, por la cual se declaran vulnerados los derechos del menor, fue fechada el 05 de enero de 2010. Indica que este último acto no ha sido objeto de demanda judicial alguna en la que se depreque su nulidad ni de solicitud de revocatoria directa. Anotó, que en consecuencia, el acto administrativo mencionado goza de presunción de legalidad, así como las actuaciones administrativas que dieron lugar al mismo, en la medida que dicha presunción no ha sido desvirtuada.

Aseveró, que **la demandada se extralimitó en sus funciones** al afirmar que se actuó sin competencia, ya que, a la fecha del fallo disciplinario, ninguna autoridad había decretado la falta de competencia del accionante para emitir los actos dentro del proceso de restablecimiento de derechos del menor Fabio Andrés Orjuela Daza.

Afirmó además, que **no se configuran condiciones para calificar la conducta como grave a título de culpa**, ya que no se demostró la negligencia grave, ni que el demandante haya desatendido los derechos del menor. A propósito, indicó que desde el momento que tuvo noticia de la situación anómala que afectaba a Fabio Andrés Orjuela Daza, dio inicio a los procedimientos que estimó pertinentes para salvaguardar los derechos del menor; que se probó en el proceso que estuvo pendiente de su cuidado y atención dentro del centro hospitalario; y, que los derechos del niño nunca estuvieron en riesgo, ni se afectaron.

Arguyó que la Resolución 4992 de 5 de septiembre de 2014, mediante la cual se confirmó el fallo disciplinario de primera instancia, ***“es violatoria de la Ley y la Constitución, es contraria a las pruebas, en cuanto pese a no haberse demostrado la comisión de ninguna falta disciplinaria de manera clara y concreta haya justamente declarado disciplinariamente responsable”***. Señaló que las pruebas presentes en el expediente administrativo eran insuficientes para declararlo disciplinariamente responsable; no se logró desvirtuar la presunción de inocencia ni superar la duda razonable. Concluye que **la sanción, en esos términos, resulta desproporcionada “por carecer de respaldo probatorio y soporte jurídico”**

Así mismo, aseguró que **los actos acusados carecen de motivación**. Luego de referirse al artículo 19 del CDU, insistió que no se desvirtuó la competencia que tenía y que la imputación de cargos era desproporcionada y no se ajustaba a la constitución y a la Ley. Resaltó:

“En conclusión, no está acreditado en el caso bajo análisis la existencia de falta GRAVE a título de CULPA en las decisiones administrativas que adelanto (sic) el demandante con respecto al PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR DEL NIÑO FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA.

Tanto el fallo de primera instancia proferido dentro de la investigación disciplinaria No. ID-0469-2010 de fecha 19 de agosto de 2014, como en el de segunda instancia que la confirmó (sic), esto es la Resolución No. 4992 de fecha 5 de septiembre de 2014, **no tuvieron en cuenta los criterios que la ley ha señalado para determinar la gravedad o levedad de la falta**, entre los que encontramos; las modalidades y circunstancias en que la misma se cometió, aspecto este que no se encuentra debidamente argumentado y sustentado en el acto sancionatorio. Sin lugar a dudas, estas circunstancias vulneran claramente el derecho fundamental al debido proceso administrativo del demandante **ULFREDO ESCOBAR BARRIOS** por desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción."

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF (fls. 137-146), se opuso a las pretensiones invocadas por la parte actora, para lo cual señaló que carecían de fundamento fáctico y jurídico. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la vinculación del actor con la entidad como defensor de familia, a las comunicaciones recibidas del Hospital Santa Clara y al inicio y resultados del proceso disciplinario. Manifestó no constarle lo referente a las gestiones adelantadas a favor del menor dentro del proceso de restablecimiento de derechos y alegó que *"la omisión del defensor que hoy demanda a la entidad puso en riesgo la vida del menor, situación bastante delicada y perjudicial que por fortuna no originó un desenlace diferente desafiando la salud del menor y por ende afectando a su familia"* (fl. 140)

Manifestó, que no existe causal alguna que haga procedente la nulidad deprecada; que la investigación disciplinaria contra el demandante *"fue tramitada con estricta sujeción al orden jurídico vigente"*; que los funcionarios que realizaron las diligencias en el disciplinario eran los competentes; que se respetó el debido proceso y el derecho de defensa; y que el actor **"pasó por alto" la orden perentoria prevista en el Decreto 2737 de 1989 [artículo 99 de la Ley 1098 de 2006]**, consistente en dar apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, inmediatamente se conozca de situaciones de vulneración o amenaza de alguno de los derechos previstos a favor de los menores.

Seguidamente hizo mención a los cargos imputados en la investigación disciplinaria y arguyó que **"ninguno de los tres cargos fue desvirtuado durante**

el proceso y en todos ellos al falta fue calificada como GRAVE y realizada a título de CULPA”

Estimó además, que no se violó el principio de presunción de inocencia, en la medida que se demostró que *“abandonó injustificadamente sus obligaciones causando un grave perjuicio al menor”*; además de que *“no fue la ignorancia la que hizo que ESCOBAR BARRIOS faltara a su deber; fue la incuria con que se comportó frente al caso del menor, la que podría haber contribuido, en una medida no despreciable, a la producción del deceso”*.

Expuso que no hubo errores en la valoración probatoria y que al respecto el actor *“trata de desacreditar el material probatorio descrito sin aterrizar su infracción y sin controvertir más que con argumentos de fe la inmediación practicada en la instancia correspondiente y en la que se profirió el respectivo fallo; de otro, ignora las demás pruebas que confirmar (sic) la naturaleza del actuar que incidió en el mundo fenomenológico (...)*

Afirmó que **no se presentó violación al debido proceso**, ya que las etapas del proceso disciplinario fueron debidamente adelantadas y el investigado tuvo ocasión de comparecer, intervenir y contradecir las pruebas aducidas en su contra, con las mismas que se superó la presunción de inocencia. Añadió, que no se vulneró el principio de buena fe, que la actuación se adelantó de forma integral y se tuvo en cuenta todo lo favorable y desfavorable al disciplinado.

En cuanto a la racionalidad [proporcionalidad] de la sanción, manifiesta que *“el disciplinate (sic) de la **entidad que represento fue en extremo benigno** pues el análisis de la conducta sugiere que fue cometida con dolo y no con culpa”*

Finalmente se pronunció frente a la presunción de legalidad de los actos administrativos y arguyó: *“la presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo. En este caso, con estricto apego a la estructura funcional del ICBF, se dictó el fallo acusado, por autoridad competente sin desviación de poder con una motivación objetivamente cierta y veraz y garantizando el debido proceso en todas sus formas”*.

I. TRÁMITE PROCESAL

El 12 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial (fls. 168-172), se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y otras de oficio y, al efecto, se concedió el término de 10 días para que fueran aportadas. A través de auto de 8 de agosto de 2018 (fl. 187) se incorporaron las pruebas allegadas; se concedió a las partes el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión; y, se expresó que dentro del mismo término el Ministerio Público podría rendir el concepto respectivo.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La entidad demandada (fls. 189-196) señaló que ratificaba las razones plasmadas en la contestación de la demanda; que en el proceso disciplinario “se estableció eficientemente que el hoy demandante se sustrajo del cumplimiento de sus obligaciones sin justificación alguna y como respuesta a tal comportamiento afectó el deber funcional del ICBF”; que, estuvo demostrado que “se encauso (sic) un incumplimiento de funciones legales establecidas para el cargo de defensor de familia”; que no protegió los derechos del menor Orjuela Daza; y, que el funcionario fue negligente y “generó un perjuicio al menor”. Alegó además que: “Olvidó el funcionario demandante tener en cuenta la oportunidad legal correspondiente para tomar las decisiones administrativa que se originan en la vulneración del menor, cuando resolvió por fuera de los 4 meses ordenados por ley para resolver situaciones administrativas en el PARD, lo cual constituye un actuar sin competencia” (fl. 193).

Reitera, que se superó el término de los 4 meses previsto en la Ley [1098 de 2006, parágrafo 2 del artículo 100]; que el defensor de familia no cumplió con los deberes contenidos en la constitución y la ley; tomó decisiones “inconsultas y sin contradicción”; y, que con esas consideraciones “se demuestra que el funcionario Alfredo Escobar Barrios, realizó varias conductas calificadas como faltas disciplinarias a título de culpa y por lo tanto fue necesario imponer una sanción de 4 meses”.

Indica, que para tasar la sanción se tuvo en cuenta que en el 2013 fue objeto de otra sanción disciplinaria, consistente en amonestación escrita; que era consciente

de su ilicitud *"pus (sic) ejerce el cargo desde el año 2000 y no actuó de acuerdo a la oportunidad que se le impone a este tipo de funcionarios"*

La **parte actora** presentó alegatos de conclusión (fls. 197-208) en los que reiteró en esencia los argumentos de la demanda.

El Ministerio Público (fls. 210-228) emitió concepto indicando que el proceso adelantado por la accionada se ajustó a las previsiones del CDU, por cuanto se cumplieron las etapas procedimentales, hubo congruencia en las decisiones y las mismas fueron debidamente notificadas. Añadió, que las decisiones atacadas estuvieron debidamente motivadas en la medida que se ajustaron al marco fáctico que se derivaba del ejercicio probatorio realizado a través de las distintas etapas; que la demanda no aporta razones para concluir que la sanción haya sido desproporcionada; que hubo desconocimiento, por parte del disciplinado, de las normas que regulan el Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos, ya que la apertura de la investigación debió ser inmediata al conocimiento de los hechos, y la decisión final se produjo más allá de los cuatro meses de que trata la norma, razón por la cual carecía de competencia.

Indicó que se trasgredió el término de 6 meses previsto en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 [modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018]; y resaltó que la actuaciones adelantadas por el defensor de familia fueron tardías; que se vulneró el derecho al debido proceso de los familiares del menor, lo cual a su vez afectó los derechos del citado menor; que se profirió la Resolución 015 de 5 de enero de 2010, por fuera de audiencia, sin citación previa a los padres y pretermitiendo la notificación posterior de la misma.

Concluyó que el disciplinado actuó sin competencia y que el hecho que el acto administrativo proferido no haya sido anulado o revocado, no permitía predicar que el procedimiento realizado se hubiera ajustado a la ley.

Señaló, que se observaba negligencia en la conducta del ahora accionante, que se reflejó en la expedición tardía de los actos a su cargo, en la intervención de la Defensoría del Pueblo (fl. 14); en los memorandos visibles a folios 77 y 78; que obran solicitudes relativas al suministro de pañales para el menor (fls. 15-16) y concluye: *"por las mismas razones es claro que se desvirtuó la presunción de inocencia del demandante, pues en el curso de la actuación disciplinaria se demostró*

la comisión de las faltas, su negligencia y la ausencia de justificación para tal obrar contrario a derecho”.

Renuncia al poder. A través de solicitud del 25 de septiembre de 2018, el apoderado reconocido en el proceso, Dr. Juan Ramón Baracaldo Rodríguez presentó renuncia a la representación ejercida a favor del ICBF. Así mismo, mediante memorial dirigido a este Despacho, fechado el 14 de enero de 2020 (fl. 240) la apoderada del ICBF, aún sin reconocimiento de personería jurídica, presenta renuncia al poder.

III. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema jurídico.

Se contrae a determinar: i) si se excedieron los plazos procesales por parte del disciplinado; ii) si se vulneró el debido proceso administrativo en la actuación dirigida por el accionante; iii) si el accionante emitió actos sin tener competencia para ello; y, iv) si los actos demandados fueron carentes de motivación y proporcionalidad por ausencia de respaldo probatorio y soporte jurídico.

2. Normatividad aplicable.

En materia disciplinaria, la responsabilidad implica el análisis concurrente de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a las decantadas en otras manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado².

En cuanto a la **tipicidad** los artículos 42 y 43 del CDU, establecen una clasificación de las faltas en gravísimas, graves y leves y los criterios para calificarlas, mientras que, para determinar si la falta es gravísima, por sus connotaciones, hace remisión al listado taxativo previsto en el artículo 48 *ibídem*.

Por su parte la **antijuridicidad** es descrita en el artículo 5 del CDU, como la ilicitud sustancial que a su vez se traduce en una afectación del deber funcional, sin justificación alguna, motivo por el cual, el sujeto disciplinable solo se excusa cuando su conducta no sea antijurídica, a saber, en la medida en que la ilicitud no

² CE S2 Subsección B, 16 abr. 2015. Rad. 2012-00352-00 CP: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

sea sustancial o tenga una justificación válida para haberla cometido.³

Ahora bien, siendo la conducta típica por incurrir en alguna de las descripciones legales determinadas como falta disciplinaria y antijurídica por ser sustancialmente ilícita, dado que está proscrita la responsabilidad objetiva⁴, debe establecerse su **culpabilidad**, la cual solo puede darse a título de dolo y culpa grave o gravísima⁵.

Debe destacarse que el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha señalado que el control de legalidad que se realiza sobre actos administrativos como los demandados debe **ser integral**. Al respecto la Alta Corporación precisó:

La Sala Plena ⁽¹⁶⁾ de esta corporación definió que el control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo es integral, lo cual debe entenderse bajo los siguientes parámetros:

"[...] 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 demandante procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no solo 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 [...]"

El control de legalidad integral de los actos disciplinarios, así propuesto, conlleva implicaciones para el juez de lo contencioso administrativo, que lo habilitan para lo siguiente:

— Aunque en principio el análisis de la legalidad del acto demandado está enmarcado en las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto que el juez puede y debe examinar otras conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva.

— Estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción. Así como verificar la valoración de la prueba, lo cual comprende: (i) el análisis acerca del acatamiento al derecho de audiencia y defensa; (ii) el respeto de los principios y reglas fijadas por la Constitución y la

³ CE S2 Subsección A, 2 may 2013. Rad.2010-00149-00(1085-2010). CP: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴ Artículo 13 CDU.

⁵ Artículo 44, parágrafo CDU

ley disciplinaria para el recaudo del material probatorio y; (iii) se debe comprobar si el acto fue debidamente motivado.
— *Examinar que en la actuación disciplinaria se haya dado estricto cumplimiento a todos los principios rectores de la ley que rige la materia.*
— *Que la sanción disciplinaria corresponda a la gravedad de la falta y a la graduación que prevé la ley.*
— *Realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la ilicitud sustancial y de ser necesario, valorar los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional así como las justificaciones expuestas por el disciplinado.*⁶ (Negrilla original y subrayas fuera de texto)

IV. DECISIÓN DEL CASO

1. De la vinculación del servidor público.

Ulfredo Escobar Barrios se encuentra vinculado a la administración pública como Defensor de Familia Código 3125 Grado 12 de la Planta Global de ICBF, desde el 28 de septiembre de 2000 (fl. 196-199, anexo 1).

2. Recuento de los hechos

- i. Basada en el documento denominado “INFORME HISTORIA DE ATENCIÓN 11B 01212 NIÑO FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA”, suscrito por profesionales de la Dirección de Protección, Regional Bogotá del ICBF, remitido mediante memorando del 2 de febrero de 2010 (fls. 4-9, Anexo 2), al cual se dio alcance mediante comunicación del día 9 del mismo mes y año (fls. 1-4, anexo 1), la Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF, dictó auto de apertura de indagación preliminar en contra del demandante el 28 de mayo de 2010 (fls. 85-86, anexo 1).
- ii. Los hechos que fundamentan la actuación disciplinaria tienen relación con las irregularidades que el ente investigador encontró probadas al seno del proceso de restablecimiento de derechos del menor Fabio Andrés Orjuela Daza, quien se encontraba en una situación precaria de aparente abandono por parte de sus padres y padecía el síndrome de Werdnig Hoffman.
- iii. Mediante providencia del 6 de febrero de 2012 se ordenó la investigación disciplinaria en contra del encartado (fls. 152-163, anexo 1) y, a través de auto del 11 de abril de 2014 se formularon tres cargos en contra de Ulfredo Escobar Barrios así:

⁶ CE S2 Subsección A, 17 may. 2018. Rad. 2013-01092-00.CP: Dr. William Hernandez Gómez.

"CARGO PRIMERO: Omitió la función de ordenar oportunamente, al apertura del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA, víctima de presunto abandono, toda vez que tuvo conocimiento del caso el 26 de junio de 2009, a raíz de una solicitud del Hospital Santa Clara de Bogotá, y a pesar de ello, procedió a dicha apertura, hasta el 7 de septiembre de 2009.

CARGO SEGUNDO: Vulneró el derecho al debido proceso a FABIO NELSON ORJUELA ROMERO, JENNIFER DAZA RINCÓN Y MERCEDES RINCÓN GONZÁLEZ, padre madre y abuela materna del niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA, dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor del mencionado niño, al haber proferido la Resolución NO. 0015 del 5 de enero de 2010, sin que se hubiera constituido audiencia pública, previamente comunicada y notificada y donde se señalara su hora, fecha y lugar de realización. De igual manera al haber omitido notificar la mencionada resolución a las partes interesadas.

CARGO TERCERO: Actuó sin competencia respecto al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Fabio Andrés Orjuela Daza, toda vez que profirió la resolución No. 0015 del 5 de enero de 2010: "Por medio de la cual se declara vulnerados los derechos del niño Fabio Andrés Orjuela Daza de 5 años de edad y se toma una medida de emergencia", por fuera de los cuatro meses posteriores a la fecha de presentación de la solicitud efectuada por el Hospital Santa Clara de Bogotá del día 25 de junio de 2009 y de la cual tuvo conocimiento al día siguiente". (fls. 232-233, anexo 1)

- iv. Con acto de 19 de agosto de 2014 de dictó fallo de primera instancia en el que se halló disciplinariamente responsable al implicado por las conductas señaladas en el pliego de cargos y se impuso sanción consistente en **suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses** (fls. 258-284, anexo 1).
- v. A través de la Resolución No. 4992 del 5 de septiembre de 2014 se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del ahora demandante, disponiendo confirmar la decisión primigenia (fls. 310-320, anexo 1)

3. Análisis de los cargos

EXCESO EN LOS PLAZOS POR PARTE DEL DISCIPLINADO

El demandante afirma que el informe presentado por el Hospital Santa Clara, acerca de la situación de Fabio Andrés Orjuela Daza, no estaba dirigido al ahora disciplinado, y que fue tras la creación de la historia de atención 11b 01212-2009, el 31 de julio de 2009, que dio inicio a las diligencias y que veló en todo momento por los derechos del niño.

La entidad accionada, con ocasión del proceso disciplinario, formuló un cargo, del cual se le encontró responsable que reza:

"CARGO PRIMERO: Omitió la función de ordenar oportunamente, al apertura del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA, víctima de presunto abandono, toda vez que tuvo conocimiento del caso el 26 de junio de 2009, a raíz de una solicitud del Hospital Santa Clara de Bogotá, y a pesar de ello, procedió a dicha apertura, hasta el 7 de septiembre de 2009." (fls. 232-233, anexo 1)

La entidad, en la contestación de la demanda, sostuvo frente al punto, que el investigado actuó con incuria y "abandonó injustificadamente sus obligaciones causando un grave perjuicio al menor"; y, que "pasó por alto" la orden perentoria consistente en dar apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, inmediateamente se conozca de situaciones de vulneración o amenaza de alguno de los derechos previstos a favor de los menores.

Para decidir el problema se tiene en cuenta que, a través de comunicación del **25 de junio de 2009**, el Hospital Santa Clara E.S.E. puso en conocimiento del ICBF la situación especial del paciente, en los siguientes términos:

"Doctora
MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ
Defensora de Familia
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Centro Zonal Usme
Avenida 1ª Este No. 75-08 Tercer Piso
Centro Comercial Santa Librada
Ciudad

Reciba un cordial saludo:

*Por medio de la presente nos permitimos hacer entrega de la EPICRISIS e informe social del niño **FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA**, quien se encuentra hospitalizado en el servicio de intermedios de pediatría del Hospital Santa Clara E.S.E. desde hace más de cuatro años.*

Debido al comportamiento mostrado por sus padres y su familia en general en los últimos tres años, y a pesar del apoyo y solidaridad de los funcionarios de esta institución se ha tomado la decisión de colocar el caso en conocimiento y a disposición de ustedes para, que se tomen a partir de la fecha las medidas pertinentes en beneficio del menor.

Atentamente,

JOSÉ RAFAEL DOMÍNGUEZ AYALA

Gerente del Hospital Santa Clara E.S.E.

(Resaltado en el original) (fl. 19, anexo 2)

Con el escrito se anexó el "INFORME SOCIAL" en el que se narra que el menor ingresó a la institución hospitalaria el 10 de noviembre de 2004, que recibía escasa atención y visitas de sus padres, que estos no le proporcionaban los elementos requeridos para su aseo y bienestar y que,

"(...) debe estar las 24 horas del día recibiendo atención en cuanto a: ventilación mecánica, tiente gastrostomía, lleostomía traqueostomía (sic), cuidado y monitoreo permanente, manejo nutricional especial, terapias respiratoria, física y del lenguaje, y no puede ser desprendido de los mismos ya que prácticamente sería condenado a morir. En razón de las múltiples patologías y en consideración al cuadro clínico crónico y delicado del paciente, se consideró que el sitio idóneo para conservar su vida y mantener la calidad de la misma es el servicio de Intermedios del Hospital Santa Clara ESE. En caso de darse su salida del Hospital debe ser remitido a una Unidad de Cuidado Crónico, o en su defecto atención domiciliaria con toda la infraestructura requerida para su manejo". (fl. 22, anexo 2)

En el mismo informe se menciona:

(...) Los funcionarios, al asumir por cariño hacia el paciente el compromiso de su bienestar le restaron deberes a los padres, hasta el punto de que prácticamente todo se maneja por esta vía. Cabe anotar que la calidad de vida que ha tenido el paciente con referencia a distracción (grabadora, televisor) es debido a la atención de los funcionarios al llevarle al hospital en calidad de préstamo estos objetos. (fl. 22, anexo 2)

El investigado, en su calidad de Defensor de Familia, **dio inicio al proceso de restablecimiento de derechos, el 7 de septiembre de 2009**, a través de la expedición del auto de apertura de la investigación de la misma fecha (fl. 25, anexo 2).

La Ley 1098 de 2006⁷, aplicable al asunto prevé:

ARTÍCULO 99. El representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, podrá solicitar, ante el defensor o comisario de familia o en su defecto ante el inspector de policía, la protección de los derechos de aquel. También podrá hacerlo directamente el niño, niña o adolescente.

Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.

En la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar:

- 1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieran a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos.*
- 2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.*
- 3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente. (Subraya la Sala)*

Como se ve, la norma en su redacción original señalaba que el defensor de familia debía abrir la respectiva investigación, pero no establecía el plazo en el cual dicho acto debía producirse, pero en todo caso era necesario dar cumplimiento a los plazos para audiencia de conciliación (10 días), traslado de la solicitud (5 días), y envío del expediente al Juez de familia para homologación del fallo cuando sea procedente, como lo señala el art. 100 del Código de Infancia y Adolescencia.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la condición del menor de edad, titular de los derechos prevalentes de que trata el artículo 44 constitucional⁸,

⁷ Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

⁸ ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: 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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, su venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

(...)

aunada a la situación particular del salud, exigía del disciplinado una diligencia especial en procura de salvaguardar los derechos y mitigar, en la medida de lo posible, el daño del que era objeto.

En efecto, tal como lo menciona el informe social (fl. 8-11, anexo1), el padecimiento del niño corresponde a la enfermedad denominada "**síndrome de Werdnig-Hoffman**" cuyas características son descritas en una publicación científica⁹ así:

"El síndrome de Werdnig-Hoffmann o atrofia espinal tipo I forma parte de las atrofas musculares espinales (AME). La tipo I, la más grave de las tres formas clínicas existentes, tiene carácter hereditario autosómico recesivo y está ligado con el brazo largo del cromosoma 5 en la región q11.2-q13.3. Este síndrome tiene su inicio en la edad pediátrica.

La atrofia espinal tipo I, caracterizada por la degeneración de las motoneuronas alfa del asta anterior de la médula espinal, es considerada la segunda enfermedad autosómica recesiva fatal después de la fibrosis quística. Tiene una incidencia estimada de 1/10,000 nacidos vivos y una frecuencia de portadores que oscila entre 1/40 a 1/60.

Este síndrome puede iniciarse con manifestaciones clínicas aún antes del nacimiento tales como los pobres movimientos fetales, o antes de los 3 o 4 meses de vida. Los niños afectados pierden la movilidad muscular, incluso previo a las habilidades motoras adquiridas, con abducción de las extremidades, lo que provoca la posición de "ancas de rana"

Los niños con padecimiento de este síndrome poseen incapacidad para lograr el sostén cefálico. Si hubiera afección de los músculos faciales, este tiene una expresión de alerta. El funcionamiento de ambos esfínteres es normal y existe integridad del sistema sensitivo, incluso en estados terminales de la enfermedad.

El diagnóstico esta cimentado en los antecedentes familiares, cuadro clínico, biopsia del músculo y hallazgos de los estudios neurofisiológicos, como los potenciales evocados somatosensoriales, motores, velocidades de conducción motoras y sensitivas y electromiografía.

Se corrobora la aparición del síndrome mediante el estudio cromosómico, es decir, a través del empleo de marcadores genéticos de la región del cromosoma 5q.8-13, el cual permite el diagnóstico prenatal a familias en las que ya existe un hijo previamente afectado.

La enfermedad no tiene tratamiento, es de carácter progresivo y por lo general culmina con la muerte del paciente entre el primero y segundo año de vida. Principalmente debido a falla o infección a repetición en vías respiratorias." (Resalta la Sala).

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

⁹ GARCIA ESPINOSA, Liz. *Síndrome de Werdnig-Hoffmann*. Rev cuba anestesiología reanim, Ciudad de la Habana, v. 17, n. 1, p. 1-8, abr. 2018. Disponible en http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-67182018000100009&lng=es&nrm=iso consultado el 13 enero de 2020

Las precarias condiciones físicas que apareja el padecimiento descrito, se agudizaban por la carencia de afecto a que se veía expuesto por el abandono por parte de sus padres, de quienes recibía escasa atención y visitas, y debía estar las 24 horas del día recibiendo atención médica por diferentes quebrantos de salud, según la denuncia del hospital, plasmada en el documento del 25 de junio de 2009, referido. Sobre el particular el informe del Hospital, donde se encontraba recluido el niño desde hacía más de 4 años destaca:

"(...) desde el día de la visita domiciliaria nadie de la familia ha venido a visitarlo, tampoco han realizado llamadas telefónicas preguntando por la salud del menor, confirmándose hasta el último momento el abandono a que es sometido por parte de sus parientes" (fl. 23, anexo 2)

Así las cosas, la expedición del auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos, transcurridos 2 meses y 12 días calendario, no responde a la diligencia que, por las circunstancias descritas, le eran exigible a fin de salvaguardar los derechos prevalentes del menor.

Aún si se admitiera que fue tan solo hasta el 31 de julio de 2009, fecha de apertura de la historia de atención de Fabio Andrés Orjuela Daza (fls. 1-9, anexo 3), que tuvo conocimiento de los hechos ya que la comunicación inicial del Hospital Santa Clara estaba dirigida a otra funcionaria, se observa que a partir de tal fecha, transcurrieron 1 mes y 7 días para que se diera inicio formal al procedimiento administrativo por parte del Defensor de Familia, plazo que en todo caso no se compadeció con la situación apremiante que se evidenciaba con dicha historia de atención, por lo que la tardanza es en todo evidente.

Sin embargo, es claro, según los documentos obrantes en el plenario, que el demandante estuvo al tanto de la situación anómala puesta de presente por el Hospital Santa Clara desde el día siguiente, de lo contrario no habría podido librar la comunicación que aparece con su firma, fechada el 26 de junio de 2009, denominada "CARTA DE SALUD PROVISIONAL PARA POBLACIÓN ESPECIAL" (fl. 30, anexo 3). En dicho instrumento, dirigido a "Hospitales de la Red Adscrita EPS" aparece consignado:

"Hago constar que la adolescente (sic) FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA, con historia de atención N. 11-B-01212-2009, se encuentra en este momento con medida de Restablecimiento de Derechos, se le está tramitando su certificación de población Especial por su condición de abandono y/o peligro,

para ser incluido (a) en el Registro único de Población Especial. Esta carta tiene validez de cuarenta y cinco (45) días calendario a partir de la fecha de expedición y su objeto es facilitar el acceso a los servicios de salud (Urgencias, consulta externa, servicios ambulatorios, hospitalización y cirugía) en las ESE. En caso de requerir atención de mayor nivel de complejidad, ya sea en otra ESE de la Red Adscrita o en las IPS de la red no adscrita contratadas, este documento deberá ir acompañado de la remisión de la ESE. Entidad: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal USME Ubicación: Av. Cra. 1 Sur NO. 75-08 3 Piso Centro Comercial San Librada, Nombre del Responsable que expide la carta DEFENSOR DE FAMILIA. No. Telefónico de la entidad que expide la carta: 7629201. Firma del Responsable de la Certificación [Firma autógrafa] Fecha y lugar de expedición: Bogotá DC., 26 de Junio de 2009

Se concluye que Ulfredo Escobar Barrios, en su calidad de Defensor de Familia, fue enterado de las circunstancias que afectaban los derechos fundamentales de un menor discapacitado, a partir de la apertura de la historia de atención que se suscitó el 26 de junio de 2009, y no en la fecha que aduce y, sin justificación alguna, difirió por más de dos meses la apertura formal del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, tal como lo ordenaba la Ley 1098 de 2006, en su artículo 99, de lo que se colige el incumplimiento de los deberes que por ley le correspondían y, al mismo tiempo se desmiente lo afirmado en la demanda, con relación a que veló siempre por los derechos del infante y que no pudo enterarse a tiempo de su situación.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DIRIGIDA POR EL DISCIPLINADO

El promotor del juicio, niega haber vulnerado el debido proceso de los intervinientes en la actuación de restablecimiento de derechos, ya que afirma que los padres del menor estuvieron al tanto de las actuaciones realizadas con ocasión del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos del menor Fabio Andrés Orjuela Daza y tuvieron la ocasión de controvertir las decisiones y aportar pruebas.

La Oficina de Control Interno Disciplinario de la entidad, encontró al accionante responsable del cargo formulado, para lo cual afirmó:

“ CARGO SEGUNDO: Vulneró el derecho al debido proceso a FABIO NELSON ORJUELA ROMERO, JENNIFER DAZA RINCÓN Y MERCEDES RINCÓN GONZÁLEZ, padre madre y abuela materna del niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA, dentro del Proceso Administrativo de

Restablecimiento de Derechos a favor del mencionado niño, al haber proferido la Resolución No. 0015 del 5 de enero de 2010, sin que se hubiera constituido audiencia pública, previamente comunicada y notificada y donde se señalara su hora, fecha y lugar de realización. De igual manera al haber omitido notificar la mencionada resolución a las partes interesadas”.

El Código de Infancia y Adolescencia, sobre el particular, contemplaba en su redacción original, aplicable al caso por la fecha de los acontecimientos:

“ARTÍCULO 100. Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación. Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia. El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días. PARÁGRAFO 1o. Cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial.
(...)”

En materia de citaciones y notificaciones la misma preceptiva establece:

Artículo 102. Citaciones y notificaciones. La citación ordenada en la providencia de apertura de investigación se practicará en la forma prevista en la legislación de Procedimiento Civil vigente para la notificación personal, siempre que se conozca la identidad y la dirección de las personas que deban ser citadas. Cuando se ignore la identidad o la dirección de quienes deban ser

citados, la citación se realizará mediante publicación en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por un término de cinco días y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible.

La notificación en este último caso se entenderá surtida si transcurridos cinco (5) días, contados a partir del cumplimiento del término establecido para las publicaciones en los medios de comunicación, el citado no comparece.

Las providencias que se dicten en el curso de las audiencias y diligencias se consideran notificadas en estrados inmediatamente después de proferidas, aun cuando las partes no hayan concurrido.

Las demás notificaciones se surtirán mediante aviso que se remitirá por medio de servicio postal autorizado, acompañado de una copia de la providencia correspondiente.

De acuerdo con las normas transcritas, el Defensor de Familia estaba obligado a notificar a los interesados, valga decir a los padres y abuela del menor, la apertura de la investigación, decretar las pruebas pertinentes y citar a audiencia para la práctica de pruebas y emisión de la decisión.

A través del auto proferido por el disciplinado el 7 de septiembre de 2009 (fl. 36, anexo3), en su calidad de defensor de familia, se ordenó:

- 1. Verificación de derechos del niño por parte del equipo de la Defensoría*
- 3. (sic) Notificar personalmente este auto a sus padres y/o representantes del niño.*
- 4. Ubicar el niño en Centro Hospitalario Santa Clara por las diferentes patologías por el manejo idóneo del personal de salud tratante medida provisional de restablecimiento de derechos.*
- 5. Citar a los padres del niño, buscando al (sic) ubicación que nos proporciona el Hospital.*
- 6. Escuchar a los padres y o representantes del niño y Resolver (sic) la situación legal del niño.*
- 7. Resolver la situación del niño, con resolución de vulnerabilidad*
- 8. Como quiera que el niño requiere de pañales, se ordena el suministro de los mismos, por lo tanto ofíciase a la oficina de asistencia técnica.*
- 9. Las demás pruebas que conlleven al perfeccionamiento de la investigación.*

Posterior a dicha decisión, se llevó a cabo visita a la residencia de la madre y la abuela del niño, diligencia que se surtió el 28 de octubre de 2009 (fls. 51-52, anexo 3); visita al menor en el Hospital Santa Clara los días 4, 6 y 10 de noviembre de 2009 (fls. 55, 56, 58, anexo 3); entrevista con la madre y abuela de Fabio Andrés Orjuela Daza en las instalaciones del ICBF realizada el 10 de noviembre de 2009 (fls. 59-61, anexo 3); y la notificación personal del auto de apertura de investigación el 17 de noviembre de 2009 (fl. 63).

También se verifica en el plenario la misiva dirigida a la Coordinadora del Grupo de Asistencia Técnica del ICBF Regional Bogotá en la que se peticiona el suministro de pañales a favor del niño (fl. 40, anexo 3); la "carta de salud provisional" signada el 23 de septiembre de 2009 (fl. 42); y, la comunicación suscrita por el ahora accionante, en la que le solicita al Gerente del Hospital Santa Clara E.S.E., la autorización para visitas a los padres del menor (fl. 64, anexo 3).

Igualmente, según consta a folio 65 del anexo 3, tuvo lugar la diligencia de declaración de los padres del niño, realizada el 17 de noviembre de 2009.

Por último, se profirió la Resolución 015 del 5 de enero de 2010¹⁰ en la que se dispuso:

"ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR VULNERADO LOS DERECHOS; Derecho (sic) a la calidad de vida y a un ambiente sano; Derecho (sic) a la Integridad Personal; Derecho de Protección; Derecho a Tener una familia y no ser separado de ella Derecho A La Salud (sic), Derecho Al (sic) Desarrollo Integral En La Primera Infancia, Derechos De Los Niños, Las Niñas y Los Adolescentes con Discapacidad; Del (sic) niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA de 05 años de edad, contemplados en la Ley 1098 de 2006 del niño (sic) se describieron sus condiciones civiles y personales y se anotaron en la parte motiva de este proveído,

ARTÍCULO SEGUNDO: DECRETAR Como medida de restablecimiento de derechos el niño queda (sic) ubicado en el Hospital Santa Clara por su condición de salud, una vez superada esta se ubicará en una de las instituciones y/o Familia Sustituta (sic) de las que contratan con el ICBF, para el caso.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición. El cual deberá ser presentado en esta misma diligencia quedando notificadas en estrados las partes.

Las partes quedan notificadas en esta audiencia." (fl. 75-77, anexo 3)

Como se ve, la notificación de la decisión de apertura del proceso administrativo vino a producirse solo hasta el 17 de noviembre de 2009, valga anotar, más de dos meses después de haberse emitido el auto que, como se dijo, fue el 7 de septiembre de 2009.

Adicionalmente, no aparece en el expediente prueba alguna que demuestre que los padres y abuela del menor hayan sido convocados a la audiencia en la cual se profirió la decisión fechada el 5 de enero de 2010 (fl. 75-77, anexo 3). Dicha

¹⁰ "Por medio de la cual se declara vulnerados los derechos del niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA de 05 años de edad y se toma una medida de emergencia, PSF. 11B 01212-09"

falencia constituye una violación del debido proceso, en la medida que la providencia misma señaló en su punto final que la decisión quedaba notificada en estrados, lo que inhibió toda posibilidad a los interesados de hacer uso del recurso de reposición o ejercer de cualquier modo el derecho de defensa.

Así las cosas, no es cierto que en toda la actuación dirigida por el accionante, hayan primado las garantías a favor de Fabio Nelson Orjuela Romero, Jennifer Daza Rincón y Mercedes Rincón González, padre, madre y abuela materna, respectivamente, del niño Fabio Andrés Orjuela Daza, ya que como se evidenció, la decisión final no pudo ser controvertida.

FALTA DE COMPETENCIA

Frente a la falta de competencia endilgada en la investigación disciplinaria, el ahora accionante manifestó, que actuó en el marco de las atribuciones dispuestas en la Ley 1098 de 2006, en especial las previstas en los artículos 82, 96 y 99 ibídem. Aseveró que el auto de apertura de la investigación, proferido al interior del proceso de restablecimiento de derechos, fue emitido el 07 de septiembre de 2009, mientras que la Resolución 015, por la cual se declaran vulnerados los derechos del menor, fue fechada el 05 de enero de 2010. Indica que este último acto no ha sido objeto de demanda judicial alguna en la que se solicite su nulidad, ni de solicitud de revocatoria directa. Agregó, que al afirmarse en los fallos disciplinarios acusados, que se actuó con falta de competencia, el ente investigador se extralimitó en sus funciones.

La Oficina de Control Interno Disciplinario de la accionada formuló el siguiente cargo, del que posteriormente fue declarado culpable:

CARGO TERCERO: Actuó sin competencia respecto al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Fabio Andrés Orjuela Daza, toda vez que profirió la resolución No. 0015 del 5 de enero de 2010: "Por medio de la cual se declara vulnerados los derechos del niño Fabio Andrés Orjuela Daza de 5 años de edad y se toma una medida de emergencia", por fuera de los cuatro meses posteriores a la fecha de presentación de la solicitud efectuada por el Hospital Santa Clara de Bogotá del día 25 de junio de 2009 y de la cual tuvo conocimiento al día siguiente". (fls. 232-233, anexo 1) (Subraya la Sala)

El parágrafo 2º del artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia prevé:

PARÁGRAFO 2o. En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Excepcionalmente y por solicitud razonada del defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, el director regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga.

Como puede apreciarse, la pérdida de competencia para seguir conociendo de la actuación administrativa de restablecimiento de derechos se generó transcurridos los cuatro meses, ya fuera de la apertura oficiosa de la investigación, o de la presentación de la solicitud.

Es claro para la Sala que la apertura de la investigación, materializada con el auto de 7 de septiembre de 2009, suscrito por el Defensor de Familia (fl. 35, anexo 3) no fue oficiosa, sino que acaeció como consecuencia de la solicitud presentada por el Hospital Santa Clara, que en ese momento detentaba el cuidado de Fabio Andrés.

De modo tal que el plazo de 4 meses, dentro del cual debió haberse proferido la decisión definitiva con relación a la situación del menor, se contabilizaba desde la presentación de la solicitud, es decir desde el 25 de junio de 2009, plazo que venció el mismo día del mes de octubre de aquel año, lo que lleva a concluir que en efecto el disciplinado carecía de competencia para realizar, ordenar o emitir los actos efectuados a partir de dicha fecha, valga enunciar: la visita a la residencia de la madre y de la abuela del niño, diligencia que se surtió el 28 de octubre de 2009 (fls. 51-52, anexo 3); la visita al menor en el Hospital Santa Clara los días 4, 6 y 10 de noviembre de 2009 (fls. 55, 56, 58, anexo 3); la entrevista con la madre y abuela de Fabio Andrés Orjuela Daza en las instalaciones del ICBF realizada el 10 de noviembre de 2009 (fls. 59-61, anexo 3); la notificación personal del auto de

apertura de investigación el 17 de noviembre de 2009 (fl. 63); la comunicación suscrita por el ahora accionante, de 17 de noviembre de 2009, en la que le solicita al Gerente del Hospital Santa Clara E.S.E. la autorización de visitas a los padres del menor (fl. 64, anexo 3); la diligencia de declaración de los padres del niño, realizada el 17 de noviembre de 2009 (fl. 65, anexo 3); y, por último, la expedición de la Resolución 015 del 5 de enero de 2010 (fls. 75-77, anexo 3)

En ese entendido, conforme a la norma citada, el demandante debió remitir el expediente al Juez de Familia, a partir del 26 de octubre de 2009, para que fuera ésa última autoridad la que decidiera, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del Defensor de Familia, señalada en la misma norma.

Se avizora entonces la falta de competencia imputada en las decisiones de la demandada y, el hecho que los actos administrativos proferidos por el defensor de familia no hayan sido demandados, resulta del todo intrascendente a fin de configurar o descartar la responsabilidad disciplinaria, ya que con apego a la ley, la falta de competencia surgió del retardo injustificado en proferir las decisiones atinentes a las circunstancias del menor, retardo que constituyó una violación a la prohibición contenida en el numeral 7 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 que a la letra señala:

*“ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:
(...)
7. Omitir, negar, retardar o entrabar el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.
(...)”*

A su vez, la omisión señalada, constituye un desconocimiento de los deberes atinentes al cargo de Defensor de Familia, consagrados en el artículo 81 del Código de Infancia y Adolescencia¹¹, en especial el numeral 6 así:

*ARTÍCULO 81. DEBERES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Son deberes del Defensor de Familia:
(...)
6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.*

¹¹ *“Artículo 216. Vigencia. La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su promulgación. Con excepción de los artículos correspondientes a la ejecución del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, los cuales se implementarán de manera gradual en el territorio nacional empezando el primero de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009”.*

PARÁGRAFO. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario.

En síntesis, el demandante dejó vencer los términos que tenía para proferir la decisión de restablecimiento de derechos del menor mencionado, sin que demostrara justificación alguna para dicho retardo y, posteriormente, actuó sin competencia al proferir las decisiones que adoptó a partir del 26 de octubre de 2009.

FALTA DE MOTIVACIÓN, Y PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN POR AUSENCIA DE RESPALDO PROBATORIO Y SOPORTE JURÍDICO DE LOS ACTOS DEMANDADOS.

Alega el demandante, que las pruebas presentes en el expediente administrativo eran insuficientes para declararlo disciplinariamente responsable; que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia ni superar la duda razonable. Concluye que la sanción, en esos términos, resulta desproporcionada *“por carecer de respaldo probatorio y soporte jurídico”* y que los actos acusados carecen de motivación. Asegura que no se desvirtuó la competencia que tenía y que la imputación de cargos era desproporcionada y no se ajustó a la constitución y a la Ley.

Para dar respuesta, la Sala se concentra en los argumentos esbozados en los actos administrativos demandados, como fundamento de la responsabilidad y de la sanción impuesta.

En primer lugar, el fallo de primera instancia, proferido a través de providencia del 19 de agosto de 2014 (fls. 2-29), encontró probado:

1. Que el Gerente del Hospital Santa Clara E.S.E, puso en conocimiento del ICBF – Centro Zonal de Usme la situación particular de Fabio Andrés Orjuela Daza, a través de escrito de 25 de junio de 2009.
2. Que en dicha misiva se hace saber de un comportamiento inadecuado de los padres del menor que motivaban el poner en conocimiento los hechos, la enfermedad padecida que suscitaba la hospitalización en las unidades de cuidado intensivo e intermedio del Hospital por más de cuatro años y anexa epicrisis e informe social del menor.

3. Que el 26 de junio de 2009, se expidió por parte del investigado "Carta de Salud Provisional".
4. Que la historia de atención, suscrita por una trabajadora social adscrita al Centro Zonal de Usme del ICBF, fue fechada el 31 de julio de 2009.
5. Que el funcionario "(...) solo hasta el 7 de septiembre de 2009 ordenó la apertura de la investigación del Proceso de Restablecimiento de Derechos (...)" (fl. 12).
6. Que mediante Resolución No. 015 del 5 de enero de 2010 se resolvió la situación jurídica del niño.
7. Que, con ocasión de la emisión de dicho acto administrativo, "(...) en ninguna parte del Proceso se halla que hubiera emitido acto que fija fecha y hora para la práctica de pruebas; como tampoco para la audiencia de fallo de que trata el inciso tercero del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 (...)"
8. Que profirió la Resolución 015 de 2010 "(...) por fuera del término legal establecido para resolver la actuación administrativa del Proceso de Restablecimiento de Derechos (...)"

De dichos asertos fácticos concluyó:

1. El servidor público tenía la obligación inexcusable de impulsar todos los procedimientos a su alcance para garantizar de manera inmediata los derechos de Fabio Andrés Orjuela Daza, por tanto, debió haber abierto de manera inmediata el procedimiento administrativo "(...) no obstante no lo hizo sino hasta dos (2) meses y trece (12) días después según las pruebas documentales aportadas a la investigación, por tanto al conducta por el implicado cometida lesiona su deber funcional, por lo que su infracción deberá constituir reproche disciplinario (...)"
2. Respecto a la omisión de fijar hora y fecha para la realización de la audiencia donde se definiría la situación jurídica del menor y la falta de notificación, se afirmó por parte del ente investigador: "(...) El defensor de familia investigado debió dar obligatorio cumplimiento a lo establecido en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, mediante el cual se determina el trámite del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos; dictando la providencia que resolvía la situación jurídica del niño dentro de audiencia de práctica de pruebas y de fallo, de cuya hora, fecha y lugar de

su práctica debió haberse dado a conocer de manera previa a los representantes legales del niño en garantía del principio de publicidad y de contradicción (...)".

3. Frente a la falta de competencia con que actuó el Defensor de Familia estimó: *"Así las cosas, encuentra el Despacho que está probado que el Defensor de Familia, ULFREDO ESCOBAR BARRIOS, actuó sin competencia dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor del niño FABIO ANDRÉS ORJUELA DAZA, ya que profirió la Resolución No. 0015 de 5 de enero de 2010 (...) por fuera de los cuatro meses posteriores a la fecha de presentación de la solicitud efectuada por el Hospital Santa Clara ESE Bogotá, del día 25 de junio de 2009 y de la cual tuvo conocimiento al día siguiente, pretermitiendo de ésta forma el mandato contemplado en el Parágrafo 2 del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006. En este caso, la conducta desplegada por el implicado lesiona su deber funcional, por lo que su infracción deberá constituir reprimenda disciplinaria"*

De tal manera que, contrario a lo expresado en la demanda, la calificación de la falta no estuvo ausente de motivación fáctica ni jurídica y la determinación de la responsabilidad se ancló en la demostración del incumplimiento de lo normado en el Código de Infancia y Adolescencia, en especial en sus artículos 99 y 100 arriba citados.

Ahora bien, frente a la **proporcionalidad de la sanción impuesta**, el mismo acto administrativo discurrió acerca de la naturaleza esencial del servicio prestado por el Defensor de Familia; así como respecto a su jerarquía como máxima autoridad administrativa con facultades para decidir frente a situaciones de inobservancia de los derechos de los niños, que a su vez le exigía un *"mayor compromiso en el cumplimiento de sus deberes"*.

Frente al título de imputación, se consideró que no se avizoraba la intención deliberada del actor dirigida a perjudicar a la administración, pero que frente al comportamiento negligente debía ser calificada su conducta como culposa (fl. 24), razón por la cual se dispuso que la sanción debía ser de suspensión en el ejercicio del cargo. Dicha determinación es acorde con lo reglado en el artículo 44 del CDU que dispone sobre el particular:

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.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

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.

Por su parte, frente al **QUANTUM DE LA SANCIÓN DE SUSPENSIÓN**, se tuvo en cuenta que tenía una sanción precedente (fl. 26); que no se demostró diligencia y eficiencia en el ejercicio de su cargo; que no se aceptó la responsabilidad antes de la formulación de cargos; que se violaron derechos fundamentales como el debido proceso en la actuación administrativa por él dirigida; entre otros criterios, los cuales encuentra la Sala ajustados a los previstos en el artículo 47 del CDU, que señala:

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.

(Subraya la Sala)

Advierte la Corporación que los argumentos que señalan como desproporcionada y carente de motivación la sanción infligida, son infundados ya que el fallo

disciplinario se produjo como consecuencia de la demostración suficiente de las omisiones en el deber que como Defensor le competía, reflejadas en la indiferencia frente a las circunstancias que afectaban los derechos fundamentales de un menor discapacitado y en condiciones críticas de abandono, indiferencia que se manifestó en la expedición tardía, tanto del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como de la resolución que definía su situación jurídica. Dicha carencia constituyó una violación de los artículos 99 y 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, conducta agravada por la realización de actos cuando, según la misma ley, había perdido competencia para ello.

La falta de competencia es así mismo contraria al precepto consagrado en el artículo 6 constitucional que estatuye:

"ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."
(Subraya la Sala)

Igualmente, la Ley Disciplinaria prevé que los servidores públicos deben cumplir y hacer cumplir la ley así:

ARTÍCULO 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.
(...)(Subraya la Sala)

En igual sentido, el CDU prohíbe de manera expresa incumplir los deberes o extralimitarse en sus funciones:

ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. < A todo servidor público le está prohibido:
1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de

funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.
(...)(Subraya la Sala)

De modo tal que existían fundamentos suficientes para endilgar la responsabilidad disciplinaria que ahora se confuta, por lo que no se encuentra sustento válido a las alegaciones del demandante.

Más aún, el disciplinado tuvo ocasión de conocer el apremio que ameritaba el caso, a través de otras autoridades que intervinieron y a pesar de eso, tal como se expuso, no demostró un interés de actuar con prontitud en respuesta a dichas circunstancias.

Es así que a folio 158 del anexo 2 del informativo, se observa la comunicación del 9 de septiembre de 2009, de la Defensoría del Pueblo, dirigida al entonces Secretario de Salud Distrital, con copia al actor, en la que se hace visible que funcionarios del Hospital Santa Clara habían solicitado apoyo a la remitente para sobrellevar la situación del menor.

De igual manera, en memorando del **6 de octubre de 2009** la Coordinadora del Grupo de Asistencia Técnica del ICBF Regional Bogotá, le solicitó, directamente al implicado, en su calidad de Defensor de Familia al frente del caso:

"(...) me permito solicitarle que cubra al FABIO ANDRÉS con medida de restablecimiento de derechos consistente en ubicación en HOGAR SUSTITUTO en forma inmediata, sin importar que se encuentre internado en el Hospital Santa Clara a fin de que una madre sustituta pueda asumir su cuidado y velar por su bienestar integral, ya que sus necesidades trascienden el ámbito materia o físico y es menester dentro de la medida de lo posible, proporcionarle un ambiente de cariño y protección que le ayude a elevar su nivel de vida." (fl. 164, anexo 2)

La medida de ubicación en hogar sustituto está prevista en la Ley 1098 de 2006, que prevé la posibilidad de que una familia se comprometa a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen, lo cual habría sido una forma idónea de enfrentar el abandono que padecía por parte de sus padres, denunciado por la Institución de Salud. La norma mencionada señala:

Artículo 59. Ubicación en Hogar Sustituto. *Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.*

Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignará un aporte mensual al hogar sustituto para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Mientras dure la medida el Instituto se subrogará en los derechos contra toda persona que por ley deba alimentos al niño, niña o adolescente. En ningún caso se establecerá relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto.

Parágrafo. En el caso de los niños, niñas y adolescentes indígenas, se propenderá como primera opción, la ubicación del menor en una familia indígena. El ICBF asegurará a dichas familias indígenas el aporte mensual de que trata este artículo.

Como se ve, la medida prevista por la ley para hacer frente a la situación de Fabio Andrés Orjuela Daza, no fue ordenada por el Defensor de Familia, pese a la insistencia de otros funcionarios, sin que se explique en el proceso dicha omisión. De igual manera, con escrito de 28 de septiembre de 2009, se le indagó por las medidas adoptadas a favor del menor y, en similar sentido, se avista el memorando del Director Regional de ICBF Bogotá, fechado el 17 de noviembre de 2009, en el que se le solicita de acuerdo con el "protocolo en caso de maltrato referido por Centro Hospitalario" dar aplicación inmediata a la mencionada norma, es decir, que se le asignara un hogar sustituto.

También se aprecia la comunicación por correo electrónico dirigida al ahora sancionado, en el que se le informa que se dispone de un cupo en una ONG, el cual puede ser aprovechado para la atención del menor (fl. 106, anexo 2).

De modo tal que el reclamante dio la espalda, no solo a la situación delicada del menor, sino a las múltiples voces que demandaban medidas para apoyarlo, hecho que hace que sea adecuada la sanción impuesta.

De acuerdo con lo anterior, no encuentra la Sala que las aseveraciones expuestas por el demandante logren desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, ni que se hubiera vulnerado, entre otros, el principio de la BUENA

FE, previsto en el art. 83 de la Constitución Política, ni que existiera **DUDA RAZONABLE**, para emitir una decisión absolutoria, motivos por los cuales no es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

3. Costas procesales

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 "*salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*". A su turno, el Código General del Proceso dispone: "*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*"

Ahora bien, conforme a la norma citada, las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinarlas sea necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que fija en procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en primera instancia "*Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia*". Así las cosas, el Despacho considera prudente tasar las agencias en derecho en cuantía equivalente al **1%** de las pretensiones de restablecimiento negadas. Como quiera que la parte vencida dentro del presente asunto resulta ser la parte demandante, se condenará al pago de las costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección D, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

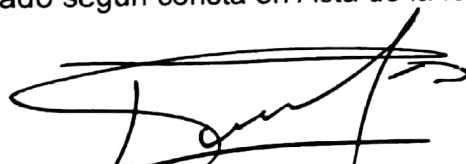
SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandante. Liquidense teniendo en cuenta el valor de las agencias en derecho determinado en la parte motiva.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia al poder presentada por el apoderado reconocido del ICBF, doctor **Juan Ramón Baracaldo Rodríguez**, de acuerdo con la solicitud presentada al Despacho (fl. 230 y la comunicación a la entidad obrante a folio 231). **Reconocer** a la apoderada sustituta, doctora María Mercedes Grimaldo Gómez, de conformidad con el poder otorgado (fl. 233), y a la vez, **aceptar su renuncia, de acuerdo con** la solicitud visible a folio 240 y la comunicación a la entidad, anexa a folio 241.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, previa la liquidación correspondiente, **si fuere procedente**, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere, y solamente una vez realizado lo ordenado, **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

Cópiese y notifíquese, y cúmplase.

Aprobado según consta en Acta de la fecha.


ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA
CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado


JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA
Magistrado

ISP/VTP