

ACTA No.10 DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL
DE LA CORPORACIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA
LLEVADA A CABO EL DÍA 30 DE NOVIEMBRE DEL 2020

Siendo las 8.a.m del treinta (30) de noviembre del dos mil veinte (2020), se inició la sesión del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca de conformidad con la programación de las fechas de realización del Comité efectuada a través de correo electrónico el día 28 de septiembre del 2020 e igualmente comunicada el día 29 de noviembre del 2020 mediante comunicación remitida vía WhatsApp enviada al grupo denominado Comité Virtual de Conciliación. El Comité está presidido por señora Gerente General Doctora **ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO**.

De conformidad con lo establecido en el numeral 9 del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, los integrantes del Comité de Conciliación y Defensa Judicial designaron como Secretaria Técnica a la profesional especializada Gloria Cecilia Rodríguez Valencia en la sesión virtual llevada a cabo el día 30 de septiembre del 2020.

La Secretaria Técnica del citado comité, la profesional especializada de la Oficina Asesora Jurídica **GLORIA CECILIA RODRIGUEZ VALENCIA** se le fueron concedido el periodo de vacaciones a partir del 23 de noviembre del 2020, motivo por el cual se debe designar un secretario ad-hoc y para la efecto se postula como tal el doctor **JULIAN DUARTE CASTELLANOS**, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, postulación que es puesta a consideración de los integrantes del comité quienes la aceptan por unanimidad. Así las cosas, el doctor **JULIAN DUARTE CASTELLANOS** presenta el siguiente orden del día, conforme lo ordenado por la presidenta del Comité doctora **ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO**, en los siguientes

La postulación del doctor Julian Duarte Castellanos, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, es puesta a consideración de los integrantes de comité quienes la aceptan por unanimidad en razón a que la secretaria técnica titular, la profesional especializada de la Oficina Asesora Jurídica Gloria Cecilia Rodríguez Valencia, se le fueron concedido el periodo de vacaciones por el periodo comprendido entre el 23 de noviembre al 15 de diciembre del 2020, motivo por el cual se debe designar un secretario ad-hoc.

- 1.) Postulación por parte del doctor **JULIAN DUARTE CASTELLANOS**, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, como secretario ad-hoc, la cual es puesta a consideración de los integrantes del comité quienes la aceptan por unanimidad en razón a que la Secretaria Técnica titular, la profesional especializada de la Oficina Asesora Jurídica **GLORIA CECILIA RODRIGUEZ VALENCIA**, se le fueron concedido el periodo de vacaciones a partir del 23 de noviembre del 2020, motivo por el cual se debe designar un secretario ad-hoc.
- 2.) Llamado a lista y verificación del quorum.
- 3.) Rendición de cuentas del balance del cobro jurídico y prejudicial efectuado por la Oficina Asesora Jurídica durante la vigencia del 2020.
- 4.) Presentación del Manual del daño antijudicial por parte de la profesional Sandra Patricia Mendoza ante el Comité de Conciliación y Defensa Judicial y de las circulares que contiene los lineamientos de la política del daño antijudicial.
- 5.) Proposiciones y varios.

1.) POSTULACIÓN POR PARTE DEL DOCTOR JULIAN DUARTE CASTELLANOS, JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA, COMO SECRETARIO AD-HOC.

La postulación del doctor Julian Duarte Castellanos, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, es puesta a consideración de los integrantes del comité quienes la aceptan por unanimidad en razón a que la secretaria técnica titular, la profesional especializada de la Oficina Asesora Jurídica Gloria Cecilia Rodríguez Valencia, se le fueron concedido el periodo de vacaciones por el periodo comprendido entre el 23 de noviembre al 15 de diciembre del 2020, motivo por el cual se debe designar un secretario ad-hoc.

2.) LLAMADO A LISTA Y VERIFICACIÓN DEL QUORUM

Al llamado a la lista respondieron los siguiente funcionarios Doctores **ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO** Gerente General manifiesta a través de vía WhatsApp, le es imposible



comunicarse pero a su vez interroga si hay quorum decisorio y deliberatorio, para que se inicie la reunión, ante lo cual se da inicio, **FABIO EMILIO MIRANDA TORRES** Subgerente de Servicios Corporativos se encuentra ausente; **JAVIER RICARDO CASTRO**, Subgerente Administrativo y Financiero; **JULIAN DUARTE CASTELLANOS** Jefe Oficina Asesora Jurídica, Doctora **JUSBLEIDY VARGAS ROJAS**, Jefe de Control Interno (no asistió).

Invitados: Las doctoras Ludy Andrea Burgos Corredor y Sandra Patricia Mendoza Granja, contratistas al servicio de Corporación Social de Cundinamarca.

Luego del llamado a lista se verifica el reglamentario quorum decisorio y deliberatorio; acto seguido se aprueba el orden del día.

3.) PRESENTACION DE CUENTAS DEL BALANCE DEL COBRO JURÍDICO Y PREJURIDICO EFECTUADO POR LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DURANTE LA VIGENCIA DEL 2020.

El doctor **JULIAN DUARTE CASTELLANOS** Jefe Oficina Asesora Jurídica a través de la profesional **LUDY ANDRES BURGOS CORREDOR**, hace presentación de la gestión adelantada por la Oficina Asesora Jurídica.

LOGROS

- 1.) Recaudó obligaciones en estado Jurídico, correspondiente al periodo comprendido entre los meses de enero a octubre de 2020, por valor de \$1.378.487.441.00 MCTE
- 2.) Recaudó Obligaciones en estado prejudicial correspondiente al periodo comprendido entre los meses de enero a octubre de 2020 por valor de \$111.003.492.00 MCTE.
- 3.) La Corporación Social de Cundinamarca, ejerce la representación judicial de la Entidad a través de la empresa **Scola Abogados S.A.S.**, representada por profesionales en derecho, no solo en los procesos ejecutivos sino también en los procesos declarativos, verbales, negociación de deudas y/o cualquier otra acción legal que deba iniciar o proseguir la entidad en defensa de sus intereses dentro de la jurisdicción del distrito de Bogotá y/o cualquier otro municipio de Cundinamarca que se asigne.

INVERSION

Para lograr los objetivos por la Oficina Asesora Jurídica la Corporación Social de Cundinamarca, se efectuó una inversión equivalente a \$158.750.000.00 consistente en la contratación de los profesionales de apoyo a la Oficina Asesora Jurídica cuyo objeto es el apoyo y seguimiento a la supervisión realizada por la oficina asesora jurídica al contrato No. 20-002 de objeto prestación de servicios profesionales para la recuperación de cartera morosa en la etapa prejudicial y representación judicial en los procesos ejecutivos que eventualmente se han de adelantar y que se encuentren en curso a favor de la Corporación Social de Cundinamarca; así como los que se deban demandar en razón de citaciones como acreedores hipotecarios, procesos declarativos verbales, negociación de deudas y/o cualquier otra acción legal que se deba iniciar o proseguir la entidad en defensa de sus intereses dentro de la jurisdicción del distrito de Bogotá y/o cualquier otro municipio que se asigne.

IMPACTO SOCIAL

1. Recaudar a través de las acciones judiciales ejecutivas instauradas ante los juzgados de la jurisdicción del Distrito de Bogotá y en los diferentes municipios del Departamento de Cundinamarca u otro municipio que se asigne, los montos en mora adeudados por los deudores, para posteriormente ser reinvertidos y generar bienestar social y económico a todos los afiliados de la Corporación Social de Cundinamarca
2. Crear conciencia en el equipo de apoyo de la Oficina Asesora Jurídica de las políticas institucionales de la Entidad, toda vez que el desarrollo del litigio es un proceso largo y lleno de obstáculos que exige una labor comprometida y sistemática, optimizando y simplificando los costos económicos que generan el proceso judicial.
3. Generar calidad de vida a los deudores morosos y a sus familias, al ofrecerles herramientas de recaudo de las obligaciones en mora por concepto de los créditos otorgados por la entidad a sus afiliados, brindando la oportunidad de normalizar dichas obligaciones y minimizar el impacto económico en contra del usuario, a través de las herramientas como son los acuerdos de pago,

refinanciamientos e incentivos que permiten optimizar los recursos y los tiempos para obtener finalmente el pago del crédito.

4. Promover y alcanzar soluciones integrales a las problemáticas sociales, económicas, culturales y jurídicas, surgidas como consecuencia de la gestión de la Entidad.

5. Desarrollar componentes jurídicos para afrontar la problemática que pueda implicar una vulneración de derechos o una amenaza latente de afectación a los mismos, amenaza a la cual puede hacerse responsable la entidad o a alguna de sus agencias o en su defecto a un particular que ejerza funciones públicas.

4.) APROBACION DEL MANUAL DE LA POLITICA DEL DAÑO ANTIJURIDICO POR PARTE DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL Y DE LAS CIRCULARES QUE CONTIENEN LOS LINEAMIENTOS.

Previa a la presentación por parte de la doctora Sandra Patricia Mendoza Granja, el Doctor Julian Duarte Castellanos precisa que el manual del daño antijurídico se genera a raíz del hallazgo encontrado en la auditoría practicada por la Contraloría de Cundinamarca efectuada en el presente año, correspondiente a la vigencia del año 2019, como quiera que no existe esta política pública en la entidad como es la política del daño antijurídico, motivo por el cual la Oficina Asesora Jurídica lo elaboró y procederá a presentarlo a través de la profesional Sandra Patricia Mendoza Granja quien efectuará una presentación ejecutiva del Manual del daño antijurídico en los siguientes términos: que el Doctor Julian Duarte Castellanos precisa que en la anterior reunión del comité, había manifestado que el manual del daño antijurídico debía ser aprobado por la Junta Directiva de la Corporación Social de Cundinamarca, pero revisada la norma se determinó que la ley es clara y le corresponde al Comité de Conciliación y Defensa Judicial formular, ejecutar y aprobar dicha política, motivo por el cual solicita que se deje sin valor la proposición aprobada por el comité en sesión anterior y en su lugar reitera su aprobación en esta sesión con los lineamientos que deben ser suscritos por la presidente del Comité Doctora Adriana Carolina Serrano Trujillo. Igualmente solicita a la doctora Sandra Patricia Mendoza Granja hacer la exposición sobre la normatividad que así lo contempla ante lo cual manifiesta que:

Que el artículo 2.2.4.3.1.2.2 del Decreto 1069 del 2015 establece que el Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias ni fiscales ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

Que el artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 del 2015 establece:

* **FUNCIONES.** El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.
3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra de la ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condecorado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.
4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.

5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aque los casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.
6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición.
7. Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.
8. Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.
9. Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un profesional del Derecho.
10. Dictar su propio reglamento.
11. Autorizar que los conflictos suscitados entre entidades y organismos del orden nacional sean sometidos al trámite de la mediación ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El Doctor Julian Duarte Castellanos precisa que el Comité debe expedir las circulares para tal efecto, el comité faculta a la presidente doctora ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO para que los expida, ante lo cual se le solicita a la profesional LUDY ANDREA BURGOS CORREDOR dar lectura a cada una de las circulares que contienen los lineamientos.

El texto del Manual de la política del daño antijurídico es el siguiente:

INDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

1.- OBJETIVO

2.- ALCANCE

TITULO I PARTE GENERAL CAPÍTULO ÚNICO

3.- Estructura Organizacional y funcional de la Corporación

3.1. Misión

3.2. Objeto

3.3. Funciones.

4.- Que es el daño antijurídico y qué busca la prevención del daño

5.- Glosario

5.1. Ciclo de defensa judicial

5.2. Conciliación Extrajudicial

5.3. Daño antijurídico

5.4. Defensa judicial del Estado

5.5. Demanda judicial

5.6. Jurisdicción Contencioso Administrativo

5.7. Línea jurisprudencial

5.8. Litigio



R



CUNDINAMARCA
REGION
Que Progresa!

Calle 39A #13-95 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

- 5.9. Política pública
- 5.10. Política de prevención del daño antijurídico
- 5.11. Prevención
- 5.12. Proceso Judicial
- 5.13. Régimen jurídico
- 5.14. Sentencia.

6. - Marco Normativo.

- 6.1. Constitución Política de Colombia
- 6.1.2 Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y sus modificaciones.
- 6.1.3 Ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción
- 6.1.4 Decreto 019 de 2012 Ley Antirrámites
- 6.1.5 Decreto 1716 de 2009 Conciliación
- 6.2. Comité de Conciliación y defensa judicial.
- 6.2.1 Funciones del Comité de Conciliación y defensa judicial.

7.- Principios y valores rectoras para la fijación de la política de prevención del daño antijurídico

- 7.1 Identificación del problema
- 7.1.2. identificación de las posibles causas
- 7.1.3. Plantear solución al problema
- 7.1.4. implementación de un cronograma
- 7.1.5. institucionalización y socialización de las medidas preventivas y correctivas
- 7.1.6. Verificación de los resultados
- 7.2. Valores institucionales.
- 7.2.1. Honestidad
- 7.2.2. Responsabilidad
- 7.3.2. Transparencia
- 7.3.3. Solidaridad
- 7.3.4. Equidad
- 7.3.5. Imparcialidad
- 7.3.6. Compromiso

8. - Definición de política de prevención del daño antijurídico.

TÍTULO II PARTE ESPECIAL CAPÍTULO I

METODOLOGÍA PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.

- 1.- Desarrollo de la Metodología
- 1.1.- Destinatarios de los lineamientos
- 1.2.- Causas generadoras del daño antijurídico
- 1.3.- Acciones Preventivas para minimizar las demandas y/o para evitar fallos en contra de la Entidad.
- 1.4 Medidas adicionales para corregir el problema
- 1.5 Plan de seguimiento y evaluación.
- 2.2 Producto.
- 3.-Bibliografía

PRESENTACIÓN

El Consejo de Estado ha definido el "daño antijurídico" como "la lesión patrimonial o extrapatrimonial por gestión del Estado que la víctima no está en el deber jurídico de soportar"; la Corte Constitucional lo define como "aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo"¹. La Corte considera que esta acepción es un fundamento del deber de reparación del

¹ Fallo 19707 de 2011 Consejo de Estado.

² Sentencia C-333/96 del 1o de agosto de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

Estado con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, "así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello, el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública."

Por tanto, los hechos a prevenir deberán priorizarse para enfocar los esfuerzos de generación de lineamientos o políticas de prevención del daño en aquellos que representen mayor litigiosidad y como consecuencia pagos por concepto de condenas en contra de la entidad. Se debe entonces desarrollar una cultura proactiva de prevención del daño antijurídico que involucre a todo el equipo de la Entidad, toda vez que su construcción incluye a todas las dependencias como fuente de origen tanto en la identificación y análisis de los hechos generadores de daño antijurídico, así como en las propuestas de prevención de estos hechos, instando a todos para que se haga parte de manera comprometida y eficaz en la prevención del daño antijurídico.

Así pues, la política de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la Entidad es aplicable a todas las áreas y dependencias de la misma, quienes quedarán vinculadas al compromiso de aplicarla y velar por su estricto cumplimiento, por ello la creación de un Manual de Prevención del Daño no es otra cosa que un instrumento pedagógico para los funcionarios y colaboradores de la institución, que orienta sobre el quehacer de la misma, expone las herramientas administrativas que posee, los soportes jurídicos con que cuenta, y es propositivo en torno a plantear los principales parámetros para la construcción de un Plan de Acción Integral que requiere la coordinación de las distintas dependencias de la Corporación y que contribuye ciertamente al fortalecimiento en la reducción de las demandas en contra de la entidad en el mediano plazo y por ende la disminución de los pagos realizados por concepto de sentencias y conciliaciones, fortaleciendo su defensa jurídica.

El objetivo de este Manual es precisamente ese, constituirse en una herramienta administrativa de primera mano para cualquier funcionario o colaborador de la Entidad que le guíe en su actividad administrativa y extrajudicial desplegada institucionalmente, de manera que se puedan evitar las acciones u omisiones que vulnere el régimen jurídico aplicable y afecten sus intereses, además de adoptar las medidas necesarias para evitar su ocurrencia y posterior litigiosidad.

Para este logro, contamos con la normatividad nacional aplicable, los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE adoptados por la Gobernación de Cundinamarca, los pronunciamientos judiciales de las altas cortes, y por supuesto la experiencia, las iniciativas y los análisis de la información por los equipos de trabajo de las diferentes áreas de la Corporación, cuya armonización permitirá la consolidación de esta herramienta pedagógica y metodológica interna de trabajo, promoviendo el desarrollo de una cultura proactiva de la gestión del daño antijurídico en la Corporación y constituyéndose hacia futuro en un proceso transversal, para solucionar, mitigar o controlar la problemática generadora del daño.

Este Manual en su parte final contará con las herramientas o pautas estándar que facilitarán a la Corporación diseñar una política de prevención del daño antijurídico, que se relacionan genéricamente con la identificación de los hechos generadores del daño antijurídico, que incluye una completa indagación sobre las deficiencias administrativas o misionales de la entidad que están originando reclamaciones en su contra y sugiere un proceso para la formulación, evaluación e institucionalización de acciones que se deben adoptar para reducir los riesgos y costos de enfrentar un proceso judicial.

Se reitera, que la prevención del daño no es exclusiva del área Jurídica, sino que es un elemento transversal a todas las actividades desarrolladas por la Entidad, comprendidas en la ejecución de procesos y procedimientos misionales y administrativos a cargo de las diferentes áreas, razón por la

cual, cada actividad adelantada por los distintos funcionarios y contratistas de la Corporación Social de Cundinamarca puede llegar a causar un daño antijurídico.

En efecto una decisión desinformada, un concepto impreciso, la motivación incorrecta de un acto administrativo, un proceso de contratación sin el lleno de los requisitos legales, una investigación o sanción en materia disciplinaria contraria a las disposiciones legales, una asesoría mal brindada, etc., pueden derivar en un daño antijurídico, con efectos negativos para la Corporación.

Es de advertir, como ya lo hizo recientemente el Consejo de Estado, en fallo del 1º de junio de 2020, que este Manual es una guía pedagógica y metodológica para los funcionarios y colaboradores de la Entidad, que permite a partir del mismo, construir políticas de prevención del daño antijurídico, pero que no se constituye en un acto administrativo de carácter general, es decir, que la validez de una política no dependerá de su estricta observancia a los procedimientos establecidos, sino de su aprobación por parte del Comité de Conciliación de la Entidad.

Esperamos que este Manual que deberá ser permanentemente actualizado con base en las dinámicas litigiosas y normativas, se constituye en una herramienta de primera mano de los equipos de trabajo que hacen y construyen día a día una mejor Entidad.

Constituye un propósito esencial del Departamento de Cundinamarca y acatado por la Corporación Social de Cundinamarca, el prevenir la ocurrencia de cualquier posible situación interna o externa que le pueda implicar responsabilidades jurídicas con efectos patrimoniales y/o demandas que impliquen para la entidad no solo costos de carácter pecuniario, sino también humano y técnico, por ello de acuerdo con la metodología propuesta por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, en el presente manual se recogerá el procedimiento a seguir para la formulación, evaluación e implementación de una política de prevención del daño antijurídico enfocada a la observancia permanente de la normatividad vigente y a la realización reglada de cada una de las actuaciones de los funcionarios de las diferentes áreas.

A través del decreto No. 386 del 13 de agosto de 2020 por medio del cual la Gobernación de Cundinamarca adopta la Política de prevención del Daño Antijurídico del Departamento de Cundinamarca- Sector Central- contenida en los lineamientos expedidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sobre prevención del daño antijurídico, los cuales fueron acogidos y aprobados por el comité de conciliación de la Gobernación, diseñó unos lineamientos que servirán como instrumento para la formulación de la política de prevención en esta Entidad, con miras a crear conciencia en todos los funcionarios de las Secretarías y Entidades Descentralizadas del Departamento, en procura de armonizar las funciones misionales de la Corporación, con el cuidado y el rigor que exige la Constitución y la Ley para evitar de esta manera la incursión en conductas y acciones que puedan generar reclamación o litigiosidad en contra de la Corporación.

Por lo anterior se procede a elaborar el manual para la defensa jurídica y prevención del daño antijurídico de la Corporación Social de Cundinamarca con el objetivo que las políticas que aquí se implementen, se tengan en cuenta en desarrollo de las actividades propias de la entidad, además se pretende garantizar que los procesos judiciales en los que sea parte la Corporación sean atendidos de manera ágil, cuidadosa de términos y preservando los intereses de la entidad integrando aspectos relevantes de naturaleza preventiva, con el propósito de evitar la ocurrencia o disminuir los efectos dañinos del debate extrajudicial o judicial.

1. OBJETIVO

Establecer los lineamientos o recomendaciones generales que permitan identificar los hechos generadores de daño antijurídico, a partir de la indagación sobre deficiencias administrativas o misionales de la Entidad que estén o tengan la potencialidad de originar reclamaciones en su contra; así como un proceso para la formulación, evaluación e institucionalización de las Políticas de Prevención del Daño Antijurídico que se deben adoptar al interior de la Corporación Social de Cundinamarca para reducir los riesgos y costos de enfrentar un proceso judicial.

En este sentido, el presente manual no puede ser otra cosa diferente a una herramienta que permita no solo identificar las principales causas generadoras de daño, si no tomar las acciones para evitar su ocurrencia; no obstante, es importante advertir que, el mismo no puede ser considerado como una respuesta a situaciones o casos puntuales, pues solo puede considerarse como un instrumento propositivo que permita identificar las conductas o falencias que puedan dar lugar a una reclamación.

y eventual cordona a la Entidad y/o situaciones que comprometen la responsabilidad de sus funcionarios y contratistas, con el fin de formular las respectivas políticas de prevención del daño antijurídico.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las causas (administrativas o misionales) que originan o tienen la posibilidad de causar el daño, son susceptibles de cambiar, razón por la que resulta necesaria la continua revisión y actualización del manual, de acuerdo con los cambios propios que implica la función administrativa.

2. ALCANCE

La observancia de la política de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses de la Corporación Social de Cundinamarca es obligatoria para todas las áreas y dependencias de la Empresa.

TITULO I PARTE GENERAL

CAPÍTULO ÚNICO

3. ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL Y FUNCIONAL DE LA CORPORACIÓN.

3.1 Misión.

Mejorar la calidad de vida de sus afiliados, a través de planes y programas tendientes a mejorar su vinculación, fomentar el crédito, generar la cultura del ahorro, buscar su felicidad y bienestar social y económico.

3.2. Objeto. La Corporación Social de Cundinamarca, respecto de sus afiliados, tiene por objeto la prestación de servicios de crédito de vivienda, libre inversión y educación, programas de bienestar social, recreación y cultura, promoviendo la afiliación e incluyendo en lo que corresponda a sus familias, así como efectuar operaciones de libranza y consecuencia, realizar las actividades señaladas en la Ley 1527 de 2012.



3.3 Funciones: En desarrollo de su objeto, la Corporación Social de Cundinamarca ejercerá las siguientes funciones:

3.3.1. Financiar programas de vivienda de conformidad con las normas vigentes y programas aprobados por la Junta Directiva de la Entidad.

3.3.2. Fomentar el desarrollo económico de los afiliados, a través del crédito y demás programas que conlleven a mejorar la calidad de vida de los mismos.

3.3.3. Definir y desarrollar programas de bienestar para los afiliados y sus familias; de financiación para su vivienda, libre inversión, educación, recreación y cultura, demás programas de bienestar social que determine la Junta Directiva en beneficio de sus afiliados.

3.3.4. Realizar operaciones de libranza o descuento directo, para lo cual se realizará la correspondiente inscripción en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranzas.

3.3.5. Asegurar que los procesos que se desarrollan en la Entidad tengan definido su sistema de control e incorporen los cambios necesarios para ofrecer oportunamente los servicios que sus afiliados demanden.

3.3.6. Las demás que le atribuyan las disposiciones legales y ordenanzas vigentes y las que surjan del objeto y misión de la Entidad.

4. QUE ES EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y QUE BUSCA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO.

Con la Constitución Política se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se engió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés; "la responsabilidad de la Administración se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad"³; la Corte Constitucional los expresó en los siguientes términos:

" La Constitución de 1991 introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, antes de su entrada en vigor no existía una disposición constitucional que contemplara expresamente la obligación reparatoria estatal, lo que sin embargo no impidió que la jurisprudencia del Consejo de Estado encontrara el fundamento de dicha responsabilidad en distintas disposiciones de la Constitución de 1886, tales como los artículos 20, 16 y 30, que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título.

Esta Corporación ha señalado que la citada disposición constitucional es el fundamento no solo de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que además consagra "la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado", aplicable también a los regímenes de responsabilidad precontractual y contractual, tal como por otra parte ha sostenido la Sección 3ª del Consejo de Estado, juez especializado en este campo" (...)

De manera tal que "la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable", lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la "calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa".

Por daño antijurídico entonces, debe entenderse aquel perjuicio, menoscabo, detrimento que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en todas sus áreas de desarrollo, es decir, aquel frente al cual la persona no está en el deber jurídico de soportar, por no tener respaldo jurídico. Este puede ser causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas y genera un perjuicio que debe ser indemnizado.

En un significativo avance respecto del estado de cosas anterior a su entrada en vigor, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que lo sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades"⁴

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 31 de julio de 2017, proferida dentro del expediente 730012331000200101985 C1 (36.557)

⁴ "...la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz el artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple

Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.

Sede Administrativa.

Código Postal: 11321 - Teléfono: 339 9150

Twitter: @CundiGob Facebook: CundiamarcaGob

www.cundinamarca.gov.co



Acorde con el significado en el diccionario de la Real Lengua Española, prevención es "la acción y efecto de prevenir", "Reparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo". A su vez, prevenir significa "prever, ver y conocer de antemano un daño o perjuicio", también indica que es "disponer con anticipación o prepararse de antemano para una cosa". La prevención del daño antijurídico coincide con el significado común de prevenir, cuando señala que es conocer de antemano las causas de un daño o un perjuicio.

La Corte Constitucional en Sentencia C-333/96⁵, define el daño antijurídico como: "El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico, sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública."

El Consejo de Estado, en sentencia del 28 de enero de 2015⁶, ha expresado al respecto, lo siguiente: "Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables", no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico⁷. No obstante la jurisprudencia nacional⁸ ha definido tal

causalidad material que legitime la decisión, vale decir, la imputatio juris además de la imputatio facti. Sentencia C-638/06 (expediente D-5839), M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

⁵ Sentencia C-333/96 del 01 de agosto de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁶ Consejo de Estado. Radicación número: 05 001233100020020349701 (32912), Acción de Reparación Directa, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santoferrín Garbosa.

⁷ "La noción de daño antijurídico a la que se refiere el artículo 90 superior, es un concepto normativo parcialmente indeterminado, que no tiene, asimismo, una definición explícita en la Carta. No obstante la jurisprudencia constitucional ha dotado a la noción de un contenido normativo particular, mediante una interpretación sistemática e histórica de la disposición constitucional, que puede ser revisada, entre otras, en la Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero" (Sentencia C-957/14 (Expediente D-10279), M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

⁸ "La idea de que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado fuera de creación básicamente jurisprudencial, obedeció a dos circunstancias históricas determinantes. En primer lugar, hasta principios del siglo XX, la tradición clásica de soberanía que imperaba en el campo jurídico y político reforzaba y justificaba la idea de la potestad absoluta del Estado en el ejercicio del poder, y su correspondiente "irresponsabilidad" por Daños a terceros. En segundo lugar, ni en la ley, ni en la Carta Política anterior, se establecía una cláusula expresa que consagrara este tipo de responsabilidad, -en gran parte por la razón previamente enunciada-, lo que exigió respuestas de los jueces, al actuar en casos concretos. (...) En consecuencia, bajo reglas de derecho privado, la Corte Suprema de Justicia desarrolló entonces la jurisprudencia inicial en estas materias, y tal y como lo destacó la sentencia C-644 de 2011 de esta Corporación, con la providencia del 22 de octubre de 1896, La Corte Suprema de Justicia sostuvo por primera vez que a pesar de que las entidades estatales eran personas jurídicas, y por lo tanto, irresponsables penalmente por los delitos que ocasionaran a los ciudadanos, si se encontraban obligadas a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaron de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos."

A partir de este momento se fue consolidando paulatinamente una jurisprudencia por parte de esa Corporación, que puede definirse en tres etapas distintas, en las que el concepto de responsabilidad estatal fue evolucionando paulatinamente, así: (a) El de la responsabilidad indirecta del Estado, que suponía que las personas de derecho público respondían por las acciones u omisiones de sus agentes, bajo el entendido de que se trataba del hecho de otro, ante el daño causado (b) el de la responsabilidad directa, que admite, que quien provocaba el daño finalmente, era la persona natural al servicio del Estado, lo cual implicaba en últimas, que el verdadero causante del daño era la entidad pública de manera directa y (c), el de la falla del servicio. Sentencia C957 de 2014. "La responsabilidad del Estado surgió como producto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual se fundamentó en el Código Civil y los principios del Estado de derecho, dado el contexto nacional y financiero de la época. De hecho, esta Corporación en sentencia C832 de 2001 señaló que se trataba de una

Calle 39A #18-95 Bogotá D.C.

Sede Administrativa.

Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov

www.cundinamarca.gov.co



CUNDINAMARCA
REGION
Que Progresa!

concepto como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho⁹, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación".

La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de las administrados frente a la propia Administración. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 10) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución¹⁰.

Conforme a la Sentencia C-957/14¹¹ para "obtener la indemnización por un daño antijurídico propinado por el Estado, se requeriría, además que la lesión sea el resultado del cumplimiento regular o irregular de las obligaciones estatales o del incumplimiento de las mismas. En palabras de la Corte, "en la responsabilidad del Estado, el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita...". En efecto, no todo daño antijurídico supone una conducta antijurídica de la Administración. Esta también puede ser legítima, como se desprende del espíritu de la responsabilidad patrimonial del Estado, consagrado en la Carta".

En otras palabras, no toda lesión o daño resulta antijurídico, ni debe ser reparado por el Estado. Con todo, para determinar si un daño es o no antijurídico deben revisarse en cada caso sus circunstancias, en especial, si existen causales de justificación para la Administración que admitan que la persona, en virtud de normas legales u otros factores, tiene el deber de soportar el daño que se le infringió, según corresponda.

La sentencia C965 de 2003¹² sobre el particular expresa: "...cuando el daño no reviste el carácter de antijurídico, en razón a que recae sobre un interés que no goza de la tutela del derecho o que el sujeto pasivo tiene el deber jurídico de soportar en detrimento de su patrimonio, no se configura la responsabilidad del Estado y éste no se obliga a pagar una indemnización".

Actualmente la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), mantuvo la figura de la reparación directa como un medio de control para obtener la indemnización del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, de ahí que en el artículo 140 estableciera que "el Estado responderá en otras cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma".

"En conclusión, la responsabilidad patrimonial del Estado es una institución de carácter constitucional cuya finalidad es la de permitir a los ciudadanos demandar al Estado para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por sus agentes. Se puede ejercer a través de varios mecanismos, uno de

transformación en todo el ámbito del derecho comparado y por esa razón ha indicado que la "responsabilidad de la Administración Pública es hija del intervencionismo del Estado".

Posteriormente, al Consejo de Estado, a través de la Ley 167 de 1941, se le otorgó competencia para conocer de acciones reparatorias contra las entidades públicas, lo cual se hizo realidad con el Decreto 528 de 1964. A partir de allí, elaboró su propia jurisprudencia, pero con base en los principios constitucionales de legalidad, la garantía de la propiedad privada y derechos adquiridos con justo título, así como con el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Es decir, la responsabilidad del Estado se constituye en el "principio autónomo de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos".

⁹ Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 20 de octubre de 2014, proferida dentro del expediente 2500-23-26-000-1998-01906-01(27136)

¹⁰ Sentencia C-038/06 (expediente D-5839). M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

¹¹ Expediente. D-10279). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

¹² M.P. Rodrigo Escobar Gil



ellos es el medio de control de reparación directa, en la cual deben demostrarse dos elementos (i) el daño y que (ii) el mismo sea imputable a una autoridad pública"¹³

La Agencia de Defensa Jurídica del Estado -ADJE-, es la 'Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico' de 2013, ha sostenido que: "(...) La actividad jurídica relacionada con un conflicto es esencialmente una "actuación estratégica" (...) La posición estratégica de los demandantes del Estado tiene que ser contrarrestada por la actuación del mismo Estado en la protección de sus propias decisiones frente a la intervención legítima de la jurisdicción. Las decisiones relacionadas con los litigios de las entidades públicas deben considerarse como decisiones de política de la entidad ya que están relacionadas con los mecanismos jurídicos que le permiten o dificultan a la autoridad administrativa cumplir sus fines y alcanzar sus prioridades. Por ende, el litigio es otra de las herramientas al alcance de la Administración para obtener sus objetivos de políticas públicas. Por lo anterior, la política de prevención del daño antijurídico se constituye no solo en una estrategia de defensa, sino en una herramienta que transversaliza el funcionamiento de la administración pública, en términos del derecho y la obligación que tiene el Estado de defenderse, y que se constituye en una responsabilidad política que debe asegurar la transparencia en la gestión, se trata entonces de organizar la gestión pública oportunamente, identificando y analizando los actos y hechos administrativos que causan daño al particular y que a su vez pueden revertir en el Estado para tomar las medidas necesarias para evitar su materialización".

Y dice la Doctrina a través de del Dr. Edgardo Maya expresa que "La prevención del daño antijurídico está referida a las gestiones encaminadas a evitar que por las mismas causas generadoras de responsabilidad se produzcan, en el futuro, nuevas obligaciones patrimoniales a cargo de los organismos oficiales"¹⁴

Por su parte el Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁵ determina en su artículo 2.2.4.3.1.2.2. que: "El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público..."

5. GLOSARIO.

Teniendo en cuenta que la aplicación de Política de Prevención de Daño Antijurídico es transversal a toda la entidad y que se desarrolla con un enfoque interdisciplinario, resulta pertinente señalar definiciones de algunos términos utilizados dentro del documento, con el objeto de dar mayor claridad a su contenido:

5.1. Ciclo de Defensa Judicial: Conjunto de etapas que conforman la Defensa Judicial del Estado conformado por las actuaciones prejudiciales, el proceso judicial, el cumplimiento y pago de sentencias y la acción de repetición y recuperación del recurso público.

5.2. Conciliación extrajudicial: es la conciliación que se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. En asuntos de lo contencioso administrativo, es un mecanismo de solución de los conflictos entre los particulares y el Estado, la cual debe, obligatoriamente, adelantarse ante un agente del Ministerio Público como requisito de procedibilidad, antes de presentar una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en asuntos de naturaleza conciliable.

5.3. Daño antijurídico: La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho".

5.4. Defensa Jurídica del Estado: Conjunto de actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del Estado, de los principios y postulados fundamentales que lo sustentan y la protección efectiva del patrimonio público.

¹³ Sentencia SU355/17 (Expediente T-5.750.738) M.P. Iván Humberto Escudero Mayoza.

¹⁴ Maya Vilazón, Edgardo José "El fortalecimiento de la Gerencia Jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público"

¹⁵ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho"

Conforme al inciso segundo del Artículo 3 del Decreto Ley 4085 de 2011, "La defensa jurídica de la Nación comprende todas las actividades relacionadas con: (i) la identificación y prevención de conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas y del daño antijurídico generador de responsabilidad patrimonial para el Estado; (ii) la administración, control y procesamiento de la información relativa a la Defensa Jurídica del Estado; (iii) la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos; (iv) la participación en procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal, sean parte demandante o demandada o deban intervenir; (v) la definición de estándares para la defensa judicial de las entidades públicas; (vi) la evaluación de los resultados de la defensa jurídica del Estado y del cumplimiento de sentencias y conciliaciones, y (vii) la recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición. 3

5.5. Demanda judicial: Acto por el que el actor demandante solicita del órgano jurisdiccional frente al demandado una tutela jurídica en forma de sentencia favorable, mediante un escrito en el que expone los antecedentes del hecho del caso y sus razonamientos jurídicos, con el que ordinariamente se comienza el proceso.

5.6. Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Los jueces de esta jurisdicción están llamados a solucionar los conflictos que se presentan entre particulares y el Estado, o los conflictos que se presentan al interior del Estado mismo.

5.7. Línea Jurisprudencial: Criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado en las sentencias de los tribunales judiciales superiores.

5.8. Litigio: Proviene del latín *Litis* que significa "Traba en un proceso judicial en la demanda y su contestación". Disputa, contienda o alteración de índole judicial.

5.9. Política Pública: El manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico, expedido en junio de 2014 por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, define política pública como el:

"Uso consciente y sistemática de los recursos públicos a través de decisiones legales, administrativas, regulatorias y sobre prioridades de gasto específico que se pretende solucionar. Así, una política pública es una alternativa de solución a un problema planteado que implica el uso de recursos públicos y una decisión de tipo legal, administrativo o regulatorio. Las políticas públicas se plantean con y ejecutan con base en prioridades presupuestales, técnicas y políticas. Específicamente, la política de prevención es la solución de los problemas administrativos que generen litigiosidad e implicar el uso de recursos públicos para reducir eventos generadores del daño antijurídico."

5.10. Política de Prevención del Daño Antijurídico: Conjunto de acciones administrativas de carácter preventivo formuladas y proferidas por el Comité de Conciliación de la entidad u organismo de orden nacional, distrital, departamental o municipal, tendientes a impedir o evitar que se configure un daño antijurídico, originado por la acción u omisión de los servidores públicos en cumplimiento de sus funciones, o de los contratistas en la ejecución de sus actividades; así como a fomentar las buenas prácticas por parte de las áreas o dependencias de las entidades, con el fin de contribuir a la mitigación, disminución y eliminación de las falencias administrativas o misionales que pueden llegar a generar litigiosidad.

5.11. Prevención: El Diccionario de la Lengua Española la define como la "Preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo.". En el sector público, ello se traduce en la identificación y análisis oportuno de los actos, hechos y operaciones administrativas que tengan o puedan tener la potencialidad de causar daño a terceros, con el fin de tomar las medidas necesarias para evitar su materialización.

5.12. Proceso judicial: Conjunto de procedimientos y trámites judiciales tendientes a la obtención de una decisión por parte del tribunal de justicia llamado a resolver la cuestión controvertida.

5.13. Régimen Jurídico: conjunto de leyes y normativas al que debe someterse cierta materia

5.14. Sentencia: Acto mediante el cual un juez o magistrado expresa la voluntad dentro de un proceso, es decir, sobre las pretensiones formuladas por el demandante y la conducta que frente a ellas adopte el demandado.

6. MARCO NORMATIVO

6.1. Constitución Política de Colombia

"Artículo 2:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

"Artículo 90:

El Estado es responsable "por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión"; y que "en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este".

6.1.2. Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

El 2 de julio de 2012, empezó a regir la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tenido por objeto proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares; norma aplicable al municipio por expresa disposición del artículo 2o.

El nuevo Código estableció que las entidades en sus actuaciones deben atender los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Señaló a su vez la formas en que se inician las actuaciones administrativas, advirtiendo que las mismas tienen como fuente: Por quienes ejercen el derecho de petición, en interés general, por quienes ejercen el derecho de petición, en interés particular, por quienes obran en cumplimiento de una obligación o deber legal, por las autoridades, oficiosamente.

6.1.3. Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción

El estatuto anticorrupción estableció normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en tal disposición se fijan aspectos relevantes a tener en cuenta por parte de la administración en el ejercicio de sus funciones, en especial en los relacionado con la contratación estatal, con lo cual se expidió el Decreto 734 de 2012.

6.1.4 Decreto 019 de 2012 Estatuto Anti-trámites.

El Decreto 019 de 2012, señaló que los procedimientos y las regulaciones administrativas tienen por finalidad proteger y garantizar la efectividad de los derechos de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades y facilitar las relaciones de los particulares con estas como usuarios o

destinatarias de sus servicios de conformidad con los principios y reglas previstos en la Constitución Política y en la ley.

Advirtió que su finalidad es la de suprimir o reformar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la Administración Pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de estas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.

6.1.5. Decreto único reglamentario 1069 de 2015

En su Artículo 2.2.4.3.1.2.2, señala que: "El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad". Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigente evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité

Así mismo, el Artículo 2.2.4.3.1.2.5, se establece como una de las funciones del Comité de Conciliación, el "Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico"

6.2. Comité de Conciliación

Que el Decreto 1069 de 2015 establece en el artículo 2.2.4.3.1.2.1, "Campo de aplicación: Las normas sobre comités de conciliación contenidas en el presente capítulo son de obligatorio cumplimiento para los entes de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los Municipios que sean capitales de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles".

Que de conformidad con los Decretos 1069 del 25 de mayo de 2015 y 1167 del 19 de julio de 2016 y demás normas concordantes, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca, ajustó y actualizó el reglamento de la organización, conformación y funcionamiento como una herramienta de gestión que permita el cumplimiento de sus funciones y la toma de decisiones conforme a la reglamentación actual, acto plasmado en el acta No.6 de los integrantes del comité del 30 de septiembre del 2020, el cual fue adoptado por la Gerencia General mediante a resolución No. 2290 del 30 de septiembre de 2020

6.2.1. Objetivo del Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación y Defensa Judicial tendrá como objetivo el estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la Entidad.

6.2.2. Funciones del comité de conciliación. El comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca, ejercerá las siguientes funciones:

6.2.2.1.- Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico

6.2.2.2.- Diseñar las políticas generales que orientan la defensa de los intereses de la Entidad

6.2.2.3.- Estudiar y ejecutar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.

6.2.2.4.- Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.

6.2.2.5.- Determinar, en cada caso, la procedencia o no procedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación

deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se supuestos con la jurisprudencia reiterada.

6.2.2.6.- Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la Entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decide no instaurar la acción de repetición.

6.2.2.7.- Determinar la procedencia o la improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.

6.2.2.8.- Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.

6.2.2.9.- Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité preferentemente un profesional del derecho.

6.2.2.10.- Dictar su propio reglamento.

6.2.2.11.- Autorizar que los conflictos suscitados entre entidades y organismos del orden nacional sean sometidos al trámite de la mediación ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

6.2.3. CONFORMACIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN. El comité de Conciliación y Defensa Judicial estará conformado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes.

6.2.3.1 El jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su delegado.

6.2.3.2 El ordenador del gasto o quien haga sus veces.

6.2.3.3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la Entidad.

6.2.3.4. El Subgerente Administrativo y Financiero.

6.2.3.5. El Subgerente de Servicios Corporativos.

7.- PRINCIPIOS Y VALORES RECTORES PARA LA FIJACIÓN DE LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN.

7.1. Identificación del problema. Deben constatarse la realización de acciones u omisiones de la administración que causen lesiones de intereses jurídicos.

7.1.2. Identificación de las posibles causas. Se refiere a la realización de actividades que permitan constatar si la causa del problema que se ha planteado lo es o no imputable a la Entidad y determinar si es o no prevenible.

7.1.3. Plantear solución al problema. Se concreta en la formulación de medidas administrativas para prevenir y corregir las causas detectadas.

7.1.4. Implementación de un cronograma. Es indispensable para hacer el seguimiento a la aplicación de la solución planteada como a la utilización de los recursos (humano, físico, técnico, tecnológico) empleados en la solución.

7.1.5. Institucionalización y socialización de las medidas preventivas y correctivas. Las decisiones que se adopten por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación, deben ser difundidas por los medios adecuados y a través del desarrollo de actividades de capacitación a todos los funcionarios y empleados de la Entidad, atendiendo a que la política de prevención del daño antijurídico y defensa es vinculante respecto de todas las dependencias de la institución.

7.1.5. *Verificación de los resultados.* Las políticas de prevención no son un instrumento inmodificable, pues solo después de hacerse el seguimiento a los procedimientos implementados, se constatará si los mismos han sido suficientes o es necesario adicionarlos o modificarlos, caso en el que el comité de conciliación adoptará las medidas que se consideren necesarias para la aplicación y desarrollo de la política de prevención del daño antijurídico trazada.

7.2. Valores institucionales.

7.2.1. *Honestidad.* Cada uno de los funcionarios y empleados de la Corporación Social de Cundinamarca, actuarán con rectitud y honradez, dejando de lado actos de engaño o fraude y siempre deberán pensar en el beneficio institucional.

7.2.2. *Responsabilidad.* Cada uno de los funcionarios y empleados de la Corporación Social de Cundinamarca, deberán estar en capacidad de dar respuesta a todos los compromisos adquiridos y a las funciones asignadas, reconociendo y adoptando las consecuencias de las decisiones adoptadas.

7.3.2. *Transparencia.* Cada uno de los funcionarios y empleados de la Corporación Social de Cundinamarca, actuarán siempre de manera abierta y visible, permitiendo a los demás conocer la razón por la que actúan en uno u otro sentido, transmitiendo seguridad y credibilidad.

7.3.3. *Solidaridad.* Cada uno de los funcionarios y empleados de la Corporación Social de Cundinamarca, aunarán esfuerzos para dirigir toda sus ideas y actuaciones en beneficio de los intereses de la Entidad y de los cundinamarqueses.

7.3.4. *Equidad.* Cada uno de los funcionarios y contratistas de la Corporación Social de Cundinamarca ofrecerá un trato igual a todas las personas, respetando y teniendo en cuenta sus diferencias.

7.3.5. *Imparcialidad.* Cada uno de los funcionarios y empleados de la Corporación Social de Cundinamarca, actuará con objetividad, sin influencias de ninguna naturaleza, sin prejuicios o tratos diferentes.

7.3.6. *Compromiso.* Cada uno de los funcionarios y empleados de la Corporación Social de Cundinamarca, tendrá como propósito cumplir las funciones misionales que le correspondan según el cargo que desempeñen, con actitud positiva, flexible a los cambios, transmitiendo confianza en los usuarios que acudan a la Entidad.

8. - DEFINICIÓN DE POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia marca una etapa fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que se constituye la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Así las cosas, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables ya sea por la acción u omisión de las distintas autoridades que lo conforman.

La Honorable Corte Constitucional, considera que esta aceptación de daño antijurídico con fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, ya que es a este último quien le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente a la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de su propia actividad, al margen de cualquier conducta culpable o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la creta patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al Patrimonio de la víctima

por medio del deber de indemnización¹⁶.

Ahora bien, una política pública es una alternativa de solución a un problema planteado que implica el uso de recursos públicos y una decisión de tipo legal, administrativo o regulatorio, las cuales se plantean y ejecutan con base en prioridades presupuestales, técnicas y políticas. Luego, la política de prevención es la solución de los problemas administrativos que generan litigiosidad e implica el uso de recursos públicos para reducir los eventos generadores del daño antijurídico de la Entidad.

Esta definición delimita lo que una política de prevención debe contener, en particular:

1. La identificación de un problema: El proceso, procedimiento, o actuación que tiene fallos y se constituye como generador de daño antijurídico. Este problema es una falencia administrativa que ocasiona o tiene la potencialidad de ocasionar litigiosidad, bien sea por acción u omisión de la entidad en desarrollo de sus actividades;
2. Una solución al problema: Un plan de acción para eliminar o disminuir las situaciones generadoras del daño; y,
3. Un plan para su seguimiento y evaluación.

Este manual presenta pautas para formulación y adopción de unas políticas de prevención del daño antijurídico por parte del Comité de Conciliación de La Corporación Social de Cundinamarca, frente a una falencia que ocasiona la reclamación y/o condenas en su contra.

TITULO II PARTE ESPECIAL CAPITULO I

METODOLOGÍA PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.

1.- DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA.

La metodología que sugiere la Alta Gerencia de la Corporación Social de Cundinamarca, contiene el procedimiento a seguir para formular y ejecutar políticas de prevención, la cual claramente responde a problemas cuya solución necesita de un conocimiento específico que no está centralizado en una sola dependencia de la Entidad, y en particular, que no está centralizado en la gerencia o en los responsables de la toma de decisiones.

Cuando ya se ha dejado claro anteriormente, resulta necesario que el Comité de Conciliación y defensa judicial, ante posibles acciones previsibles, que se emprendan contra la Entidad, formule políticas de prevención del daño antijurídico, que incluyan recomendaciones y así eviten un detrimento patrimonial, resultado de acciones litigiosas adversas por decisión de los jueces que restablezcan derechos. Así mismo, la naturaleza de una política de prevención lleva implícito promover el desarrollo de la cultura proactiva de los servidores públicos y colaboradores de la gestión que se ajusten a los lineamientos y a las directrices de la Entidad.

Conforme con lo anterior, la formulación de posibles políticas de prevención del daño antijurídico implica análisis de información disponible actualizada, identificando los puntos que generan problemas, enlistando posibles causas, tanto primarias como secundarias, y a partir del Comité estrategias para corregir el problema, implementando medidas correctivas, evaluando resultados e institucionalizando las medidas.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-333 1996.

La Entidad debe procurar la concientización de todos sus funcionarios en la importancia del cumplimiento de la misión institucional, de la normatividad aplicable, así como de los lineamientos y directrices, todo ello hacia una cultura de la legalidad y la prevención de daño.

En este orden de ideas, resulta necesario que la prevención del daño antijurídico permee a toda la Entidad, es decir, si bien la instancia competente para la formulación y adopción de una política en la materia es el Comité de Conciliación, todas las dependencias (estratégicas, misionales, apoyo y de evaluación), deben aportar insumos bien sea para su elaboración, o para su implementación. Para el efecto, se deben tener en cuenta los siguientes pasos básicos:

Destinatarios de los lineamientos Dependencia (s) en donde ocurre la falla. Es la encargada de prevenir la ocurrencia de la misma e implementar la política de prevención del daño antijurídico que formule y expide el Comité de Conciliación.

Dependencia (s) en donde ocurre la falla. Es la encargada de prevenir la ocurrencia de la misma e implementar la política de prevención del daño antijurídico que formule y expida el Comité de Conciliación.

Comité de Conciliación y defensa judicial. Instancia que formula y expide la política de prevención del daño antijurídico, realiza el seguimiento, evaluación, ajustes y modificaciones correspondientes.

La Secretaria Técnica del Comité de Conciliación será el enlace entre dicha instancia y los demás intervinientes en la elaboración de la política de prevención del daño antijurídico. También será la responsable del manejo, conservación y custodia de los documentos que se originen en la aplicación de los presentes lineamientos.

Se adjuntan al presente manual los lineamientos adoptados por la Gobernación de Cundinamarca que también fueron adoptados la Corporación Social de Cundinamarca los cuales se desarrollarán a través de circulares que hacen parte del presente manual.

Las Posibles causas generadoras del daño antijurídico, priorización: casos reiterados o recurrentes.

SUBGERENCIA DE SERVICIOS CORPORATIVOS

Los hechos / situaciones que en el Proceso de Créditos que pueden generar causal de un DANO ANTJURIDICO son los siguientes:

1. Impresión incorrecta de los pagares generando información incompleta del contenido mismo.
2. Certificación y desprendibles de nómina expedidos con fechas vencidas.
3. Libranza no corroboradas por el funcionario a cargo.
4. Los documentos como pagarés y formulario del crédito sean entregados a bóveda para que la Entidad tenga garantía en el momento de presentar demanda.
5. Otorgamiento de la póliza para personas menores de 60 años y si es mayor de 60 años tiene que ser mediante examen médico.
6. La póliza debe coincidir con los datos de la libranza y los datos del crédito.
7. Radicar, tramitar u otorgar créditos en las distintas modalidades sin el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios.
8. Presentación de documentos irregulares o inexactos por parte de los afiliados, para la radicación y trámite de créditos, que determinen el otorgamiento, por falta de validación y verificación del contenido de los mismos por la Entidad.
9. Liquidación deficiente o errónea de la capacidad de endeudamiento del afiliado solicitante de crédito, que determine la aprobación y otorgamiento por un mayor valor al que realmente puede cancelar, como cuota de amortización mensual, de conformidad con la normatividad vigente (Ley 1527 de 2012 y 1902 de 2018 Acuerdo 0013 de 2015).

10. Avalúo de inmueble que va a ser dado en garantía por crédito hipotecario que no contemple la realidad comercial del valor del inmueble y ello determine un mayor valor en el otorgamiento del crédito.

11. Deterioro o pérdida de los documentos ejecutivos y/o títulos valores que respaldan las obligaciones de los afiliados por créditos otorgados.

12. Deterioro o pérdida de los expedientes con la documentación soporte de créditos otorgados.

13. Falta de suscripción de los títulos ejecutivos

OFICINA ASESORA JURIDICA

1. Falta de seguimiento, control y vigilancia a los diferentes procesos judiciales. Ante lo cual se debe efectuar la siguiente acción:

Realizar seguimiento término las contestaciones de acciones constitucionales de tutelas, conceptos, solicitudes de información y respuestas a derechos de petición.

2. Vencimiento de los términos legales

3. Respuestas extemporáneas o ausencia de respuestas a los derechos de petición.

3. Pérdida de los títulos ejecutivos o deterioro de los mismos.

4. Insuficiencia de recursos humanos para tramitar los diferentes procesos

5. Falta de idoneidad del recurso humano

6. Falta ética profesional.

7. Ofrecimiento dádivas a funcionarios y contratista de la Oficina Asesora Jurídica.

8. Falta de continuidad en la contratación de la empresa de abogados externos encargados del representación judicial y recaudo de la cartera en la etapa jurídica, lo que genera traumatismo en la entrega de procesos de una empresa a otra.

OFICINA ASESORA DE CONTRATACION

1. Falta de planificación de la dependencia generadora de la necesidad a contratar, toda vez que; de no realizar un trabajo técnico acucioso relacionado con: Que necesito? Cuando lo necesito? Por que lo necesito? ¿Como pago lo que necesito? Cuando pago lo que necesito? Etc. durante la ejecución del contrato pueden existir vacíos contractuales no evidenciados desde la etapa de planeación las cuales pueden inferir en graves daños en contra de la entidad, por una ejecución básica, que no satisface de pleno, la necesidad de la entidad y hasta un detrimento patrimonial. Riesgo.

2. Falta de control del supervisor designado; durante la etapa de ejecución contractual se pueden presentar inconvenientes con la falta de control ejercida por el supervisor designado, toda vez que no se hacen las respectivas verificaciones del cumplimiento pleno de las actividades contratadas, del seguimiento a los pagos que debe realizar el contratista a la seguridad social, de la presentación de informes sin soportes respectivos, de la certificación no soportada que realiza el supervisor, de la autorización de pagos de cuentas sin el lleno de los requisitos exigidos contractualmente los cuales han sido designados a su control y seguimiento, esto puede ocasionar en lesiones o graves daños a la entidad, como multas, sanciones y otros e indole personal a quien ejerce la supervisión por omisión de las acciones designadas durante la ejecución contractual.

3. La no actuación a tiempo, o la toma de decisiones extemporáneas por parte de los supervisores, pasando por alto los medios con que cuenta la entidad para coartar a los contratistas al cumplimiento de sus obligaciones.

Evidenciado un posible incumplimiento el supervisor tiene el deber de notificar a la oficina de contratación así como a la oficina asesora jurídica, a tiempo, con el fin de tomar las medidas a que haya lugar frente al incumplido, evitando lesiones graves para la entidad.

UNIDAD TECNICA DE CARTERA Y AHORROS

1. - Clasificar equivocadamente el tipo de cobro de cartera a los deudores. Se debe revisar y validar los listados de distribución de cartera mensual

2. Revisar las relaciones de entrega de cartera a las diferentes instancias, y el riesgo a evitar es entregar a un cobro jurídico sin estarlo.

2.- Error en la aplicación de los desgloses. Se debe buscar contacto vía Correos enviados e pagadunas para validar las planillas que no se aplican y el riesgo a evitar es aplicar equivocadamente un valor, error que puede ser fatal como quiera que podría demandarse sin estar en mora por una aplicación errónea.

3.- La no contratación de empresas para cobro en los primeros meses del año. La No se adelantar a tiempo el cobro y se deja avanzar la deuda, y el daño a evitar es posibles vencimientos de obligaciones por no cobrar a tiempo

4.- La falta de control de los acuerdos de pagos realizados por los deudores. La Unidad Técnica de Cartera y Ahorros debe enviar a la Oficina Asesora Jurídica los reportes de los acuerdos de pago incumplidos para que ejerce acciones de cobro jurídico y el daño a evitar es posibles vencimientos de plazo y pagares.

1.3. ACCIONES PREVENTIVAS PARA MINIMIZAR LAS DEMANDAS Y/O PARA EVITAR FALLOS EN CONTRA DE LA ENTIDAD.

Capacitación: Servidores, contratistas y apoderados judiciales. Se requiere constante capacitación a los servidores, en especial a aquellos encargados de tramitar los derechos de petición, quejas, realizar visitas in situ y extra situ, adelantar investigaciones y proyectar los actos administrativos sancionatorios y los que ejercen la representación judicial de la entidad.

Esta acción es de mayor exigencia, como quiera que es la que exige o genera mayor riesgo y que debe ser adoptada como una Política de prevención del daño antijurídico, en aras de evitar en lo posible demandas y fallos en contra de la Entidad

- Seguimiento permanente a los actos propios de los servidores, contratistas y apoderados judiciales y concertar reuniones frecuentes con los mismos.

- Vigilancia permanente de los de procesos judiciales donde se encuentren radicados.

- Estadística, respecto del porcentaje total, de reclamaciones, solicitudes y demandas del total de requerimientos en contra de la entidad. Además del valor en pesos en caso de ser falladas en contra, la cual reposa en la Oficina Asesora Jurídica por ser a la que le corresponde atender y controlar el trámite de procesos judiciales y extrajudiciales.

- Vigilancia y seguimiento a las decisiones tomadas por la Junta Directiva

1.3. Medidas adicionales para corregir el problema

Teniendo en cuenta el estudio realizado a las demandas, providencias judiciales y administrativas, como las conciliaciones realizadas por esta entidad, se procede a diseñar o formular las recomendaciones y acciones adicionales, que tiendan a evitar la ocurrencia de las acciones u omisiones irregulares de la administración, en actuaciones posteriores.

- Promover la adopción de políticas de calidad, para garantizar la eficacia de las actividades misionales respecto a sus funciones de control, inspección y vigilancia.

- Impulsar un alcance específico en la formulación de proyectos garantizando el acompañamiento de las áreas misionales.

- Garantizar el ejercicio del derecho de petición de las vigiladas y de los ciudadanos en general.

- Estimular la identificación de riesgos según su nivel de previsibilidad y de cobertura por las garantías.

- Mantener actualizado el mapa de riesgos, previa evaluación individual de cada uno de ellos para luego agruparlos con el fin de atenderlos por materias de manera integral.

- Impulsar la realización de comités con determinada periodicidad que permitan la interacción y socialización de las responsabilidades de cada una de las áreas.



- Capacitación a los funcionarios encargados de la supervisión de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de prevenir acciones judiciales por falta en el servicio por falta de control y vigilancia.

- Señalamiento de políticas internas de supervisión: Visitas insitu y extrasitu; supervisión a las dependencias por el Comité de Conciliación.

1.6 PLAN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACION

Dentro del Comité de Conciliación y Defensa Judicial se priorizarán en las actividades de capacitación, identificación de los riesgos y las medidas de prevención y defensa del daño antijurídico de la Corporación Social de Cundinamarca. Igualmente de manera anual se realizará un informe presentado por la Oficina Asesora Jurídica, respecto de la actividad litigiosa de la Corporación con el fin de hacer seguimiento de los procesos judiciales.

2.- Producto.

Adopción de la política de prevención del daño antijurídico expedido por el Comité de Conciliación de la Corporación Social de Cundinamarca.

3. Bibliografía.

1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Guía para generación de política de prevención del daño antijurídico. 2013
2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico, junio de 2014.
3. Sentencias del Consejo de Estado, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia
4. Lineamientos Gobernación de Cundinamarca
5. Decreto No. 386 del 13 de agosto de 2020
6. Ministerio de Justicia y del Derecho www.minjusticia.gov.co
7. Los medios de control han sido incluidos por la ley 1437 del 2011 en los artículos 137 y siguientes Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo.
8. Artículo 2 de la Carta Política los fines esenciales del estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios Derechos y deberes consagrados en la constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que afectan y en la vida política, económica, administrativa y cultural de la Nación.
9. Artículo 90 de la carta Política de 1991.
10. Ley 1441/2011 regulada por el decreto ley 4085 del 2011, mediante la cual la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).
11. Ley 496 de 1998, artículo 75 dispuso que las entidades y organismos de Derecho Público del orden Nacional, deberán integrar un comité de conciliación conformado por los funcionarios del Nivel Directivo.
12. Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015 mediante el cual se expidió el decreto único reglamentario del sector de justicia y del derecho en su artículo 2243.1 22 dispone que el comité de conciliación constituye una instancia administrativa para el estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de interés de la entidad
13. "Cartilla instructiva para la identificación de tipologías de daño antijurídico"

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente Comité de Conciliación y Defensa Judicial
Corporación Social de Cundinamarca

Elaboró: Sandra Patricia Mendoza Granja
Abogada de Apoyo- Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Julian Duarte Castellanos



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0150

 /CundIGob  @CundinamarcaGob
www.cundinamarca.gov.co

Jefe Oficina Asesora Jurídica:

Seguicarrmente la profesional LUDY ANDREA BURGOS CORREDOR procede a dar lectura a cada una de las circulares que contienen los lineamientos sobre la prevención del daño antijurídico en los siguientes términos:

CIRCULAR No. 17 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial Corporación Social de Cundinamarca

Para: La Corporación Social de Cundinamarca

Asunto: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en materia de configuración del Contrato Realidad.

Fecha 30 de Noviembre de 2020

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca, en aras de prevenir el daño antijurídico y fortalecer la defensa judicial de la Entidad, enuncia a guiso de los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta por los ordenadores del gasto y los funcionarios que tiene a cargo la actividad contractual en las dependencias de la Corporación Social de Cundinamarca, previo el marco normativo que le asiste.

Las normas que se citan a continuación corresponden al marco legal que permite a los Comités de Conciliación de las entidades estatales, dictar lineamientos en aras de prevenir el daño antijurídico y promover la debida defensa judicial de la respectiva entidad.

1. COMPETENCIA Y ALCANCE:

Decreto 1069 de 2015. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho".

"Artículo 2.2.4.3.1.2.2. Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actuar como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité

(...)"

"Artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. El comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.

Decreto 1716 de 2019. "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1265 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 610 de 2001".

"Artículo 19. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la Entidad.

(...)

Decreto Departamental 0271 de 2012: "Por medio del cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del sector Central del departamento de Cundinamarca".

"Artículo 3 FUNCIONES: El Comité de Defensa Judicial Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico".

(...)

En consideración a que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, estableció lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en materia de configuración del contrato realidad, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Sector Central del Departamento de Cundinamarca, estimó procedente y oportuno acogarla a través de la Circular 002 de 13 de agosto de 2020, y en el mismo sentido lo hará la Corporación Social de Cundinamarca a través de esta Circular.

Bajo el amparo de una gestión efectiva, integral y permanente, que garantice el goce efectivo de los derechos y principios constitucionales, y que permita optimizar los recursos públicos, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado adelantó un estudio en el que se analizaron las providencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, y por la Corte Constitucional, acerca del manejo inadecuado de la figura de la contratación por servicios que desarrolla la Ley 80 de 1993, cuya consecuencia principal para la Administración es la configuración del contrato realidad, y la subsecuente declaratoria de la existencia de una verdadera relación laboral.

En consecuencia, la Agencia considera importante dar a conocer los elementos que en sede judicial son evaluados para declarar la existencia de un contrato realidad, sobre la base de un contrato de prestación de servicios que por su ejecución irregular devino en una relación laboral. Así mismo, estima pertinente que las entidades destinatarias de esta comunicación incluyan en sus planes de prevención de daño antijurídico, defensa judicial y prejudicial, los lineamientos generales para la prevención del daño antijurídico, la conciliación temprana y la defensa, que serán citados enseguida conforme el precedente analizado.

2. PRINCIPALES FALENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LA BASE DE LAS CUALES SE DECLARA LA CONFIGURACIÓN DE UN CONTRATO REALIDAD

Los contratos de trabajo reciben esa denominación por la configuración de tres elementos esenciales según la Ley laboral, cuyo contenido está desarrollado por la jurisprudencia laboral ordinaria, contenciosa y constitucional, a saber: (i) prestación personal del servicio, (ii) subordinación del trabajador a la dirección del empleador y (iii) salario.

Así cuando un juez estudia la petición de declaratoria de la configuración del contrato realidad de una persona vinculada con una entidad del Estado a través de un contrato de prestación de servicios, verifica que en ese caso concreto se cumplan los tres elementos de configuración de la relación laboral, con especial atención del requisito de la dependencia, cuya validación permite esclarecer si el contratista actuó de forma autónoma en la ejecución del contrato, o por el contrario estaba sujeto al direccionamiento del contratante y debía cumplir horarios cuando no era estrictamente necesario para el desarrollo de la labor, realizaba funciones similares a los funcionarios, cuando existía el personal suficiente para ejecutarlas, etc.

En relación con la configuración del elemento de la dependencia, este se puede extraer de una serie de indicios. Sin embargo, se ha de advertir que la presencia o la ausencia de uno de ellos, no incide, siempre, en su configuración. Así, para considerar acreditada la subordinación en una relación con el Estado, se requiere tener consciencia de todos los hechos que se presentaron en la ejecución del contrato pactado, pues se recuerda que la esencia de la configuración de una relación laboral se deriva de la realidad.

En este contexto, cabe recordar que la declaratoria de un contrato realidad tiene por finalidad, de conformidad con la jurisprudencia analizada: (i) evitar el desconocimiento de los derechos reconocidos a los trabajadores por la Constitución y la Ley, (ii) promover la buena fe en la ejecución de los contratos; (iii) lograr la justicia entre empleadores y trabajadores y (iv) resarcir al trabajador. Así, dado que son diversos los fines que se protegen a través de la adecuada ejecución de los contratos de servicios, puede suceder que, además de las condenas judiciales a que haya lugar en virtud de la declaratoria de un contrato realidad, las entidades y los funcionarios responsables afronten consecuencias disciplinarias. Esto sucede tanto en eventos en que el contrato empieza como uno de prestación de servicios y en ejecución se presentan elementos de una relación laboral, o cuando se logra demostrar que, desde la suscripción del contrato, el contratante tenía la intención de esconder una verdadera relación laboral.

En el marco de estas precisiones, y para iniciar, la agencia pone a consideración de las entidades destinatarias de esta comunicación, las principales falencias en que incurre la Administración en relación con la materia que se desarrolla, divididas en dos fases:

2.1 En la fase de la celebración del contrato:

- A. Establecer como actividades a desarrollar por el contratista, aquellas similares a las que ejecutan los funcionarios, sin justificar que no se cuenta con el personal suficiente dentro de la planta de la Entidad para desarrollar esa labor.
- B. Establecer como actividades a desarrollar por el contratista, aquellas relacionadas directamente con el objeto social de la entidad, que deben ser ejecutadas de forma permanente por el personal de planta y que estén relacionadas con la Administración o funcionamiento de la entidad, y no aquellas que requieran un conocimiento o experiencia determinados.
- C. Suscribir sucesivos contratos de prestación de servicios con el mismo contratista y con el mismo objeto contractual, cuando está relacionado con las funciones de la entidad y no se requieren conocimientos técnicos especializados.
- D. Establecer, cuando no es necesario, disposiciones restrictivas en relación con la forma de ejecución de las labores a cargo de contratista, desconociendo la independencia de aquel en el desarrollo de la actividad.
- E. Redactar cláusulas, cuando el objeto contractual no lo requiere, a través de las cuales se imponga al contratista cumplir un horario permanente en las instalaciones de la entidad por más tiempo del necesario para el desarrollo de sus actividades, solicitar permiso para ausentarse, o estar disponible en todo tiempo personalmente o a través de cualquier medio personal de comunicación, entre otras similares que den cuenta de situaciones a través de las cuales se pueda inferir que existe subordinación.
- F. Suscribir cláusulas que permitan a la entidad sancionar disciplinariamente al contratista en relación con la ejecución de sus actividades.

2.2 En la fase de ejecución del contrato:

- A. Exigir el cumplimiento de horario o reconocer horas laborales, y requerir al contratista que permanezca en las instalaciones de la Entidad cuando no se requiere para la ejecución de las actividades derivadas del objeto contractual.
- B. Exigirle al contratista disponibilidad permanente y dedicación exclusiva para cualquier requerimiento que efectúe la administración, en las mismas condiciones exigidas a un trabajador de planta.
- C. Asignarle actividades similares a las funciones que ejecuta el personal de planta, que se presume son de carácter permanente, y desconocer las actividades propias del contrato y la experiencia que el contratista acreditó para desarrollar sus labores con autonomía e independencia.

- D. Pedirle al contratista que cumpla labores para las cuales no fue contratado, y solicitarle que asista a reuniones, citas, entrevistas, y demás cuando no guarden relación con la labor contratada por servicios.
- E. Direccionar al contratista en la ejecución de la labor a desarrollar, la forma de hacerlo y los medios para llevarlo a cabo
- F. Exigir al contratista que pida autorización para ausentarse de la entidad, especialmente, cuando su presencia no es necesaria para ejecutar las actividades contratadas y las mismas pueden completarse y darse a conocer al contratante, por ejemplo, a través de los diversos medios personales de comunicación.
- G. Variar las condiciones de tiempo, modo y lugar de la prestación de los servicios contratados, de forma tal que la autonomía del contratista se limite o se le imponga restricciones que no estén relacionadas con el objeto contractual.
- H. Exigir al contratista que se sujete al reglamento del personal, cuando sea del caso, o que acate cualquier disposición destinada a los funcionarios de planta por ejemplo, el uso de uniformas, asistencia a eventos de la entidad que no requieren necesariamente de su participación, o similares.
- I. Vigilar constantemente las actividades que realiza el contratista mediante evaluaciones o calificaciones de desempeño.
- J. Amonestar al contratista de forma verbal o por escrito, o sancionarlo disciplinariamente.
- K. Que la administración pierda de vista que la labor por servicios se contrata de forma transitoria y que si la misma se requiere de forma permanente se debe evaluar la posibilidad de creación del cargo en la planta de personal

3 LINEAMIENTOS GENERALES DEL CICLO DE DEFENSA JURÍDICA

3.1 En materia de prevención del daño antijurídico

3.1.1 En la fase de celebración del contrato

- A.- Suscribir contratos de prestación de servicios en aquellos eventos en los que la actividad a contratar no puede ser ejecutada por el personal de planta o cuando se justifique que el personal de planta que realiza actividades similares es insuficiente para completarlas, o cuando se requieran conocimientos especializados y experiencia acreditada. Para ello es pertinentes que la entidad adelante estudios de necesidad y conveniencia que justifiquen la contratación externa.
- B. Evitar indeterminación y ambigüedad en la descripción del objeto de las actividades a desarrollar por el contratista. La redacción debe ser clara, específica y no susceptible a diversas interpretaciones, con lo cual se garantiza que las partes entiendan lo mismo del contenido del contrato y se eviten futuras controversias.
- C. Justificar el contrato si, de acuerdo con el objeto del mismo, se requiere que el contratista cumpla un horario, o asista a reuniones, entrevistas o grupos de trabajo en las instalaciones de la entidad u otros lugares, con la única finalidad de dar cabal cumplimiento al objeto suscrito.
- D. Justificar el contrato si, de acuerdo con el objeto del mismo, se requiere que el contratista permanezca en las instalaciones de la entidad. Esta situación puede presentarse cuando, por ejemplo, la información para ejecutar las labores contratadas es de carácter confidencial y no puede ser extraída, o cuando en la entidad se encuentran los recursos requeridos para ejecutar la labor, o similares.
- E. Incluir en el contrato una cláusula que indique que la coordinación para el desarrollo del contrato esté a cargo del supervisor del mismo. Igualmente, incluir una cláusula en la cual

se establezca que el contratista debe presentar un plan de trabajo en el que indique como ejecutará las labores para las cuales fue contratado, para que sobre la base de lo allí expuesto se realice la supervisión del contrato.

- F. Evitar cláusulas que restrinjan la autonomía técnica, administrativa o financiera de contratista en el cumplimiento del objeto pactado, como aquellas que lo sujete a la dirección constante de la entidad, la supervisión permanente, a evaluaciones periódicas para conocer el estado de su labor, o similares.
- G. No aplicar al contratista las disposiciones contenidas en los reglamentos internos de trabajo, ni incurrir en sus contra procesos disciplinarios que impliquen amonestaciones o sanciones sobre la base de disposiciones que son aplicables al personal de planta.

3.1.2. En relación con las funciones del supervisor del contrato:

- A. Instruir al personal que va a cumplir la función de supervisión, sobre las prácticas relativas a la indebida ejecución de los contratos de prestación de servicios que puedan originar la configuración de un contrato realidad.
- B. Exigir a los supervisores que se encarguen directamente de realizar el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones del contratista, y solicitar informes, aclaraciones o explicaciones sobre la ejecución del contrato.
- C. Además recordar que la coordinación con el contratista se traduce en cuatro acciones: (i) Verificar el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales; (ii) Solicitar informes periódicos; (iii) Determinar tiempos de entrega cuando haya lugar a ello, es decir cuando éstos no estén delimitados en el contrato; y (iv) Constatar la calidad del producto que es entregado. En este último caso se puede hacer observaciones, pedir aclaraciones, o incluso pedir al contratista que lo rehaga, cuando aquel no se ajuste a los estándares de calidad pactadas.

Adicional a lo anterior, la entidad debe informar a los supervisores que la desnaturalización del contrato de prestación de servicios puede llevar a investigaciones disciplinarias.

3.1.3 En la fase de ejecución del contrato:

- A. No exigir al contratista que cumpla horarios, reponga horas laborales o permanezca en las instalaciones de la entidad, cuando para el cumplimiento del objeto contractual no sea necesario, o cuando dichas condiciones no quedaron contenidas y justificadas en el documento contractual suscrito por las partes.
- B. Requerir la permanencia del contratista en las instalaciones de la entidad solo cuando sea indispensable coordinar la ejecución de una labor contratada y o para que desarrollen actividades diferentes a las suscritas en el contrato. En este sentido evitar incluir en el contrato fórmulas como "y las demás funciones que la entidad considere".
- C. No exigir al contratista disponibilidad de tiempo completo para atender cualquier requerimiento que efectúe la entidad, en las mismas condiciones que se le exige a un trabajador de planta, personalmente o a través de cualquier medio personal de comunicación, cuando no se requiera para ejecutar adecuadamente el objeto del contrato.
- D. No exigirle al contratista que pida permiso para ausentarse de la entidad.
- E. No efectuar seguimiento constante a la labor ejecutada por el contratista sin perjuicio del control y vigilancia sobre la ejecución del contrato sometido a supervisión, orientados a verificar el cumplimiento del objeto pactado, igualmente no amonestar o sancionar al contratista por el incumplimiento de órdenes o de alguna de sus labores, no realizarle evaluaciones de desempeño y, en general, no someterlo al reglamento interno de personal.

- F. No modificar las condiciones de tiempo modo y lugar pactadas, afectando de cualquier forma la autonomía de contratista para ejecutar la labor. En caso de que la modificación sea necesaria, informarlo al contratista y contar con su aprobación para efectuarla.
- G. El supervisor asignado no puede delegar la vigilancia de los contratos de prestación de servicios que le fue delegada, y por lo tanto, le corresponde velar directamente por el cumplimiento del contrato en términos de plazos, calidades, cantidades y adecuada ejecución de los recursos disponibles para su desarrollo. No obstante, en ningún evento los supervisores sustituirán a la entidad en relación con decisiones mayores respecto del contrato supervisado, pues estas corresponden al representante legal de la entidad, para lo cual el supervisor de manera oportuna informará sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones pactadas. Lo anterior con el fin de no fragmentar la comunicación con el contratista y dar pie a conflictos sobre los términos en que fue pactada la actividad contratada.
- H. Evitar que la actividad contratada a través del contrato de prestación de servicios, que es de naturaleza transitoria, se torne permanente, a no ser que se cumpla con los siguientes requisitos: (i) no implique un ejercicio de competencias propias de la entidad, (ii) se trate de funciones o de labores que no se encuentren en el manual específico de requisitos y funciones; y (iii) se trate de contratistas que aporten un saber y una experiencia excepcional con la cual no cuentan en la entidad.
- I. Mantener actualizada la base de datos en donde consten los contratos de prestación de servicios suscritos por la entidad y se relacione las partes contractuales, el objeto del contrato y sus actividades.
- J. Que la entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se cumpla el artículo 122 de la Constitución, en caso de que las actividades pactadas por medio de un contrato de prestación de servicios demanden una permanencia mayor o indefinida.

3.1.4. En el proceso de elaboración del acto administrativo que resuelve la solicitud elevada por el contratista que considera que existió una relación laboral, en la que pide el reconocimiento de la misma y el pago de prestaciones laborales:

- A. Analizar la situación particular del interesado y evitar el uso de formatos preestablecidos para resolver la petición presentada. Y dar respuesta a cada requerimiento de forma clara, específica y concreta.
- B. En caso de que la petición de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales sea negada, justificar dicha decisión en el análisis de todos los insumos que tiene la entidad para justificar que ya pactó y se ejecutó un contrato de prestación de servicios como por ejemplo: (i) el contrato, (ii) los documentos donde se pueda contrastar las funciones que desarrolló el contratista y las que son propias de los funcionarios de planta, y (iii) todos los demás documentos que den cuenta de la autonomía del contratista para realizar su labor, en relación con el horario, la entrega de los productos, su permanencia en las instalaciones de la entidad etc.
La entidad pública debe valorar si en la respuesta debe hacer alusión a todos los elementos probatorios con los que cuenta, o si estos van a ser usados en caso de que la controversia deba ser resuelta en sede judicial.
- C. Desde la expedición del acto administrativo prever que el contratista puede iniciar acciones judiciales buscando la declaratoria de un contrato realicad, y el subsecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales, con el fin de que la entidad recaude de forma anticipada las pruebas necesarias para fundamentar una posible conciliación o defensa judicial, según el caso.

3.2. En materia de Conciliación Temprana:

Las entidades deben realizar un estudio detallado del caso y dejar constancia de mismo, a fin de determinar si se reúnen los requisitos para conciliar en forma temprana (antes o durante el proceso judicial). Para ello será de gran utilidad, que tanto el abogado a cargo de la ficha técnica del proceso, como los miembros del comité de conciliación, analicen además del cumplimiento de los requisitos legales para que proceda la conciliación, los criterios fijados por la jurisprudencia ordinaria

administrativa y constitucional, en relación con la desnaturalización de contrato de prestación de servicios y la configuración de la relación laboral.

Lo anterior con el fin de que se analicen las consideraciones de los despachos para proteger o no los derechos del interesado y los remedios que fueron adoptados en la parte resolutoria de los fallos, en aras de anticipar la posible resolución del caso que afronta la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la agencia sugiere que las entidades evalúen la posibilidad de conciliar cuando se configuren los tres elementos que determinan la existencia de una relación laboral, a saber: (i) prestación persona del servicio, (ii) subordinación y (iii) salario, y cuando se tenga conocimiento de que las pruebas a favor del contratista en relación con la subordinación no dejan duda de que la relación contractual fue irregular.

Además, se recuerda a las entidades que los jueces ordinarios, administrativos y constitucionales pueden identificar aquellos casos en que la intención inicial de la contratación por servicios haya sido esconder una relación laboral para no pagar prestaciones sociales, a través de demostrar, por ejemplo, que la contratación irregular es una práctica recurrente de la entidad, que se trata de contratos prolongados o renovados por tiempo indefinido, o que hay varios contratistas en similares situaciones de hecho, etc. Dado que esta situación resulta sumamente irregular, puede conllevar a que jueces, después de adoptar las decisiones para proteger derechos fundamentales afectados, solicite investigaciones disciplinarias y penales contra la entidad y los funcionarios involucrados. Por lo tanto, también se recomienda adoptar las medidas necesarias para evitar ese tipo de decisiones.

Finalmente, se advierte que, pese a que el acuerdo conciliatorio es una expresión de autonomía de la voluntad de las partes, no se deben proponer o aceptar fórmulas de arreglo evidentemente lesivas, desequilibradas o abusivas en contra del Estado o del particular afectado por la actuación u omisión de la Administración, dado que las mismas pueden ser improbadas por los jueces competentes en sede de control de legalidad.

3.3. En materia de Defensa Judicial:

3.3.1. En relación con la presentación de los argumentos dentro del proceso judicial y de las pruebas que sustentan su defensa:

- A. Verificar que no haya prescrito la acción a través de la cual el contratista pide la declaratoria del contrato realidad y, en los casos en que aplique, proponer la excepción para que sea declarada respecto de los derechos afectados por este fenómeno.
- B. Tener presente que existen diferencias respecto de cada una de las jurisdicciones en cuanto a la aplicación del término de prescripción de los derechos prestacionales que se derivan de la configuración de una relación laboral. Así para el Consejo de Estado se empieza a contar desde la ejecutoria de la sentencia que declara la relación laboral, siempre y cuando los demandantes hayan presentado su reclamación de pago ante la Administración máximo dentro de los 3 años siguientes a la terminación de su último contrato de prestación de servicios, so pena que prescriba su derecho. En cambio, en la jurisdicción ordinaria la prescripción de los derechos derivados de la configuración de un contrato realidad se hace exigibles desde cuando las obligaciones se causaron, y se interrumpe con la reclamación administrativa o la presentación de la demanda.
- C. Contestar de manera oportuna la demanda, proponer excepciones y allegar o solicitar los elementos probatorios necesarios que sustentan la tesis planteada en la contestación. Además, evitar el uso de formularios preestablecidos para dar respuesta a los requerimientos del juez.
- D. Debatir la ausencia de los elementos que configuran la existencia de una relación laboral y argumentar en la existencia de las características del contrato de prestación de servicios.
- E. No allegar como única prueba para desvirtuar la existencia de una relación laboral el contrato de prestación de servicios, ni señalar que la parte demandante aceptó voluntariamente los términos del contrato. Por el contrario, se deben presentar pruebas que den cuenta de la situación real en la que se desarrolló la relación con la Administración, de la cual se logra inferir que no se configura el elemento de la subordinación.

- F. Alegar la presencia de elemento de la autonomía en la ejecución del contrato de prestación de servicios y presentar, cuando sea pertinente pruebas como (i) la existencia de otra relación contractual por parte del contratista, (ii) la experticia necesaria del contratista y la ausencia de ésta por parte de los funcionarios de planta, (iii) la asunción por cuenta del contratista de los gastos que demandaba la ejecución del contrato y de las responsabilidades por los daños o pérdida que se ocasionaran en el cumplimiento de la labor pactada, (iv) la presentación de cuentas de cobro de honorarios por parte del contratista, y (v) los informes que dan cuenta de la entrega de los productos al supervisor del contrato, entre otros.
- G. Argumentar como un hecho indicador de que no se requería la prestación personal del servicio, que en el contrato existe una cláusula de sustitución o que la misma tuvo lugar en algún momento de la ejecución del contrato, o que el contratista contrataba a terceras personas para la ejecución de la actividad encomendada, etc.
- H. Debatar que el horario, por sí solo, no es indicativo de subordinación y que existen labores de coordinación derivadas del contrato que requieren que las partes se reúnan o que el contratista este a disposición en ciertas horas o en determinados espacios, sin que ello limite su autonomía funcional.
- I. Justificar que el desarrollo de la labor de coordinación incluye, además del cumplimiento de un horario cuando aquel es pactado, recibir una serie de instrucciones, estar presente en diversos escenarios o exigir al contratista reportar informes sobre sus resultados, igualmente, sin que ello signifique que se limitó la autonomía del contratista y sostener, de ser el caso, que la permanencia en las instalaciones de la entidad por parte del contratista fue porque era necesario para cumplir determinada labor o por voluntad.
- J. Tener en cuenta que la jurisdicción ordinaria laboral, por disposición del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, presume que existió relación laboral con la sola prueba de la prestación personal y permanente del servicio. No obstante, le corresponde a la entidad desvirtuar la referente presunción, para lo cual debe desplegar una actividad probatoria dirigida a demostrar la independencia y autonomía del contratista en la realización de las actividades contratadas. Caso distinto ocurre en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde es necesario que el demandante pruebe, además de la prestación personal y permanente del servicio, los elementos de la subordinación y el salario.
- K. Tener presente que en la jurisdicción contencioso administrativa la carga de la prueba le corresponde al actor y existe el principio de legalidad del acto administrativo que se demanda. Empero lo anterior no debe ser considerado por la administración como una situación que propicie la inactividad procesal y, por el contrario, aquella debe desvirtuar los elementos que eventualmente configuran la relación laboral, así como fortalecer la existencia de las características del contrato de prestación de servicios.
- L. Aducir que el contratista realizó sus funciones con autonomía por cuanto no seguía órdenes de modo, tiempo y calidad del trabajo. Además, que aquel tenía iniciativa en la ejecución de la actividad encomendada y podía aceptar o rechazar determinada actividad por considerar que no se ajustaba a objeto del contrato.
- M. Alegar copia de los contratos como prueba de las actividades realizadas y copia de la descripción de las funciones de los empleados de planta, con el fin de evidenciar que no existe similitud entre unas y otras.
- N. Alegar como prueba los productos derivados de la ejecución del contrato y los informes de gestión, con el fin de evidenciar que el desarrollo del contrato se sujetó a lo allí pactado, sin que el supervisor exigiera labores adicionales.
- O. Ante la existencia de diversos contratos de prestación de servicios con un mismo contratista, aducir que los objetos contratados no guardan relación con las funciones principales de la entidad pública, y que el contratista no desarrollaba actividades iguales a las desarrolladas por los funcionarios de planta, además que siempre fue su experticia e criterio preponderante que se evaluó para realizar la contratación.

- P. Probar que lo que no es objeto de coordinación entre las partes se deja bajo la independencia del contratista, lo que conlleva a tomar decisiones por su cuenta y riesgo.
 - Q. Evaluar la idoneidad de los testigos de la parte demandante, y de ser el caso, desvirtuar el testimonio con base en su falta de credibilidad e imparcialidad, por ser personas que se encuentran en la misma institución del demandante, concretamente, por ser contratistas o estar reclamando las mismas pretensiones en discusión.
 - R. Presentar testigos, como el supervisor del contrato, que describan la forma como el contratista realiza las actividades encomendadas. Igualmente, hacer preguntas que lleven a concluir que la actividad que ejecutó necesitaba de una serie de conocimientos especializados y por lo tanto, que no era posible desarrollarla con funcionarios de planta. Además, que al ser el demandante el único que tenía conocimiento y experiencia, no podía recibir órdenes o instrucciones de como debía desempeñar sus funciones y por ello no se configuró el elemento de la subordinación.
 - S. En caso de que solicite la declaración del representante legal de la Entidad, o en interrogatorio de parte, según sea la jurisdicción contenciosa o la ordinaria, quien desempeñe esta función debe documentarse o informarse suficientemente respecto de la demanda y su contestación, así como de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del contrato, para responder con solvencia. Lo anterior, dado que no le es posible manifestar que no le constan los hechos o que no está dentro de sus funciones o competencias responder determinada pregunta sobre un tema puntual.
- 3.2. En relación con las consecuencias de la declaratoria del contrato realidad:
- A. Tener presente que la declaratoria de una verdadera relación laboral por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no implica que el demandante obtenga la calidad de empleado público o que se ordene reintegrarlo a un cargo de planta.
 - B. Tener en cuenta que la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo por parte de la jurisdicción ordinaria laboral, implica que ésta contemple el reconocimiento de derechos y prestaciones propios de la condición de trabajador oficial, dentro de los cuales tiene cabida beneficios extralegales derivados de las convenciones colectivas, si a ello hubiera lugar.
 - C. Allegar prueba del valor del contrato en caso de prever una condena por la declaratoria de una relación laboral, con el fin de que las prestaciones sociales sean liquidadas con base en ese documento, e argumentar que se vulnera el derecho a la igualdad si las prestaciones se liquidan con base en monto pactado, en relación con un empleo público que pese a que tiene las mismas actividades recibe un salario menor.
 - D. Verificar si el demandante realizó el pago de la seguridad social, con el fin de determinar si es necesario reembolsar el valor pagado.

3.3.3. En relación con el ejercicio de la acción de tutela:

Tener en cuenta que la acción constitucional procede como mecanismo residual y transitorio ante la configuración de un perjuicio irremediable, por la amenaza o riesgo del derecho fundamental al mínimo vital. En dichos casos, la defensa debe hacer énfasis en la improcedencia de este mecanismo, indicando que existe la vía ordinaria, que es eficaz, dado que, debido a la prioridad del procedimiento, el tiempo para resolver es razonable, o porque en realidad no existe un riesgo para el goce efectivo del derecho presuntamente vulnerado.

El fundamento y soporte de esta comunicación se encuentra en el documento especializado 'jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad', que está a disposición para consulta a través de la plataforma eKogui, Módulo de 'jurisprudencia'.

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente



Comité de Conciliación y Defensa Judicial

Elaboró: Sandra Patricia Mendoza C.
Abogada de Apoyo, Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Julián Duarte C.
Jefe Oficina Asesora Jurídica

CIRCULAR No. 18 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca.

Para: La Corporación Social de Cundinamarca.

Asunto: Lineamientos para prevenir el daño antijurídico en materia de contratación estatal y estrategias generales de defensa judicial.

Fecha: 30 de Noviembre de 2020

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca, en aras de prevenir el daño antijurídico y fortalecer la defensa judicial de la entidad territorial, enuncia algunos de los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta por los ordenadores del gasto y los funcionarios que tiene a cargo la actividad contractual en las dependencias en la Entidad.

1. PRESCRIPCIONES GENERALES

1.1. Marco de competencias.

Las normas que se citan a continuación corresponden al marco legal que permite a los Comités de Conciliación de las Entidades Estatales, dictar lineamientos en aras de prevenir el daño antijurídico y promover la debida defensa judicial de la respectiva entidad.

Decreto 069 de 2015. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y de Deracho".

*Artículo 2.2.4.3.1.2.2. Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

(...)

*Artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.

Decreto 1716 de 2015. "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001".

*Artículo 19. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
 2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la Entidad
- (...)*.

Decreto Departamental 0271 de 2012: "Por medio del cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del sector Central del departamento de Cundinamarca"

Artículo 3: FUNCIONES: El Comité de Defensa Judicial Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. "Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico".
- (...)*.

1.2. Circular Externa 09 del 11 de marzo de 2015, proferida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En consideración a que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, expidió la Circular Externa 09 de 11 de marzo de 2015, mediante la cual establece los motivos más frecuentes de controversias y litigios contra entidades estatales del orden nacional; y los cuales aplican de manera general para cualquier entidad del Estado, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Sector Central del Departamento de Cundinamarca, estimó procedente y oportuno acogerla a través de la presente Circular y de la misma forma o hará la Corporación Social de Cundinamarca a través de la presente circular.

2. SUBCAUSAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL.

2.1. El incumplimiento del contrato estatal se concreta principalmente en las siguientes conductas antijurídicas:

2.1.1. Desatención de previsiones contractuales expresas. Las entidades estatales en reiteradas oportunidades se han abstenido de, o se han negado a, cumplir las estipulaciones de sus contratos, sin una razón que ante la jurisdicción justifique su comportamiento y las exima de toda responsabilidad.

En efecto, en los casos analizados se encontró que para los juecos y árbitros las entidades estatales no honran sus compromisos contractuales porque no se atienen a la letra de sus contratos. Así se abstienen, por ejemplo, de pagar las obras, bienes u obligaciones convenidas en los contratos exigen trámites y requisitos no establecidos en aquellos y/o en los documentos que los conforman. Situaciones todas que configuran incumplimiento y por las cuales, en la medida en que la negativa a cumplir no esté precedida o justificada por una razón eximente de responsabilidad, como usualmente sucede, da lugar a condenas económicas en contra del Estado.

2.1.2. Interpretación incorrecta de las cláusulas contractuales. El incumplimiento del contrato estatal se deriva, en otros casos, de confusiones en el entendimiento de sus estipulaciones, por la falta de claridad y precisión de éstas o por la falta de correspondencia entre ellas mismas o entre ellas y el texto de los demás documentos que conforman el contrato o a los que este se remite expresa o tácitamente como por ejemplo, el pliego de condiciones, el estudio previo, el anexo de especificaciones técnicas, entre otros. Este hecho impide la ejecución íntegra, efectiva u oportuna de las prestaciones que corresponde satisfacer a las partes del contrato y, por lo tanto, deriva también, en el incumplimiento del pacto contractual y en las consecuentes condenas económicas en contra del Estado.

2.1.3. Violación del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato. El incumplimiento de los contratos estatales también se origina en la ausencia o deficiencia de los estudios y análisis previos que deben preceder la estructuración y celebración de aquellos. Es decir de la falta de planeación, específicamente en lo que se refiere a la identificación de la necesidad que se requiere satisfacer; a la estimación de los recursos presupuestados requeridos y disponibles para la financiación del contrato; a la verificación de que este se ajusta al plan de compras de la entidad.

a la comprobación de que los estudios y disensos previos (técnicos, económicos y jurídicos) son suficientes para la ejecución del contrato, a la adecuada valoración de los riesgos asociados al proceso de contratación y a la ejecución del respectivo contrato, a la confirmación de que la entidad cuenta con los permisos, licencias, predios, consultas, entre otros, cuando estos se requieren, y a la comprobación de que el ente estatal tiene establecido el esquema para intervenir y controlar la ejecución del contrato.

La omisión de una adecuada y suficiente planeación y preparación del proceso de escogencia o selección del contratista y del correspondiente contrato se refleja en dificultades tales como la extensión o suspensión de los plazos de la licitación o concurso o su declaratoria de desierta y, en la necesidad de variar el contrato para ajustarlo a la realidad de las cosas mediante modificaciones como la prórroga o suspensión de su plazo de ejecución, la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Hechos estos que propician la oportunidad para que el contratista se sustraga de su oferta y formule reclamaciones económicas por sobrecostos originados en la extensión de los plazos contractuales, por ejemplo.

Cabe advertir que circunstancias fortuitas también pueden ocasionar suspensiones y extensiones del plazo del contrato y modificaciones de su alcance; sin embargo, en estos casos, tales variaciones del contrato no tienen la misma trascendencia desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

3. LINEAMIENTOS PARA PREVENIR EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.

3.1. El cumplimiento de los fines del Estado depende, en gran medida, de la cabal y oportuna ejecución de los contratos que sus entidades y agentes celebran para satisfacer necesidades colectivas y garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos que requieren los administrados.

En este orden, la conducta de los servidores públicos que intervienen en la gestión contractual es determinante para el logro de los cometidos estatales y es por esta razón que la Agencia exhorta a la estricta y rigurosa observancia de la normatividad que regula la contratación administrativa y al cumplimiento de las reglas y postulados que presiden la administración de bienes ajenos y gobernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, tal como expresamente lo dispone el numeral 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

3.2. La prevalencia del interés público involucrado en la contratación administrativa impone deberes de conducta y comportamiento que los contratantes están obligados a acatar durante todas las etapas contractuales.

En lo que se refiere a los organismos y agentes estatales, estos deberes se concretan en el cumplimiento de diferentes actuaciones, gestiones y actividades durante las etapas de preparación (precontractual), ejecución (contractual) y liquidación (pos contractual) del contrato.

Con la finalidad de asegurar resultados óptimos y evitar la improvisación en la gestión pública que, en la generalidad de los casos, acarrea gastos innecesarios, el legislador ha previsto que, desde antes de la celebración del contrato, los servidores públicos involucrados en la gestión contractual adelanten un ejercicio de planeación para identificar y dimensionar la necesidad que se requiere satisfacer, así como las características y las condiciones técnica, de costo y calidad de los bienes, obras o servicios que van a contratarse.

Entonces, sin importar la envergadura de la necesidad por satisfacer o del bien o servicio que se requiera para solventarla, es imprescindible e ineludible contar con estudios previos serios y completos que justifiquen la conveniencia y oportunidad de la contratación y definan con claridad las especificaciones y condiciones técnicas del bien o servicio que se requiere.

3.3. Adicionalmente, es indispensable verificar la existencia de recursos presupuestales suficientes para atender los compromisos económicos que demande el contrato y de los permisos y autorizaciones que, eventualmente, se requieran.

3.4. En esta fase contractual las entidades deben atender con especial diligencia la precisión, claridad y calidad de los documentos que integrarán el futuro contrato, en el sentido de cerciorarse de que contienen y transmiten, con exactitud, sus requerimientos y las estipulaciones que el las están

dispuestas a pactar y a cumplir y que, entre las distintas cláusulas y documentos que lo conforman, existe la debida correspondencia y univocidad.

Los documentos que conforman el contrato deben regular, completa y suficientemente, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que aquel habrá de ejecutarse. En la medida de lo posible, el conjunto de sus estipulaciones y cláusulas debe ser auto contenitivo y auto suficiente para regular las relaciones de las partes y las eventuales situaciones que puedan presentarse en el curso de su ejecución y liquidación o, en su defecto prever procedimientos y/o mecanismos que permitan solucionar las contingencias que puedan afectar su desarrollo. En todo caso, constituye una buena práctica establecer, desde la fase de planeación del contrato, el modo en que procederán los contratantes para salvar los vacíos u omisiones de sus estipulaciones.

3.5. Con el fin de mitigar el riesgo de incurrir en ambigüedades que propicien diferentes modos de entender e interpretar el contrato, es aconsejable: i) organizar sus estipulaciones y documentos de modo lógico, cronológico y/c por materias; ii) agotar el tema de una condición en una misma cláusula, con el objeto de no fragmentarla, dispersarla ni repetirla, parcial o totalmente, en diferentes contextos; iii) incorporar glosarios con la definición de palabras o términos que tengan significado especial o técnico y usar siempre estas mismas palabras y términos para referirse a una misma cosa; iv) establecer el orden de prelación o la jerarquía de los documentos que conforman el contrato; v) verificar que las minutas, pro formas y/o formularios, que se utilicen para hacer constar el contrato y/o sus anexos por escrito, guarden la debida correspondencia y concordancia con el tipo de negocio jurídico que pretende celebrarse y coincidan entre ellos mismos y con los demás documentos del contrato; y vi) utilizar un lenguaje sencillo, coherente y claro.

3.5. Durante la ejecución del contrato, a las entidades estatales les corresponde, de conformidad con las disposiciones de los artículos 4, 14 y 26 de la Ley 30 de 1993, ejercer la dirección, control y vigilancia del cumplimiento de las prestaciones derivadas de aquél, facultades que se les confieren en razón de la relevancia del interés colectivo involucrado en los contratos estatales y con el exclusivo propósito de asegurar la realización de los cometidos del Estado implícitos en todas sus negociaciones.

La dirección y control de los contratos comporta la potestad de definir y adoptar las decisiones necesarias para evitar su afectación o paralización. La vigilancia, en cambio, implica, por una parte, el seguimiento al desarrollo o ejecución del contrato, para verificar que se lleve a cabo de acuerdo con las especificaciones y condiciones convenidas, y, por otra, conlleva la competencia para formular orientaciones, impartir instrucciones u órdenes y, en fin, coordinar la ejecución del contrato mediante la gestión de asuntos de distinta índole: operativa, administrativa, técnica, contable, financiera y legal, cuya extensión dependa de la naturaleza y complejidad de las prestaciones a cargo del contratista.

Así, está claro que la dirección y control del contrato y la vigilancia de este mismo son atribuciones distintas aunque tienen la misma finalidad. Por lo tanto, deben ejercerse conforme a los roles específicos y las funciones que la ley o el reglamento asigna a cada servidor público en particular.

3.5.1 La vigilancia exige conocimiento de la materia propia del contrato, experticia en la ejecución de actividades similares a las que constituyen el objeto del negocio y disponibilidad para ocuparse, permanentemente, de los trámites y diligencias necesarios para impulsar su ejecución. En consecuencia, es imprescindible que la intervención y constante supervisión del desarrollo del trabajo objeto del contrato la ejerzan funcionarios y/o contralistas que tengan suficiente idoneidad técnica para constatar el cumplimiento de las condiciones convenidas y disponibilidad para dispensar e la atención que requiera.

La cercanía con las actividades del contrato, el conocimiento especializado y la experticia así como razones de economía y celeridad, habilitan a sus interventores y/o supervisores a impartir orientaciones e instrucciones, conceder autorizaciones y, en fin, tramitar asuntos de rutina o de naturaleza técnica que no incidan ni afecten la relación contractual propiamente dicha. Sin embargo, estas atribuciones no incluyen la facultad de adoptar decisiones que introduzcan modificaciones a la relación jurídica y afecten la relación contractual, prerrogativa que es privativa de los jefes o representantes legales de las entidades del Estado o de sus delegados, en caso de que aquel transfiera, mediante este mecanismo legal, las funciones de dirección y control del contrato a otro funcionario.

3.6.2. En efecto, las disposiciones del numeral 5, artículo 26, de la Ley 80 de 1993, asignan a los representantes de las entidades la responsabilidad de dirigir la actividad contractual; es decir que



CUNDINAMARCA
REGION
Que Progresamos!

Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111521 - Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

en general, a ellos les corresponde impartir instrucciones y reglas para el manejo de aquella, orientarla, conducirla, verificar la cumplida ejecución de sus directrices, ejercer la facultad de expedir los actos administrativos mediante los cuales se concretan las potestades contractuales excepcionales que tiene la administración pública y adoptar medidas sancionatorias y/o que impliquen cambios, por mínimos que sean, de las estipulaciones inicialmente convenidas.

En este orden de ideas, se entiende que los representantes legales de las entidades del Estado ejercen el control integral de la actividad contractual, soportados en los conceptos y dictámenes periódicos o extraordinarios que deben rendirles los funcionarios y/o contratistas a quienes corresponde intervenir en cada una de las etapas del contrato. Así, pues, quienes tienen intermediación con el proceso de contratación y con el contrato mismo están obligados a rendir informe de sus actividades, del estado de los asuntos a su cargo y a reportar sus hallazgos de orden técnico, jurídico, administrativo u operativo al jefe de la entidad o a su delegado y son responsables por la veracidad y por la calidad de la información que reporten, en tanto que quienes ejerzan el control de los procesos contractuales son los llamados a adoptar, oportunamente y con base en los avisos que les comuniquen los primeros -a menos que tales informes ofrezcan serios motivos de duda-, las medidas y correctivos pertinentes para garantizar la cumplida ejecución de la actividad contractual estatal.

3.6.3. Por otra parte, la responsabilidad de velar porque los contratos se ejecuten en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas, comporta, además de la verificación de que el contratista cumpla las prestaciones que le corresponden, impedir, mediante acciones comprobables y ajustadas a derecho, que este ejecute obras, trabajos o servicios que no estén expresamente previstos en el contrato.

3.6.4. La responsabilidad de vigilar la ejecución del contrato también impone a los agentes del Estado la obligación de comprobar que la entidad pública satisface oportuna y efectivamente sus propias obligaciones y atiende las necesidades del contrato, en la forma y tiempo requeridos y convenidos en aquel. Por lo general, los contratos aparejan compromisos recíprocos para las partes, así que las entidades también asumen compromisos vinculantes y, en muchos casos, correlativos a los que tiene el contratista, de modo que el incumplimiento de aquellas afecta, de una u otra forma, el normal desarrollo del contrato y la satisfacción de los intereses colectivos.

Es principio general de derecho y del trato común entre las personas que los contratos válidamente celebrados deben cumplirse y, en consecuencia, que las partes deben estar dispuestas a ejecutarlos íntegra, efectiva y oportunamente. Exigir al contratista que cumpla sus obligaciones pero negarse o abstenerse de cumplir las que le corresponden a la entidad constituye una conducta abusiva que, en más de una de las providencias estudiadas, acarreó las más duras críticas de los jueces y de los árbitros.

3.7. En los casos que ordena la ley o cuando así lo hubieren convenido las partes, los servidores públicos y/o contratistas encargados de su intervención, vigilancia y/o supervisión deben disponer, en cuanto concluya el plazo de ejecución del contrato, sin ninguna dilación, todo lo necesario para liquidarlo. El Estatuto de Contratación Administrativa -Ley 30 de 1993, sus modificaciones y reglamentos- sí bien establece pautas generales en relación con el contenido del acta de liquidación y el plazo para firmarla cuando las partes no han convenido nada al respecto, no fija un procedimiento para el cierre del contrato, permitiéndole a aquellas acordar las actividades y trámites que estimen necesarios para finalizarlo.

3.7.1. En este orden de ideas resulta de suma importancia que las entidades establezcan protocolos y formatos para orientar las actuaciones de esta etapa, las cuales deben dirigirse a: i) valorar y verificar la calidad y conformidad del producto contratado con respecto a las de las especificaciones convenidas, y ii) a cuantificar las prestaciones ejecutadas por ambas partes.

3.7.2. Asimismo, es de máxima utilidad que los encargados de la vigilancia del contrato rindan informe escrito o levanten acta en la que sienten constancia, el mismo día del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, sobre el estado final de su objeto, reportando, principalmente, si hubo ejecución total o parcial y si el conjunto del producto o alguna de sus partes presenta defectos o deterioro.

4. LINEAMIENTOS PARA LA CONCILIACIÓN TEMPRANA.



4.1. La conciliación no es un simple trámite formal carente de propósito sino una oportunidad legal para que las partes de un conflicto puedan solucionarlo mediante sus propias propuestas de arreglo. Las controversias contractuales también pueden dirimirse mediante este mecanismo que les permite a las entidades del Estado construir fórmulas para resolver las diferencias con sus contratistas. Por lo tanto, es imperativo que analicen cada asunto en particular para que puedan decidir, razonadamente, cuando procede aceptar o proponer una solución conciliatoria y prever un posible litigio. Esta es precisamente la finalidad de las disposiciones del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, norma que torna obligatoria la conciliación extrajudicial, toda vez que dispone tramitarla como requisito de procedibilidad de las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Entonces, sin perjuicio de las funciones del comité de conciliación, las entidades públicas deben organizar procedimientos y disponer una metodología para la evaluación y estudio de las solicitudes de conciliación por causa de su actividad contractual.

4.2. Cuando la entidad deba comparecer a un trámite conciliatorio para solucionar diferencias derivadas de un contrato, es necesario que verifique: i) que no haya operado la caducidad de la acción que pretenda interponer el interesado; ii) si la acción estuviere vigente, en los términos de las disposiciones del literal j), del numeral 2, del artículo 164, del CPACA, debe surtirse el análisis que sea necesario para establecer, con el material probatorio que aporte el convocante y/o con la evidencia que sobre el contrato obre en la entidad o esta pueda recaudar, la ocurrencia del supuesto fáctico en el cual se sustenten las pretensiones económicas del contratista y la influencia decisiva de estos hechos en la producción del daño cuya reparación se reclama.

4.3. Tratándose de situaciones relacionadas con el cumplimiento del contrato, y siempre que la entidad encuentre probado el fundamento fáctico de la respectiva solicitud de conciliación, debe proseguir el análisis del caso concreto, con el fin de establecer si los hechos tienen origen en el incumplimiento de obligaciones expresas asumidas por el ente estatal en virtud del respectivo contrato. Para este efecto, es indispensable confrontar las reclamaciones formuladas por el contratista en la solicitud de conciliación con las estipulaciones del contrato, entendiendo por estas el conjunto de los documentos que lo conforman.

4.3.1. De acuerdo con las conclusiones del estudio citado se pudo establecer que en todos aquellos casos en los cuales las entidades estatales frustraron la cumplida ejecución del contrato por falta de planeamiento y/o se abstuvieron o negaron a cumplir previsiones contractuales expresas, sin que concurriera alguna eximente de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato) la responsabilidad patrimonial del Estado resultó comprometida. Así las cosas, cuando del examen o compareción de las cláusulas contractuales con las reclamaciones del contratista se deduzca que la causa de estas últimas la constituye la falta de diligencia y cuidado en prever con anticipación los recursos humanos, físicos, financieros, entre otros, para encarar la celebración y ejecución de un determinado contrato y/o la desatención de previsiones contractuales expresas, el comité de conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas en materia de cumplimiento contractual y proceder a conciliar en los casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

4.4. Cabe advertir que, si bien el acuerdo conciliatorio es una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, las fórmulas de arreglo deben sustentarse en pruebas y razonamientos que lo respalden y evidencien su conveniencia para los intereses patrimoniales de la Entidad. Por lo tanto, los acuerdos para conciliar las diferencias derivadas de la actividad contractual deben reunir ciertos requisitos fijados por reiterada jurisprudencia sobre este particular: i) la acción debe estar vigente; ii) deben fundamentarse en pruebas suficientes sobre el asunto materia de la conciliación; iii) no pueden ser lesivos para el patrimonio público ni contravenir el ordenamiento jurídico y iv) las partes deben estar debidamente representadas, so pena de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo los impruebe, según sus propios lineamientos en la materia.

5. LINEAMIENTOS PARA LA DEFENSA JUDICIAL.

5.1. Los estudios jurisprudenciales y empíricos realizados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sirven de fundamento para exhortar a las entidades públicas a atender los siguientes lineamientos, para la defensa de los intereses del Estado en procesos derivados de su actividad contractual:

5.1.1. Constituir apoderados con experiencia en el litigio y, especialmente, en la materia del contrato objeto de la litis es un factor que contribuye a la estructuración de una adecuada defensa del caso concreto.

La selección del apoderado requiere sustentarse en criterios objetivos, tales como su formación académica y experiencia profesional, que deben ser afines con la materia del litigio, pero, también, es necesario que consulte otros aspectos que redundan en una mejor atención del proceso como por ejemplo, la inexistencia de conflictos de interés y la compatibilidad de las tesis jurídicas de la entidad con las de su futuro abogado, en lo que se refiere al asunto materia del respectivo proceso.

En todo caso, para la selección de apoderados procede tener en cuenta las disposiciones del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, según las cuales, los abogados contratados o vinculados por las entidades estatales no podrán litigar, en ningún caso, "contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios; excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones".

5.1.2. Abrir y mantener actualizado un expediente físico y digital de cada caso. Llevar y conservar el archivo de la información relevante y un registro sobre las actuaciones surtidas, los argumentos expuestos, la jurisprudencia consultada y lo acontecido durante cada intervención, facilitan el seguimiento del proceso. Además, en los eventos en que sea necesario sustituir un apoderado, permitir que cada uno de los que asuman la representación de la entidad pueda acceder a una base de datos completa del proceso y tener una relación sobre los aspectos relevantes del debate jurídico que redundará en una gestión más eficiente.

5.1.3. Definir una estrategia de defensa de la entidad y conservarla a lo largo del proceso constituye una buena práctica que responde a criterios de alta calidad y eficiencia, como exige la protección del patrimonio público.

5.1.4. La contestación de la demanda debe estar precedida, en cada caso, del análisis de los presupuestos legales de la acción. El manejo adecuado de esta temática es determinante para oponerse a la demanda, como quiera que los errores de esta naturaleza pueden conducir a la terminación anticipada del proceso y no advertirlos a tiempo aboca a la entidad estatal a enfrentar innecesariamente un proceso judicial.

Con frecuencia, las condiciones mínimas de procedibilidad de la acción contractual representan motivo de confusión, agravada por los cambios normativos como el introducido por la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, con el fin de evitar errores comunes, se recomienda el estudio permanente de la legislación aplicable a cada litigio, como también de la jurisprudencia relacionada con las materias procesales y sustanciales comprometidas en el debate; especialmente, temas como:

- El criterio prevalente para definir el juez competente,
- La legitimación en la causa (activa y pasiva),
- La forma de computar el término de caducidad cuando se demanda un acto precontractual, contractual o cuando, particularmente, el litigio está relacionado con un contrato estatal que no fue liquidado.

Asimismo, al contestar la demanda procede evaluar la pertinencia del llamamiento en garantía a los supervisores, interventores o cualquier otro tercero obligado a cumplir en caso de una condena, sin desestimar, ni desatender, el estudio y la formulación de las excepciones que resulten procedentes.

5.1.5. Contestar oportunamente la demanda, así como intervenir a tiempo en las actuaciones procesales que establece la ley para exponer los argumentos y las pruebas que tiene la Entidad en oposición a las pretensiones del demandante, son derechos de las entidades del Estado que no están sujetos a la libre disposición de los funcionarios a su servicio. Los servidores públicos en su condición de administradores de bienes ajenos, están obligados a ejercer los mecanismos previstos en la ley para que aquellas presenten sus argumentos y la justificación y prueba de sus actuaciones.

5.1.6. Contestar los hechos de la demanda con formulas generalizadas y/o evasivas como "es cierto", "no es cierto", "no me consta", "que se prueba", "no atendí a lo que se prueba en el proceso", sin

ninguna otra fundamentación, resulta altamente inconveniente porque, en la medida en que no están fundadas en razones, documentos o pruebas, son respuestas ambiguas e incompletas.

Es aconsejable un análisis detallado sobre cada uno de los fundamentos fácticos de la demanda, en relación con los cuales la entidad debe formular su oposición o manifestación de acuerdo. Se recomienda aclarar los hechos que presenten dudas, completar aquellos que están sesgados e incluir aquellos que consideren necesarios para establecer la realidad contractual. Asimismo, la entidad debe aportar o solicitar las pruebas que sustenten sus propias afirmaciones sobre el sustento fáctico de la demanda.

5.1.7. El estudio de las piezas del proceso es fundamental para el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Si la participación en el proceso no está articulada con una intervención coherente, seria y razonada, sustentada en el análisis del caso, las pruebas y jurisprudencia reiterada en casos similares, la defensa se torna el aparente y puramente formal, sin vocación para prosperar.

5.1.8. Presentar en los alegatos de conclusión una evaluación del desarrollo del proceso y evidenciar o resaltar los factores o elementos que impidan una decisión favorable a los intereses del demandante, en particular, los fundamentos fácticos o jurídicos no demostrados con la prueba recaudada y obrante en el proceso.

5.1.9. La interposición de los recursos que posibilitan la revisión de las decisiones judiciales no puede responder a una decisión automática y mecánica, sino que debe obedecer a una evaluación ponderada y sensata del caso particular, con el fin de evitar desahucios que hagan más gravosa la situación de la entidad como, por ejemplo, apelar la sentencia de primera instancia contraria a los intereses estatales, a pesar de que en el proceso obren pruebas claras de su responsabilidad y de que se aporten elementos adicionales para contradecirlas; caso en el cual el monto de la condena puede aumentar debido, al incremento de los correspondientes intereses moratorios.

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente
Comité de Conciliación y Defensa Judicial

Elaboró:

Sandra Patricia Mendoza, Abogada de Apoyo Oficina Asesora Jurídica

Revisó:

Julián Duarte Castellanos
Jefe Oficina Asesora Jurídica

CIRCULAR No. 19 DEL 30 NOVIEMBRE DE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca.

Para: Corporación Social de Cundinamarca.

Asunto: Lineamientos Prevención del Daño Antijurídicos: "Mecanismos jurídicos que permiten la protección de los recursos públicos por desconocimiento de los criterios fijados por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 y estrategias generales de defensa en el proceso contencioso administrativo".

Fecha: 30 de Noviembre de 2020

1. COMPETENCIA Y ALCANCE

1.1 Marco de Competencia:

1.1.1. La competencia del Comité de Conciliación en cuanto a la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico, fue establecida por el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, que

señala: "Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad", y reiterada por el Decreto 1069 de 2015, Artículo 2.2.4.3.1.2.2." Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad".

1.1.2. Decreto Departamental 0271 de 2012, consagra: "Artículo 3: FUNCIONES. El Comité de Defensa Judicial Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico".

(...)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, estableció a través de la Comunicación Interinstitucional No. 01 del 19 de febrero de 2016, mecanismos jurídicos que permiten la protección de los recursos públicos por desconocimiento del Consejo de Estado de los criterios fijados en las Sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2014 y estrategias generales de defensa en el proceso contencioso administrativo, los cuales adoptó el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Sector Central del Departamento de Cundinamarca—mediante la presente Circular 004 del 13 de agosto de 2020, para la protección de los recursos públicos y la adecuada defensa jurídica de los intereses del Departamento de Cundinamarca y que la Corporación Social de Cundinamarca también adoptará a través de la presente Circular.

Con el fin de que las entidades del Sector Central del Departamento de Cundinamarca, en caso de considerarlo procedente, adopten las medidas judiciales necesarias para amparar los recursos públicos cuando la entidad hubiere sido condenada al pago de perjuicios inmatrimiales por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con desconocimiento del precedente judicial en la materia, así como estrategias de defensa en el curso del proceso contencioso administrativo.

A partir del estudio efectuado, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pudo constatar que en algunas de las providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado no fueron tenidos en cuenta los criterios fijados en las Sentencias de unificación, sin que para el efecto se hubiese desarrollado algún tipo de argumentación que así lo justificase o con sustentos contrarios a los esgrimidos en las mencionadas providencias de unificación, generando un gran impacto en los montos a pagar por concepto de condenas a cargo de las entidades públicas.

1.2 Esta situación debe ser conocida por los comités de conciliación y los abogados defensores de las entidades públicas del orden departamental, quienes a su vez deben identificar y analizar las decisiones que se han proferido en contra de sus respectivas entidades a efectos de evaluar la pertinencia de hacer uso de los recursos legales existentes.

Por lo tanto, en la presente circular se formulan lineamientos de defensa con el fin de que las entidades públicas del orden departamental, en caso de considerarlo procedente, adopten las medidas judiciales necesarias para amparar los recursos públicos cuando hubieren sido condenadas al pago de perjuicios inmatrimiales por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, con desconocimiento del precedente jurisprudencial en la materia, así como estrategias de defensa en el curso del proceso contencioso administrativo.

2. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACION PROFERIDAS POR LA SALA PLENA DE LA SECCION TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO EL 28 DE AGOSTO DE 2014

Es de señalar, que las sentencias de Unificación de la Sala Plena de las Secciones del Consejo de Estado, se constituye en precedente jurisprudencial, que son las reglas contenidas en las sentencias proferidas por los Organos Judiciales de cierre jurisdiccional, las que vinculan a tribunales, jueces y al propio organo productor; así como a las demás autoridades públicas y los particulares¹⁷

¹⁷ El Precedente Judicial y sus reglas. Manuel Fernando Quinche Ramirez— Editorial Legis — Universidad del Rosario. Pagina 16.

Por su parte, la fuerza vinculante está referida al precedente, que hace relación al vínculo que tiene el juez con las reglas o ratio decidendi de las decisiones de las corporaciones judiciales de cierre, para la solución de nuevos casos, como ocurre con las Sentencias de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, las cuales, tienen fuerza vinculante.

2.1. La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al no existir unanimidad en la determinación de los denominados perjuicios inmatrimales, en los criterios necesarios para su reconocimiento, tanto en su cuantificación como en las personas legitimadas, así como la prueba para acreditar su afectación y vínculo con la víctima directa, unificó tales parámetros y criterios mediante ocho sentencias, el pasado 28 de agosto de 2014¹⁸.

2.2. Dicha Corporación indicó que los perjuicios inmatrimales se clasifican en tres tipos: (i) perjuicio moral (en caso de muerte, lesiones y privación injusta de libertad); daño a la salud; y (ii) daño inmaterial por afectación relevante o bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

2.3. Así mismo, adoptó criterios con el objeto de determinar los niveles de cercanía afectiva entre la víctima y las personas que acuden a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, a prueba de su afectación y las cuantías fijadas para el efecto, en aquellos eventos en los que se busca el reconocimiento de perjuicios inmatrimales.

2.4. De igual forma, las sentencias de unificación fijaron reglas de excepción con el objeto de otorgar perjuicios morales en una mayor cuantía en caso de muerte y daño a la salud, así como en las medidas de reparación pecuniaria cuando se trata de violación de bienes o derechos constitucional o convencionalmente amparados, esto siempre que el juez motive su decisión y a medida sea proporcional al daño, derecho o bien vulnerado.

3. PRINCIPALES DEFECTOS IDENTIFICADOS EN LAS SENTENCIAS ANALIZADAS

Los defectos en que el juez de segunda instancia en decisiones identificadas con posterioridad al 28 de agosto de 2014, son las que a continuación se presentan.

3.1. Desconocimiento de la competencia funcional por parte del Juez en segunda instancia.

3.1.1. Se presenta cuando en el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada se cuestiona la declaratoria de responsabilidad y no se hace referencia al monto de los perjuicios, en consecuencia, el juez de segunda instancia confirma los perjuicios inmatrimales ordenados por el a quo, a pesar de exceder el monto tope fijado en las sentencias de unificación, con fundamento en que dicho asunto no fue objeto de debate en el recurso de alzada. Esta situación se manifiesta particularmente en los casos de privación injusta de la libertad.

3.1.2. La anterior situación implica el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales proferidos el 9 febrero de 2012 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto a la competencia funcional del juez de segunda instancia¹⁹, dado que el juez de lo contencioso administrativo tiene competencia para resolver los puntos aducidos en el recurso de alzada y aquellos que están íntimamente ligados o que hacen parte del esquema general de la apelación presentada por el recurrente.

En efecto, sobre este aspecto, la Corporación ha sostenido que: si bien el ad que tiene como marco de competencia funcional "las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiera adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 28 de agosto de 2014 expedientes: 76251 C.P.; Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 27739 C.P. Carlos Alberto Zambrano; 32038 C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 31172 C.P. Olga Mónica Vello de la Hoz; 35149 C.P. Hernán Andrade Rincón (E); 26004 C.P. Stella Condo Díaz de Cejudo; 31170 C.P. Enrique Gil Botero; y 28852 C.P. Danilo Rojas Betharcourt.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 9 de febrero de 2012 expediente: 21060 C.P. Mauricio Fajardo Gómez y expediente: 20104 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior²⁰, no es menos cierto que "la apelación de un aspecto de la sentencia confiere competencia al juez de segunda instancia para resolver todos esos asuntos, puntos o elementos que estén comprendidos en el mismo, en algunas ocasiones, inclusive, porque su mención resultaría ilógica, pero siempre que la revisión de esos asuntos le resulte favorable al recurrente", o en otras palabras, "si el juez adquiere competencia para resolver un aspecto global de la controversia, por haber sido objeto del recurso tiene igualmente la atribución para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único"²¹.

Así, el ad que debe efectuar un análisis no sólo de las cuestiones expresamente determinadas en el recurso de alzada, sino de todos los temas implícitos que derivan de los asuntos más generales propuestos por el recurrente. Conforme a lo anterior, por ejemplo, cuando la entidad demandada apelante única solicita que se revoque la decisión, porque considera que no es responsable del daño que se le imputa, el juez de segunda instancia confirmará la responsabilidad, si existe prueba de ello, y adicionalmente tendrá la competencia funcional para reducir la condena de la reparación, si encuentra entre otras hipótesis, que la víctima contribuyó a la producción del daño, o aprecia que no está demostrado uno o algunos de los perjuicios cuya indemnización se reclama, o que en la liquidación de aquellos se incurrió en errores que afectan al apelante único.

3.2. Falta de motivación por parte del juez de segunda instancia para confirmar condenas que reconocen perjuicios inmateriales en mayor proporción a las cuantías fijadas en la sentencia de unificación.

3.2.1. Se presenta cuando el juez de segunda instancia confirma el reconocimiento de perjuicios inmateriales otorgados en primera instancia por encima de los montos fijados en las sentencias de unificación, sin identificar la excepción aplicable al caso concreto y sin haber efectuado la debida argumentación o motivación.

3.2.2. Esta situación tiene ocurrencia principalmente en eventos de responsabilidad por la falla o falta en la prestación del servicio médico o por daños causados por miembros de la fuerza Pública con arma de dotación oficial.

3.2.3. La falta de motivación por parte del juez contencioso administrativo conlleva el incumplimiento de sus obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 42 numeral 7 de la Ley 1564 de 2012, que ordenan al operador judicial sustentar o dar las razones de derecho que determinan la adopción de la decisión, como expresión y garantía de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso²².

3.3. Reconocimiento irregular de medidas de reparación pecuniaria en los eventos de violación a derechos o bienes constitucional o convencionalmente protegidos.

3.3.1. Se presenta cuando el juez de segunda instancia ordena la reparación pecuniaria como mecanismos preferentes para lograr la reparación integral en los eventos de violación a derechos o bienes constitucional o convencionalmente protegidos, sin justificar la razón por la cual las medidas no pecuniarias son insuficientes para reparar integralmente el daño. 3.3.2. En efecto, en las sentencias de unificación referentes a este tema²³ se privilegió de manera especial las medidas de reparación no pecuniaria o medidas reparatorias no indemnizatorias con la advertencia de que solo cuando estas no fuesen suficientes para la reparación integral procedía el otorgamiento de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060. C.P. Mauricio Faardo Gómez.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente: 20104. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²² Ver sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente: 32958 de 28 de agosto de 2014 M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera sentencias de 28 de agosto de 2014, expediente: 26251 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; expediente: 32988 C.P. Ramiro Pazos Guerrero y expediente: 28804 C.P. Sara Carlo Díaz de Castillo.

medidas de reparación pecuniaria, debidamente motivado por parte del juez y proporcionales a bien o derecho afectado.

3.3.3. Este defecto se pudo identificar principalmente en eventos relativos a daños causados por miembros de la Fuerza Pública (ejecución extrajudicial) y por la Administración de Justicia (privación injusta de la libertad).

3.4. Doble condena de perjuicios inmatrimales a favor de una misma persona.

3.4.1. Se presenta cuando el juez de segunda instancia reconoce varias veces el mismo tipo de perjuicio a favor de una misma persona, desconociendo la regla fija en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, según la cual ningún daño o perjuicio puede ser indemnizado o reparado de manera doble²⁴.

3.4.2. Este proceder implica la vulneración del precedente jurisprudencial y del deber del juez de motivar sus decisiones, lo que se traduce en la violación de los derechos al debido proceso y de acceso efectivo de la administración de justicia de las entidades públicas del orden nacional y territorial condenadas.

3.5. Reconocimiento del daño a la salud sin tener prueba de la afectación psicofísica o de su intensidad

3.5.1. Se presenta cuando se reconoce el daño a la salud sin tener en cuenta la gravedad o levedad de la lesión psicofísica padecida por la víctima directa del daño o sin acudir a los parámetros cualitativos que para el efecto se consolidaron en las sentencias de unificación referentes a este asunto²⁵.

3.5.2. En las providencias analizadas se identificó esta problemática en eventos de privación injusta de la libertad, daños causados por miembros de la fuerza Pública (arma de dotación oficial), daños causados por terceros imputables al Estado (explosión de carro bomba), falla en la prestación de servicio médico, accidentes de tránsito con vehículo oficial, entre otros en los que el juez de segunda instancia sin motivación alguna reconoció perjuicios por daño a salud sin que se hubiese acreditado la prueba de la afectación psicofísica de la víctima directa del daño o de su intensidad o incluso sin motivar su reconocimiento bajo los parámetros cualitativos fijados en las sentencias de unificación²⁶.

3.5.3. En estas circunstancias, el juez tiene la obligación de ordenar el incidente de liquidación contemplado en el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011, para efectos de determinar de manera clara y real el monto de los perjuicios a reconocer en favor de la víctima directa del daño a la salud.

3.6. Reconocimiento de perjuicios por daño a la salud a quien no tiene derecho. 3.6.1. Se presenta cuando el juez de segunda instancia reconoce daño a la salud a personas diferentes a la víctima directa del daño²⁷.

3.6.2. Las sentencias de unificación en materia de daño a la salud²⁸, sostuvieron en términos generales que: i) el concepto del daño a la salud, desplaza por completo a las demás categorías de

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, expediente: 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 31170 C.P. Olga Melida Valle de De la Hoz, expediente: 23632 M.P. Danilo Rojas Bethancourt y expediente: 28804 M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁶ Las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo que unificaron en materia de los beneficiarios del daño a la salud, su cuantía y prueba para su reconocimiento corresponden a las sentencias cuyos expedientes son: 31170 M.P. Enrique Gil Botero, 31172 M.P. Olga Melida Valle de De la Hoz y 28832 M.P. Danilo Rojas Bethancourt, sobre los criterios cualitativos y el carácter temporal del daño a la salud, la decisión que unificó estos temas corresponde al expediente: 28804 M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁷ Las sentencias de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014, expedientes 31170 C.P. Enrique Gil Botero y expedientes: 31172 C.P. Olga Melida Valle de De la Hoz reiteraron los criterios establecidos en las sentencias de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de septiembre de 2011 expedientes: 19031 y 36222 C.P. Enrique Gil Botero.

²⁸ Las sentencias de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014, expedientes 31170 C.P. Enrique Gil Botero y expediente: 31172 C.P. Olga Melida Valle de De la Hoz reiteraron los criterios establecidos en las sentencias de

daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación; ii) el perjuicio únicamente se dirige en favor de la víctima directa del daño; y iii) la gravedad o levedad de la lesión psicofísica padecida por la víctima directa debe tenerse en cuenta para así reconocer el monto de la indemnización de perjuicios, de acuerdo con los porcentajes que para el efecto se consolidaron.

3.6.3. Esta situación se presenta principalmente en los asuntos relativos a responsabilidad de las entidades educativas y en los casos de privación injusta de la libertad, lo que evidencia el consecuente desconocimiento del precedente jurisprudencial y en algunos casos, cuando no se haya nacido en la demanda, constituyen decisiones extra petita.

3.7. Reconocimiento de perjuicios morales sin tener prueba de la gravedad o levedad de la lesión.

3.7.1. Se presenta cuando el juez de segunda instancia reconoce perjuicios morales sin valorar la gravedad o levedad de la lesión de la víctima, en contravía de lo previsto en la sentencia de unificación²⁹.

3.7.2. Bajo esta hipótesis se identificaron sentencias cuyos eventos correspondían, por ejemplo, a daños causados por miembros de la fuerza pública (uso desproporcionado de la fuerza y arma de dotación oficial) daños causados por terceros imputables al Estado (carro bomba), falla en la prestación de servicio médico, accidente de tránsito (falta de mantenimiento de la vía o por accidente con vehículo oficial), entre otros, en los que el juez de segunda instancia reconoció perjuicios morales sin que se hubiera acreditado la gravedad o levedad de la lesión padecida por la víctima y sin ningún tipo de motivación.

3.7.3. Ante la ausencia de la prueba sobre la magnitud de la lesión, el juez tiene la obligación de ordenar el incidente de liquidación contemplado en el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011 para efectos de determinar concretamente el monto de los perjuicios morales y evitar así incurrir en una falta de motivación y el desconocimiento del precedente jurisprudencial.

3.8. Violación del principio constitucional de la non reformatio in pejus.

3.8.1. Se presenta cuando el ad quem al resolver el recurso de apelación interpuesto únicamente por la parte demandada, sin mediar argumento alguno y sin que se trate de un caso de carácter excepcional, reconoce perjuicios inmateriales sobrepasando los montos fijados en las sentencias de unificación del 23 de agosto de 2014³⁰.

3.8.2. Las decisiones que incurrir en este defecto en algunos casos podrán llegar a constituir decisiones ultra petita y/o extra petita.

3.9. Desconocimiento del deber de disminuir los perjuicios para algunos demandantes.

3.9.1. Se presenta cuando el juez de segunda instancia reconoce perjuicios inmateriales en diferentes cuantías a personas que se encuentran en un mismo nivel de parentesco o afinidad o de terceros damnificados, una vez satisfechos los requerimientos probatorios del caso.

3.9.2. Este defecto se presenta principalmente en los casos de responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico.

Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de septiembre de 2011 expedientes: 19031 y 38222 C.P. Enrique Gil Botero.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 28 de agosto de 2014, expediente: 31172 C.P. Olga Melicia Valle de De la Hoz.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 26 de agosto de 2014, expedientes: 2525 C.P. Jaime Orlando Santafimio Gamboa; 27709 C.P. Carlos Alberto Zambrano; 32988 C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 31172 C.P. Olga Melicia Valle de De la Hoz; 36149 C.P. Hernán Andrés Rincón (F); Stella Condo Díaz del Castillo; 31170 C.P. Enrique Gil Botero y 28832 C.P. Canile Rojas Belancourth.

3.9.3. De acuerdo con su competencia funcional del juez de segunda instancia para resolver los asuntos implícitos que subyacen en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada³¹, el juez debe ajustar las condenas según el nivel en el que se encuentren los beneficiarios cuando estas sobrepasen las pautas establecidas en las sentencias de unificación³².

3.10. Violación del principio de congruencia de la sentencia.

3.10.1. Se presenta cuando el juez de segunda instancia adopta decisiones extra petita y/o ultra petita, esto es, reconoce algo por fuera o más allá de lo pedido por el demandante, incumpliendo con el principio de congruencia contemplado en los artículos 29 y 230 de la Constitución Política y 281 del Código General del Proceso; aplicable a los procesos contenciosos administrativos por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

3.10.2. En algunas de las sentencias analizadas se adjudicó perjuicios: (i) a personas que no aparecían identificadas en la demanda; o (ii), a personas que, estando identificadas en la demanda, no fueron beneficiarias de perjuicios inmateriales en primera instancia, sin que este asunto hubiese sido objeto de impugnación.

4. MECANISMOS JURÍDICOS QUE PERMITEN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS ENTIDADES Y DE LOS RECURSOS PÚBLICOS FRENTE A LAS CONDENAS IMPUESTAS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

A continuación, se presentan los mecanismos jurídicos eficaces para la protección de los derechos de las entidades públicas del orden nacional y la recuperación de los recursos públicos que se han pagado en exceso por desconocimiento de los criterios y parámetros vertidos en las sentencias de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014.

4.1. Los diez defectos identificados en los apartados anteriores, se pueden agrupar en cuatro grandes categorías a saber: i) falta de motivación de la decisión, ii) desconocimiento del precedente jurisprudencial iii) violación del principio de congruencia de la sentencia, y iv) violación al principio constitucional de la non reformatio in pejus; que da lugar a la interposición del recurso extraordinario de revisión, y a la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo subsidiario y preferente de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se perciba la violación o amenaza de un derecho fundamental.

4.2. Recurso extraordinario de revisión

4.2.1. La entidad pública del orden nacional condenada puede presentar el recurso extraordinario de revisión³³ con fundamento en la causal quinta del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, esto es "existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no proceda recurso de apelación", y que la habilita para interponerlo dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva providencia, con las pruebas documentales que estén en poder del recurrente y aquellas que pretenda hacer valer.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y expediente 20104, C.P. Ruth Sela Correa Palacio.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 28 de agosto de 2014, expedientes: 26251 C.P. Jaime Orlando Sanlofirio Gamboa; 27709 C.P. Carlos Alberto Zambrano; 32588 C.P. Ramiro Páez Guerrero; 31172 C.P. Olga Ivelda Valle de De la Hoz; 36449 C.P. Hernán Andrade Rincón (E); 28804 C.P. Stella Conio Díaz del Castillo; 31170 C.P. Enrique Gil Botero y 28832 C.P. Danilo Rojas Bethancourt.

³³ Regulado en los artículos 248 a 255 de la Ley 1437 de 2011.

4.2.2. La jurisprudencia del Consejo de Estado³⁴, ha establecido que para invocar la causal quinta (antes causal sexta del artículo 186 del C.C.A.) el caso debe ajustarse a las causales contempladas en el artículo 133 del C.G.P. (antes 140 del C.P.C.³⁵) y/o el artículo 29 de la Constitución Política.

4.2.3. No obstante lo anterior, debe advertirse que la misma Corporación³⁵, en otras decisiones, en desarrollo e interpretación del antiguo artículo 140 del C.P.C., ha identificado otros eventos diferentes a los contemplados en el mencionado artículo que pueden ser invocados con fundamento en la causal quinta del recurso extraordinario de revisión y que implican la violación del derecho al debido proceso e incluso, en algunos casos también del derecho de defensa. Por ejemplo, cuando se condena a quien no ha figurado como parte dentro del proceso; cuando la sentencia carece completamente de motivación o vulnera el principio de la non reformatio in pejus; y, cuando el demandado es condenado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente de la invocada en esta³⁷.

4.3. Acción de tutela contra providencia judicial.

4.3.1. La acción de tutela contra providencia judicial es viable, excepcionalmente, como mecanismo subsidiario y preferente de defensa, cuando de la actuación judicial se vislumbra la violación o amenaza de un derecho fundamental.

4.3.2. La jurisdicción ha admitido esa posibilidad cuando (i) se acredita el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela³⁸ y (ii) la providencia acusa incurrir en algunas de las causales específicas señaladas por la jurisprudencia³⁹.

4.3.2.1. En materia de requisitos generales de procedibilidad, quien interpone la acción de tutela contra providencia judicial debe: (i) acreditar que el asunto tiene relevancia constitucional; (ii) probar que agotó los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; (iii) demostrar que la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, constatar que esta incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; (v) identificar los errores de la autoridad judicial que generan violación y, en caso de haber sido posible, acreditar que esta fue alegada en el proceso judicial; y (vi) señalar de manera expresa que la sentencia impugnada no es de tutela, salvo que se trate del caso excepcional

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala veintiséis de decisión de 3 de febrero de 2015, radicación: 11001-03-15-000-1998-00107-01 (REV) y radicación: 11001-03-15-000-2011-01639-00 (REV).

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena sentencia de 11 de mayo de 1998, REV-093; sentencia de 1^o de junio de 2005, radicación: 11001-03-15-000-2002-01269-01 (REV-032); sentencia de 18 de octubre de 2005, radicación: 11001-03-15-000-2003-00209-00 (REV); Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2011, radicación: 23031-23-31-000-2008-00285-01 (0730-09), entre otras.

³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 3 de septiembre de 1992, radicación: REV - 039; Sección Segunda, sentencia de 18 de mayo de 1993, radicación: 4062; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de abril de 1998, radicación: REV-131; Sección Segunda, Subsección A, sentencias de 31 de mayo de 2012, radicación: 52031-23-31-000-2000-01097-01 (1309-10); 20 de junio de 2012, radicación: 86001-33-31-001-2000-00366-01 (1308-10); 28 de junio de 2012, radicación: 06001-33-31-001-2000-00851-01 (1308-10) y 17 de abril de 2013, radicación: 25000-23-25-000-2001-08382-02 (1184-08).

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 2 de marzo de 2010, radicación: 11001-03-15-000-2001-0091-0 Sección Tercera, sentencia de 28 de mayo de 2010, radicación: 20001-23-31-000-2001-01504-0; Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 2 de septiembre de 2010, radicación: 23031-23-31-000-1994-08780-01; Sección Segunda, Subsección A, sentencias de 28 de junio de 2012, radicación: 25000-23-25-000-2002-07120-01; 17 de abril de 2013, radicación: 23031-23-31-000-2001-90205-01 (1908-08); Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 7 de mayo de 2013, radicación: 11001-03-15-000-2010-00338-00; 8 de agosto de 2013, radicación: 11001-03-15-000-2009-00637-00; 7 de octubre de 2014, radicación: 11001-03-15-000-1998-00180-00; 7 de abril de 2015, raditaciones: 11001-03-15-000-2013-00358-00 (REV); 11001-03-15-000-2013-02724-00 (REV); entre otras.

³⁸ Ver sentencias de la Corte Constitucional T-173 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Calindo; T-000 de 1990 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-650 de 1990 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-504 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-315 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1049 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-222 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo; C-390 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño y SU-948 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁹ Ver Por ejemplo sentencias de la Corte Constitucional C- 590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y SU-948 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa.



Calle 39A #18-95 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0150
@CundiGov @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

de ejercicio del recurso de amparo contra sentencia de tutela, e cual a su vez exige una argumentación especial⁴⁰.

4.3.2.2. El recurso extraordinario de revisión debe haberse agotado previamente antes de acudir la acción de tutela contra providencia judicial, puesto que la Corte Constitucional ha Considerado que es un mecanismo dónco y eficaz de defensa judicial, dado que su finalidad es "permitir enmendar los errores o irregularidades cometidas en determinada providencia, para que, en aplicación de la justicia material, se proliera una nueva decisión que resulte acorde al ordenamiento jurídico. Es así como el legislador ha previsto el recurso de revisión para los procesos adelantados ante las jurisdicciones civil, penal, laboral, y Contencioso Administrativo, como medio extraordinario para cuestionar la validez de las sentencias ejecutoriadas, cuando sea evidente que en ellas se cometieron errores o ilicitudes que hacen de la providencia un pronunciamiento contrario a derecho"⁴¹.

4.3.3. Además de los anteriores requisitos genéricos, es necesario acreditar que se ha configurado alguno de los siguientes defectos: (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental, (iv) fáctico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (viii) desconocimiento del precedente constitucional, y (vii) violación directa de la Constitución⁴².

4.3.4. De acuerdo con el análisis elaborado y los defectos identificados hasta el momento, se puede concluir que las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela que pueden ser alegadas son las siguientes: i) defecto sustantivo, ii) falta de motivación, iii) violación de precedente jurisprudencial y iv) derecho fáctico⁴³, sin perjuicio que en casos futuros se puedan configurar otros defectos.

4.4. Recurso Extraordinario de unificación de jurisprudencia.

⁴⁰ Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: "4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si esta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella. // 4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no proceda. // 4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse a la Corte Constitucional. // 4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manea excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manea clara y suficiente que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación. // 4.6.3. Si la acción de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia. // 4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de inquirir, notificar o vincular a los terceros que sean afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión. // 4.6.3.2. Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las ordenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite de incidente de descalco, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manea excepcional." Sentencia SU-627 de 2016. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴¹ Ver en el mismo sentido sentencias de la Corte Constitucional, SU-853 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-207 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-986 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-825 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-149 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas; T-291 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

⁴² En la sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte individualizó los canales específicos de la siguiente manea: "a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia para ello. // b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. // c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite la aplicación del supuesto legal en que se sustenta la decisión. // d. Defecto material o sustantivo como son los casos en los que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o presentar una evidencia y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. // e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño le condujo a la toma de una decisión que afecta los derechos fundamentales. // f. Decisión sin motivación, que implica el cumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el emando que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. // g. Desconocimiento de precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la corte constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vulnerable del derecho fundamental vulnerado. // h. Violación directa de la Constitución".

⁴³ Ver: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - documento especializado No. 13 "manual para la defensa jurídica del Estado en el proceso constitucional de tutela", en http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones/andje//documentos_especializados/paginas/default.aspx.

4.4.1. Se trata de un nuevo recurso extraordinario consagrado en los artículos 256 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA (Ley 1437 de 2011).

4.4.2. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede cuando a sentencia impugnada contraria o se opone a una sentencia de unificación del Consejo de Estado (artículo 258 CPACA), siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 257 a 263 de mismo código: i) que la sentencia haya sido dictada en única y segunda instancia por los tribunales administrativos; ii) que la cuantía de la condena o en su defecto de las pretensiones de la demanda exceda 450 SMLMV cuando se trata de procesos de reparación directa; iii) que la sentencia de primera instancia haya sido apelada o se haya adherido a la apelación; y iv) que sea presentado por escrito ante el tribunal administrativo que profirió la providencia a más tardar dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria.

5. ESTRATEGIAS GENERALES DE DEFENSA DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EJERCICIO DEL MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA.

Las entidades públicas del orden nacional en curso del proceso Contencioso Administrativo deberán seguir los siguientes lineamientos de defensa judicial.

5.1. En la contestación de la demanda

5.1.1. Las entidades públicas del orden Nacional al contestar la demanda en los casos en que se pidan perjuicios morales por lesiones y daño a la salud deben solicitar el decreto y práctica de dictámenes periciales que permitan determinar la gravedad o levedad de la lesión o de la afectación psicofísica padecida por la víctima directa del daño (artículos 172 y 175 CPACA).

Lo anterior tiene como finalidad que el juez liquide los perjuicios con fundamento en las pruebas que deben obrar en el expediente y bajo los parámetros establecidos en las sentencias de unificación. En todo caso, si el Juez observa que las pruebas no conllevan a la cuantificación del perjuicio, debe ordenar el incidente de liquidación consagrado en el artículo 193 del CPACA.

5.1.2. Si en la demanda se solicita la reparación por daño a la salud, en la contestación se debe advertir que de ser probado el , este perjuicio debe ser reconocido únicamente a la víctima directa del daño y siempre bajo el entendido de la existencia de una prueba real que determine el grado de la afectación psicofísica.

5.1.3. Para desvirtuar las presunciones que el juez contencioso administrativo emplea respecto de las relaciones afectivas y de conformidad con las pautas fijadas en las sentencias de unificación, con la contestación de la demanda se deben allegar, o en su defecto solicitar, las pruebas que indiquen que entre la víctima directa y los demandantes que se encuentran dentro del primer⁴⁴ y segundo⁴⁵ nivel, no exista una relación de afecto, o que no ora de tal magnitud como para reconocer los perjuicios con la sola prueba del parentesco. Respecto de los demandantes que se encuentran en el tercer⁴⁶, cuarto⁴⁷ y quinto⁴⁸ nivel, se debe desvirtuar la relación afectiva entre la víctima directa y estos.

5.1.4. En cuanto a la medida de reparación pecuniaria por grave violación a los derechos humanos, es importante argumentar que: i) la misma se conceda únicamente a la víctima directa del daño; ii) procede exclusivamente cuando las medidas de reparación no pecuniarias son insuficientes para la reparación integral, y siempre bajo la obligación por parte del juez de motivar su decisión y ser proporcional al derecho o bien afectado; iii) no puede ser trasladada a otros demandantes bajo la figura jurídica de la transmisibilidad del derecho de crédito, salvo que se acredite que la víctima directa sobrevivió siquiera un instante.

5.2. Preclusión de la etapa probatoria

⁴⁴ Conyugue, compañero (a) permanente, y parientes en el primer grado de consanguinidad.

⁴⁵ Parientes en el segundo grado de consanguinidad.

⁴⁶ Parientes en el tercer grado de consanguinidad.

⁴⁷ Parientes en el cuarto grado de consanguinidad y afines hasta el segundo grado.

⁴⁸ Torceros carnificados.

Si el Juez da por finalizada la audiencia de pruebas y señala fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, sin que hayan sido practicadas y controvertidas a totalidad de las pruebas decretadas, la entidad demandada debe recurrir esta decisión y solicitar la ampliación del término de la audiencia de pruebas (artículo 181, inciso final, C.P.A.C.A.).

5.3. En la Etapa de alegatos de conclusión

La entidad demandada al presentar sus alegatos de conclusión, tiene el deber de ratificar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y de debatir las consecuencias de los hechos probados.

5.4. En el recurso de apelación

5.4.1 Si en la entidad demandada observa que la providencia de primera instancia desconoció pautas o criterios contenidos en las sentencias de unificación sobre perjuicio inmaterial, debe cuestionar el reconocimiento y/o el monto de los perjuicios otorgados, bien sea por falta de motivación o por ausencia de prueba que determine su procedencia y/o cuantía.

5.4.2 En los eventos en que no se tengan prueba real de la gravedad o gravedad de la lesión o de la afectación psicofísica y se vislumbre la confirmación de responsabilidad del Estado, se debe solicitar al juez que ordene el incidente de liquidación de perjuicios para garantizar una tasación acorde a la gravedad de la lesión o de la afectación psicofísica.

5.4.3 Si obran pruebas que indiquen que entre la víctima directa y los demandantes no existió una relación afectiva, la entidad demandada debe aducirlo en el recurso para evitar el reconocimiento de perjuicios a quien no tiene derecho.

5.4.4 Por último, si en primera instancia se ordenaron medidas de reparación pecuniaria en los eventos de violación a los derechos o bienes constitucional o convencionalmente protegido, sin existir fundamento para su reconocimiento o fueron otorgadas a personas diferentes a la víctima directa del daño, la entidad demandada debe alegar la inexistencia de motivación, o en su defecto, cuestionar el reconocimiento de medidas a quien no tiene derecho de conformidad con las pautas establecidas en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014¹⁹.

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente
Comité de Conciliación y defensa Judicial

Elaboró :
Sandra P. Meridoza, Abogada de Apoyo Oficina Asesora Jurídica
Revisó
Julian Duarte Castellanos

CIRCULAR No 20 DEL 30 DE NOVIEMBRE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca.

Para: Corporación Social de Cundinamarca.

Asunto: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial por hechos relacionados con el uso de vehículos oficiales.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 28 de agosto de 2014 expedientes 26231 C.P. Jaime Orlando Santafirma Gamboa; 28304 C.P. Stella Contic Eliaz del Castillo y 32938 C.P. Ramiro Páez Guerrero.

Fecha: 30 de noviembre de 2020

I. COMPETENCIA Y ALCANCE

1.1. Marco de competencias. El Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Sector Central del Departamento de Cundinamarca, en el marco de sus competencias legales, consagradas en los decretos 17'6 de 2009, artículo 19 numeral 1° y 1009 de 2015, artículo 2.2.4.3.1.2.5 numeral primero y Decreto Departamental C271 de 2012, artículo 3o. Numera. 1c., adoptó los lineamientos emitidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en materia de defensa judicial, prevención de conductas antijurídicas y del daño antijurídico, por hechos relacionados con el uso de vehículos oficiales, y los mismos serán adoptados por la Corporación Social de Cundinamarca a través de esta Circular.

1.2. Bajo el amparo de la misión institucional de una gestión efectiva, integral y permanente que respete los derechos y principios constitucionales y que permita optimizar los recursos públicos, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, adelantó un estudio en el que se analizó el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad estatal frente a la actividad relacionada con el uso de vehículos oficiales, entendidos estos como cualquier medio de transporte de personas o cosas que incluye, automotores, naves, aeronaves, bicicletas y motocicletas, entre otros.

Ello se hizo necesario en tanto los daños derivados del uso de vehículos en la actividad oficial es un tema que se ha vuelto complejo y recurrente en el funcionamiento de la Administración Pública produciendo un alto impacto económico. Lo anterior, teniendo en cuenta que la conducción de vehículos es una actividad lícita del Estado pero altamente peligrosa y, en esa medida se ha convertido en una de las principales causas de litigiosidad estatal.

1.3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en uno de sus estudios analizó un número significativo de providencias proferidas por el Consejo de Estado a partir de 1991. Los resultados indican que la responsabilidad patrimonial estatal se fundamentó en el título de imputación de riesgo excepcional (régimen objetivo) en el 30% de ellas y en la falla del servicio (régimen subjetivo) en el 40% de ellas. Además, que se exoneró de responsabilidad en el 30% de los casos por haber quedado probada la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho de un tercero.

1.4. Visto el panorama anterior, resulta necesario advertir de esta problemática a todos los servidores de las entidades públicas del orden departamental, con el propósito de instarlos a conocer las prácticas defectuosas en que se incurren con mayor frecuencia cuando se está ante la conducción y manejo de vehículos oficiales, como insumo importante para adoptar acciones de corrección y mejora dirigidas a evitar afectaciones de derechos a los administrados y, con ello, reducir su impacto en el patrimonio público.

Complementariamente, en la presente Circular se formularán lineamientos para la conciliación temprana y la defensa judicial en la misma materia.

2. PRINCIPALES FALENCIAS QUE CONDUCEN AL DAÑO ANTIJURÍDICO DERIVADO DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE USO OFICIAL

2.1. En los estudios antes mencionados se concluyó que la conducción de vehículos de uso oficial comporta una actividad peligrosa y la configuración de los eventos de responsabilidad -por regla general- corresponde al régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, en tanto la imputación resulta del riesgo grave y anormal al que el Estado expone a los administrados en el ejercicio lícito de dicha actividad.

Sin embargo, el uso del régimen subjetivo de responsabilidad con fundamento en la falla del servicio, no ha sido excluido, por el contrario, suele privilegiarse (cuando se prueba) en tanto supone el no cumplimiento de las normas reglamentarias. En ese orden, su aplicación permite identificar -de una parte- las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa con el fin de procurar la no reiteración de este tipo de conductas y adoptar las medidas de mejora necesarias para trazar políticas públicas administrativas de prevención y -de otra- adelantar las acciones de reparación cuando a ello hubiere lugar frente al agente que hubiere actuado con dolo o culpa grave.

2.2. Conscientes de la importancia que reviste la identificación de las fallas en las que incurre la Administración en la actividad de conducción de vehículos oficiales, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado constató que el daño antijurídico generado por este tipo de actividad, en gran medida, tiene origen en deficiencias derivadas de la conducta de la Administración.

Bajo el entendido que la falla del servicio supone el incumplimiento del contenido obligatorio que el ordenamiento jurídico le impone a la Administración y, como quiera que la actividad peligrosa de conducción de vehículos comporta el acatamiento de los deberes genéricos de vigilancia, elección y cuidado, tanto sobre la actividad como sobre el agente que la ejecuta y el instrumento empleado, la jurisprudencia contencioso administrativa ha clasificado las infracciones de estos deberes así: i) incumplimiento del deber de guarda de la actividad peligrosa de conducción de vehículos; ii) incumplimiento en el deber de guarda sobre el vehículo oficial; y iii) incumplimiento de los aludidos deberes genéricos en eventos en los que el daño deriva de la colisión de dos actividades peligrosas.

2.2.1. Incumplimiento del deber de guarda de la actividad peligrosa de conducción de vehículos. Se presenta cuando la Administración, en ejercicio de sus funciones e independientemente de que el vehículo sea o no de su propiedad, al ejecutar la actividad peligrosa de conducción de vehículos, incumple los deberes de dirección, vigilancia y control sobre la actividad, y como consecuencia de ello, se produce un daño.

2.2.1.1. Entre los casos de incumplimiento más recurrentes y que generan litigiosidad, se identificaron los siguientes

a. Conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas o embriagantes.
b. Carecer de los requisitos de idoneidad para desarrollar apropiadamente la actividad de conducción o de aptitud, por no reunir los requisitos legales que supone la actividad (como no contar con licencia vigente o no haber sido expedida por el ente competente).

c. Conducir de manera negligente e imprudente. En esta categoría se pueden citar los siguientes casos que involucran un manejo irregular del vehículo: conducir en contravía existiendo debida señalización, estacionar el vehículo en lugares no aptos para ello, retroceder en una vía pública, invadir lugares no autorizados, invadir andenes, exceder la velocidad autorizada y sobrepasar a otro vehículo en lugar prohibido.

d. Omitir la instalación de las señales de advertencia o peligro en el momento en que se realiza la reparación del vehículo cuando sufre fallas mecánicas.

2.2.2. Incumplimiento en el deber de guarda sobre el vehículo oficial. Se produce cuando la Administración se encuentra en ejercicio de la guarda material del vehículo e incumple los deberes de dirección, vigilancia y control sobre el mismo, y como consecuencia de ello, se produce un daño.

2.2.2.1. Entre los casos de incumplimiento más recurrentes y que generan litigiosidad, se identificaron los siguientes:

a. Indebido estacionamiento del vehículo de uso oficial, que llevó a que otro vehículo colisionara con aquel.

b. Ejecución de maniobras de adelantamiento en una curva, por parte del vehículo de uso oficial, que conllevó un choque de frente con otro vehículo.

c. Invasión del carril contrario por parte del vehículo de uso oficial, con desconocimiento de las normas de tránsito.

d. Destinar el vehículo a un uso o actividad distinta a la legalmente prevista.

e. Transportar personas en vehículos que no están destinados para tal fin, por ejemplo en volquetes.

f. Transportar personas en vehículos no aptos por no contar con las condiciones de seguridad necesarias.

g. Omitir e deber de realizar las revisiones mecánicas al vehículo

2.2.3. Incumplimiento de los aludidos deberes genéricos en eventos en los que el daño se deriva de la colisión de dos actividades peligrosas. Se presenta cuando la entidad pública y el particular ejercen, concurrentemente, la actividad peligrosa de conducción de vehículos, que luego desencadena el daño. A efectos de determinar la responsabilidad estatal en estos eventos, resulta relevante determinar cual de las actividades en colisión constituye la causa eficiente del daño (por ser la que dio lugar a la consumación del riesgo propio de la actividad). Es decir, a partir de un análisis de imputación objetiva, determinar cuál de las dos actividades riesgosas concurrentes representa un mayor peligro de desencadenar el daño, en términos causales o facticos.

En consecuencia, cuando se está frente a este tipo de eventualidades, el Juez analiza desde una óptica objetiva y en cada caso concreto -evaluando características como el tamaño, volumen o velocidad- cuál vehículo, por su estructura o actividad, generó la mayor potencialidad de concretar el riesgo que se tradujo en la producción del daño. Así las cosas, cuando se compruebe que el vehículo de la entidad pública superó -en tamaño, volumen, velocidad, etc.- al del particular, será responsable y deberá resarcir el daño. Lo anterior, sin perjuicio de que se encuentre acreditada una falla del servicio en el ejercicio de la actividad, como causa eficiente del daño antijurídico, evento en el cual, el título de imputación aplicable será el de falla del servicio.

2.2.3.1. Entre los casos de incumplimiento más recurrentes y que generan litigiosidad en las entidades públicas, se pueden identificar los siguientes:

- a. Indebido estacionamiento del vehículo de uso oficial que llevó a que otro vehículo colisionara con aquel.
- b. Ejecución de maniobras de adelantamiento en una curva, por parte del vehículo de uso oficial, que conllevó un choque de frente con otro vehículo.
- c. Invasión del carril contrario por parte del vehículo de uso oficial con desconocimiento de las normas de tránsito.

2.2.4. Otras causales. En estos eventos se encuentran circunstancias que no encajan en las eventualidades antes descritas pero que de todas maneras suponen una falla en el servicio por cuanto la Administración incurre en una omisión o en un defectuoso o tardío acatamiento de sus obligaciones e incumpe su comportamiento activo de proteger la vida de los ciudadanos.

2.2.4.1. El incumplimiento de la obligación de proveer los elementos de protección y seguridad adecuados para el desarrollo de la actividad de conducción es el caso recurrente que mayor litigiosidad genera.

3. LINEAMIENTOS EN PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

3.1. Dado el carácter de peligrosa o riesgosa que supone la actividad de conducción de vehículos oficiales, el Consejo de Estado ha advertido que el título de imputación aplicable por excelencia es el de riesgo excepcional (responsabilidad objetiva). Sin embargo, como se ha hecho evidente, frente a ciertas eventualidades, la Administración incurre en una serie de fallas del servicio que merecen especial atención a fin de prevenir la reiteración de dichas conductas y poder proponer políticas de prevención.

3.2. En consideración a que se está ante una potencialidad mayor de producir daño, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fórmula para todos los funcionarios públicos que intervienen en la actividad relacionada con el uso y conducción de vehículos oficiales, en el marco de sus funciones legales, los siguientes lineamientos de prevención:

3.2.1. Cumplir con rigurosidad los protocolos de conducción, circulación y tránsito de vehículos oficiales. Ello implica el acatamiento tanto de los reglamentos y manuales internos de cada entidad pública, como la observancia de las normas legales y reglamentarias del orden nacional y territorial, como el Código Nacional de Tránsito, entre otras.

Sobre el particular se proponen las siguientes pautas mínimas:



Calle 39A #18-35 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

[f/CundiGov](#) [@CundinamarcaGov](#)
www.cundinamarca.gov.co

- a. Conocer el vehículo y portar los elementos de seguridad, de acuerdo con el tipo de vehículo, como señales básicas, llanta de repuesto, cruceta, gato, botiquín de primeros auxilios, extintor, linterna, chaleco reflectivo, guantes, y herramientas básicas como alicate, destornillador y llave de expansión, entre otros.
- b. Respetar las señales de tránsito.
- c. Conducir con moderación, lo que implica no exceder los límites de velocidad permitidos (ciudad 60 km/h y carretera 80 km/h, salvo disposición en contrario) y mantener la distancia mínima requerida entre vehículos.
- c. Utilizar siempre el cinturón de seguridad.
- e. Abstenerse de conducir bajo los efectos del alcohol, de fármacos o sustancias psicotrópicas que alteren el estado de conciencia y alerta que se requieren.
- f. Permanecer en estado permanente de atención y concentración, para lo cual es necesario no conducir en estado de fatiga o cansancio.
- g. Conducir tratando de evitar accidentes a pesar de las acciones incorrectas de los demás y de las condiciones adversas.
- h. Conducir teniendo en cuenta que los vehículos no son expresión de poder ni dominio, lo que implica conducir de manera no agresiva.
- i. Evitar el exceso de confianza e imprudencia.
- j. Respetar en todos los eventos a los peatones, dándoles prelación en el cruce de las vías.
- k. Conducir, sin excepción, con los elementos de protección como cascos, chalecos reflectivos, guantes, protectores auditivos, salvavidas, uniformes, overolas, botas y gafas en los casos que se requiera (por ejemplo conducción de bicicletas, motocicletas, aeronaves y naves).
- l. Verificar permanentemente el estado de la suspensión, los frenos, la dirección y las luces de los vehículos.
- m. Ponerse al acatamiento de las órdenes directas frente al contenido de las normas y deberes legales en materia de conducción.
- n. Conducir únicamente los vehículos oficiales debidamente asignados.

3.2.2. Acatar las disposiciones reglamentarias en cuanto al mantenimiento de vehículos establecidas en los protocolos internos de cada entidad y, cuando sea el caso, en la normatividad legal del orden nacional y territorial. Lo anterior conlleva un deber para el Estado consistente en mantener en condiciones óptimas los vehículos que transitan por las vías aéreas, marítimas, fluviales y terrestres, lo cual supone al menos:

- a. Realizar las revisiones técnico-mecánicas periódicas de conformidad con lo dispuesto para los distintos vehículos conforme a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.
- b. Acudir a los centros de diagnóstico en oportunidad y con la debida periodicidad según el tipo de vehículo y uso, para realizar los mantenimientos apropiados tales como cambio de aceite, revisión de frenos, de batería, alineación, suspensión, revisión de neumáticos y proveer los repuestos necesarios para su buen funcionamiento.

3.2.3. Cumplir con las disposiciones internas así como con las reglamentarias a nivel nacional y territorial (en el evento en que las entidades del orden nacional se encuentren desconcentradas en entidades territoriales o cuando el vehículo se lleve fuera de su sede) relacionadas con el uso y destinación de vehículos a fin de que estos se empleen para el uso o actividad para el que están legalmente previstos.

3.2.4. Cumplir los requisitos de idoneidad y aptitud para desarrollar la actividad de conducción de vehículos, lo que presupone la vinculación de personal con la suficiente experiencia y la verificación de la documentación habilitante para el desarrollo de la actividad en cada caso concreto, como las licencias o pasés de conducción vigentes, expedidas por autoridad competente, aptas para realizar la actividad y contar con los debidos documentos de aseguramiento, entre otros.

3.2.5. Ofrecer a los funcionarios y agentes que ejercen la actividad de conducción de vehículos, cursos de actualización sobre seguridad vial, marítima, fluvial y aérea, manejo defensivo, conocimiento de mecánica automotriz, primeros auxilios, manejo del estrés, ira y agresividad.

3.2.6. Desarrollar protocolos y reglamentos internos en donde consten los lineamientos legales que cobren regir la actividad de conducción terrestre, marítima, fluvial y aérea, con parámetros mínimos que incluyan, por lo menos, los siguientes aspectos:

- a. Obligaciones, derechos, deberes y prohibiciones de los conductores y pilotos.
- b. Requisitos mínimos de idoneidad, tales como la experiencia requerida, así mismo la habilitación legal para el desarrollo de la actividad (como lo es la licencia vigente y expedida por el ente competente), según el tipo de vehículo.
- c. Periodicidad en el mantenimiento de vehículos conforme a lo dispuesto para cada uno de ellos.
- d. Claridad frente a la destinación específica de cada vehículo y especificaciones técnicas. e. Asignación y uso de vehículos.

3.2.7. Los lineamientos en materia de prevención del daño antijurídico aquí previstos son extensivos y exigibles en aquellos eventos en los que la actividad de conducción de vehículos de uso oficial se desarrolle a través de un tercero.

4. LINEAMIENTOS PARA LA CONCILIACIÓN TEMPRANA

4.1. Una vez demostrado, en términos relevantes para efectos del régimen de responsabilidad patrimonial estatal, que existió un daño como consecuencia de la actividad de conducción de vehículos oficiales, se debe abordar el análisis concreto del caso para determinar si se reúnen todos los requisitos para conciliar en forma temprana (antes o durante el proceso judicial).

En este orden, la conciliación es más que una simple opción, pues resulta imperativo analizar el caso en concreto para definir de manera razonada si la entidad debe acoger o proponer una fórmula de solución conciliatoria, buscando atender de manera temprana la reclamación que en tal sentido le formule el interesado, conforme al enunciado del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que toma en obligatoria la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio de la acción o medio de control de reparación directa. Así mismo, la entidad pública debe acometer los análisis y proyecciones necesarias para determinar, en concreto, el costo en términos económicos que representa conciliar o no conciliar de manera temprana un caso.

4.2. En los asuntos en los cuales exista una alta probabilidad de condena, con fundamento en el acervo probatorio allegado a expediente y en la jurisprudencia de las altas Cortes, especialmente en eventos de responsabilidad objetiva, como ocurre con la conducción de vehículos de uso oficial, los miembros de los comités de conciliación deberán analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas y proceder a conciliar en aquellos casos en los cuales exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

Esa opción de conciliar debe estar precedida de un análisis cuidadoso que incluya la variable de incidir en la reducción de la litigiosidad en contra del Estado y la materialización de los derechos amparados por la Constitución y la ley, contribuyendo a la reducción de costos por concepto de generación de intereses.

4.3. La Agencia ha identificado los supuestos concretos y recurrentes en razón de los cuales ha resultado comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado y que resultarían jurídicamente conciliables.

4.3.1. Casos en los que, a pesar del uso adecuado del vehículo, se evidencie que la actividad peligrosa de conducción oficial materializa el riesgo que entraña. Ello se evidencia en situaciones como las siguientes:

- a. Vehículo que sufre un percance mecánico -pese a contar con los debidos y oportunos controles- y que como consecuencia lleva a que su conductor pierda el control del mismo y cause daños.
- b. Conductor que pierde el control del vehículo en una vía mojada o deteriorada.
- c. Conductor que por esquivar a un peatón invade el carril contrario y colisiona con otro vehículo.
- d. Ambulancia aérea que se desploma causando daños a sus ocupantes y a terceros.

4.3.2. Casos en los cuales resulte evidente que el conductor del vehículo oficial incurrió en una falla del servicio de tal entidad que se avizora una condena altamente probable. Ello se evidencia principalmente en los siguientes eventos:

- a. Conducir bajo los efectos del alcohol o de sustancias estimulantes o psicotrópicas.
- b. Conducir con exceso de velocidad.
- c. Ejecutar maniobras de adelantamiento en zonas no permitidas como curvas o vías en las que se realicen trabajos públicos.
- d. Transportar pasajeros en vehículos no aptos o no autorizados para ello.
- e. Conducir sin los elementos de protección y seguridad necesarios según el tipo de vehículo.
- f. Conducir en contravía existiendo la debida señalización.
- g. Estacionar el vehículo en lugares prohibidos o no aptos para ello.
- h. Invadir lugares no autorizados, como andenes.
- i. Realizar la reparación del vehículo cuando sufre fallas mecánicas sin haber instalado las señales de advertencia necesarias.

4.3.3 Casos en los cuales se configura alguno de los supuestos que en eventos similares hayan dado lugar a conciliaciones judiciales o extrajudiciales.

4.4. Se debe tener en cuenta, no obstante, que no habrá lugar a aceptar ni promover la conciliación en aquellos casos en los cuales sea posible establecer probatoriamente:

- a. Una causal excluyente de responsabilidad; es decir, cuando los hechos que dieron lugar a la producción del daño fueron propiciados por la propia víctima, por el hecho de un tercero o derivados de la fuerza mayor.
- b. Que la entidad pública no ejerciera la guarda de la actividad o del vehículo, puesto que sólo habrá lugar a imputar responsabilidad por el daño antijurídico a la entidad demandada cuando quede establecido el deber de guarda de esta sobre la actividad o el vehículo que causó el perjuicio.

4.5. Se advierte que si bien el acuerdo conciliatorio es una expresión de la autororía de la voluntad de las partes, no se deben proponer o aceptar fórmulas de arreglo evidentemente lesivas, desequilibradas, desproporcionadas o abusivas en contra tanto del Estado como del particular afectado por la actuación u omisión del Estado, en tanto las mismas podrán ser improbadas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tenor de sus lineamientos en la materia.



4.5.1. En la providencia de unificación de 28 de abril del 20014, Rad. 2000123310020090C199 01 (41.834)⁵⁰, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó los siguientes parámetros en relación con el monto del perjuicio a conciliar:

a. "Cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la conciliación podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena."

b. "Cuando la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o esta aun no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño -entre otros factores-, según corresponda."

c. "Por último, debe precisarse que las consideraciones y los parámetros antes señalados no están llamados a aplicarse en aquellos eventos en los cuales, aunque se encuentre acreditado el daño, no suceda lo mismo en relación con el quantum del perjuicio, situaciones en las cuales el propio juez debería acudir a la equidad como principio y fundamento para determinar el monto de la indemnización a decretar; en consecuencia, cuando en estas circunstancias se pretenda alcanzar un acuerdo conciliatorio, el margen de negociación entre las partes será mayor y serán ellas las que en su criterio y libre disposición -pero respetando los postulados de razonabilidad y proporcionalidad y evitando siempre el abuso de la posición dominante de una de las partes- definan los términos de su respectiva conciliación y, por su puesto, corresponderá al juez competente evaluar y definir, de conformidad con las particularidades de cada caso concreto, la legalidad del respectivo negocio jurídico."

5. LINEAMIENTOS PARA LA DEFENSA JUDICIAL

5.1. El estudio de la jurisprudencia contenciosa administrativa por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ha permitido identificar la posición actual de dicha Jurisdicción en materia de daños causados por la conducción de vehículos oficiales, con el propósito de que sea posible anticipar la decisión que el juez contencioso administrativo adoptará en los casos concretos y de este manera, facilitar la construcción de estrategias de defensa judicial efectivas que reduzcan las condenas o el monto de las mismas. En consecuencia, se exhorta a las entidades públicas a atender los siguientes lineamientos:

5.1.1. En no pocas ocasiones el Consejo de Estado ha optado por constituir la responsabilidad estatal -o exonerar al Estado- con fundamento en un régimen de responsabilidad subjetiva o de falla del servicio, cuyas bondades estriban en la pedagogía que pronunciamientos en ese sentido ejercen en la Administración, comoquiera que al evidenciar los errores en los que esta incurre es posible adelantar políticas públicas que impidan que hechos similares se repitan; así mismo es posible adelantar un consecuente juicio en acción de repetición en contra del funcionario que, de manera dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena judicial, así como también puede ser llamado en garantía dentro del mismo proceso de reparación directa que se adelante en contra de la Administración.

5.1.2. Si en el momento de evaluar el material allegado al proceso, el juez advierte una escasa o nula actividad probatoria que no hizo posible desvirtuar la responsabilidad objetiva mediante la prueba de una causa extraña, como la fuerza mayor, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero (causales excluyentes de responsabilidad), el Estado deberá reparar los perjuicios causados, en tanto la carga probatoria está a cargo de la entidad pública demandada.

⁵⁰ Aun cuando la citada sentencia fue proferida para resolver un asunto de privación injusta de la libertad, aquella tiene vocación de ser aplicada para los demás eventos conciliatorios de responsabilidad estatal, en tanto corresponde a una Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

5.1.3. Resulta relevante advertir que para que se exonere de responsabilidad al Estado por el hecho de un tercero e por que hubiere ocurrido un hecho de fuerza mayor, debe quedar acreditado que su presencia fue la causa única, exclusiva, excluyente y adecuada en la producción del daño. En contraposición, si se estima que se está frente a una concurrencia de causas, los dañadores serán solidarios y en el evento de que la Administración cumpla con el pago del 100% de la indemnización habrá lugar a reclamar el pago de la parte que corresponda contra quien contribuyó a generar el daño.

5.1.4. Por su parte, cuando la entidad demandada no logre probar que la participación de la víctima fue determinante en la causación del daño, tal situación resulta trascendente en el ámbito específico de la indemnización de perjuicios, en tanto será procedente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil que establece la reducción de la indemnización. En este entendido, la entidad demandada deberá acreditar y probar el porcentaje o grado de participación de la víctima en la producción del daño, lo que se traducirá, en últimas, en la reducción de los perjuicios.

5.1.5. Cuando se esté ante multiplicidad de demandados (la mayoría de los casos) vale la pena advertir que, con anterioridad a la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, de quedar probada la responsabilidad, ella resultaba solidaria. Ello implica que cualquiera de los demandados podía ser perseguido por la víctima para el pago de la totalidad de los perjuicios causados, pudiendo luego, quien cancelo, repetir contra el resto de codeudores.

Con la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conforme al artículo 140, inciso final, es necesario probar en el proceso el porcentaje en el que cada entidad intervino o participó en la causación del daño. Lo anterior supone adelantar una actividad probatoria con miras a que no se generen indemnizaciones desequilibradas o condenas excesivas frente a cada una de las personas jurídicas demandadas.

5.1.6. Cuando la entidad demandada estime que con su conducta el agente produjo el daño por dolo o culpa grave, debe acudir a la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición para que en la misma sentencia en la que se determina la responsabilidad estatal, pueda resolverse la relación procesal entre llamante y llamado.

5.1.6.1. En caso de no haberse ejercido el llamamiento en garantía con fines de repetición al interior del proceso de reparación directa, de conformidad con la Ley 678 de 2001, la Administración deberá adelantar la acción de repetición contra el agente que hubiere actuado con dolo o culpa grave.

5.1.7. Frente a la guarda en la actividad de conducción de vehículos y guarda en la estructura del vehículo, resulta importante que cuando no se encuentre establecido el deber de guarda, ya sea por ausencia de prueba del vínculo jurídico o material con la Administración, no habrá lugar a imputar responsabilidad por el daño a la entidad demandada.

5.1.8. Para la verificación del mantenimiento de vehículos, resulta de la mayor relevancia que las entidades públicas conserven las fichas y certificados mediante los cuales se comprueba que efectivamente los vehículos se encuentran en óptimas condiciones para transitar por las vías, a fin de que en los procesos no existan vacíos probatorios sobre esa materia.

5.1.9. Las providencias judiciales analizadas por la Agencia han permitido establecer que en este tipo de actuaciones, el éxito procesal de la entidad pública se debe principalmente a aspectos probatorios, tales como probar la causa extraña o la diligencia y cuidado en sus actuaciones (cuando se esté frente a casos en los que el régimen subjetivo es el que se está argumentando). Por lo anterior, al momento de estructurar su defensa y contestar la demanda, las entidades deben prestar especial atención y reunir el acervo probatorio suficiente para enfrentar el proceso adecuadamente.

5.1.10. La Agencia ha identificado que las entidades públicas aducen alguna causa extraña o la debida diligencia y no efectúan esfuerzo probatorio alguno. Pese a que la ley consagra libertad probatoria, se recomienda aportar o solicitar las siguientes pruebas:

a. El informe de accidente de tránsito y el circuis diligenciado por la autoridad competente.

b. Prueba de alcoholemia.

Handwritten signature and initials

- c. Examen toxicológico
 - d. Inspección judicial al lugar de los hechos, la cual debe ser llevada a cabo en un lapso de tiempo cercano a la ocurrencia de aquellos.
 - e. Dictamen pericial.
 - f. Testimonios.
 - g. Planillas y fichas de mantenimiento periódico de los distintos tipos de vehículos.
 - h. Registros de asistencia del conductor a cursos de actualización sobre seguridad vial, marítima, fluvial y aérea, manejo defensivo, conocimiento de mecánica automotriz, primeros auxilios, manejo del estrés, y agresividad.
6. El fundamento y soporte de esta Circular se encuentra en el documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales relevantes para el fortalecimiento de la defensa jurídica y la implementación de la conciliación en casos de responsabilidad patrimonial de Estado por daños causados con vehículos oficiales". Tal documento puede ser consultado en la página web <http://www.defensajuridica.gov.co/>

Así las cosas, las entidades de orden departamental, así como los abogados que ejercen la defensa judicial para el departamento de Cundinamarca, deberán implementar durante el litigio los lineamientos señalados por la Agencia Nacional de Estado en la materia y los servidores públicos deberán acatar con diligencia y esfuerzo conductas tendientes a preservar el patrimonio público del Departamento de Cundinamarca.

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente

Comité de Conciliación y Defensa Judicial

Revisó: Julián Duarte Castellanos- Jefe Oficina Jurídica

Elaboró: Sandra P. Mendoza abogada Oficina Asesora Jurídica

CIRCULAR No. 21 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial Corporación Social de Cundinamarca.

Para: Corporación Social de Cundinamarca.

Asunto: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en procesos de reestructuración y liquidación de entidades del orden departamental.

Fecha: 30 de noviembre de 2020

1.- COMPETENCIA Y ALCANCE

1.1. Marco de competencia.

Los Decretos: 1716 de 2009 artículo 19 numeral 1° y 1069 de 2015 artículo 2.2.4.3.1.2.5 numeral primero, otorgan competencias al Comité de Conciliación y Defensa Judicial en materia de política de prevención del daño antijurídico; así mismo, el Decreto Departamental 0271 de 2012: "Por medio del cual se adopta el reglamento del comité de Conciliación y Defensa Judicial del sector Central del Departamento de Cundinamarca", artículo 30. Numeral 1o., establece como una de sus funciones formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.

1.2. ALCANCE

El comité de Conciliación y Defensa Judicial del Departamento de Cundinamarca, en ejercicio de la función de formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico; con el fin de mitigar las demandas y condenas al Departamento de Cundinamarca, considera necesario aprobar y adoptar

los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en procesos de reestructuración y liquidación de entidades del orden Estatal y de la misma forma esta Corporación adoptará los mismo lineamientos a través de la presente circular.

Sobre el particular conviene precisar que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a partir de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la responsabilidad estatal frente a los daños antijurídicos que se ocasionan a los trabajadores de una entidad pública en procesos de reestructuración y liquidación, identificó los distintos factores que inciden en la producción del mismo, como el despido ilegal de trabajadores que tienen una protección constitucional reforzada, esto es, madres y padres cabeza de familia, personas con discapacidad, personas próximas a pensionarse, trabajadores aforados y trabajadores en carrera administrativa.

A juicio de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la identificación sistematizada de las causas o prácticas defectuosas que generan reiteradas y cuantiosas condenas en contra del Estado, facilita la adopción de acciones de corrección y mejora dirigidas a evitar afectaciones de derechos a los administrados y, con ello, reducir su impacto en el patrimonio público. Complementariamente en la presente Circular se presentan lineamientos para la conciliación temprana y la defensa judicial en la misma materia.

2. PRINCIPALES FALENCIAS QUE GENERAN DAÑO ANTIJURÍDICO EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS.

2.1. De conformidad con la línea jurisprudencial a que se ha hecho referencia, las principales causas que han contribuido a generar responsabilidad patrimonial por parte del Estado en procesos de liquidación o reestructuración de entidades públicas, son las siguientes:

Respecto de los trabajadores con fuero sindical

2.1.1. El incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones que emanan de las convenciones colectivas, como puede ser el pago de las primas extralegales allí convenidas.

2.1.2. La indebida motivación de la justa causa que se acuce para solicitar a la autoridad judicial el levantamiento del fuero sindical del trabajador aforado que requiere ser despedido.

2.1.3. La configuración de una conducta antisindical, esto es, una acción tendiente a afectar el derecho de asociación sindical, como por ejemplo, el despido masivo únicamente de trabajadores sindicalizados.

2.1.4. El desconocimiento de las garantías propias del fuero sindical, como los permisos sindicales a que tienen derecho los trabajadores aforados, o el deber de las entidades públicas de solicitar autorización judicial, a través del proceso de levantamiento de fuero sindical.

2.1.5. El incumplimiento del deber de adelantar un proceso ordinario laboral cuando, debido a la culminación del proceso liquidatorio, resulta física y jurídicamente imposible cumplir la orden de reintegro del trabajador aforado emanada de autoridad judicial.

Respecto de los trabajadores en carrera administrativa

2.1.6. El incumplimiento por parte del empleador del deber de incorporar a los trabajadores que ocupan cargos de carrera administrativa en empleos iguales o equivalentes en caso de que se cree una nueva panta de personal y en el evento de que no sea posible de permitirles optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir una indemnización.

2.1.7. La inobservancia por parte empleador del deber de indicar al trabajador que ocupa un cargo de carrera administrativa, las tres opciones que tiene cuando su cargo va a ser suprimido, esto es, escoger la incorporación, la-reincorporación o la indemnización.

2.1.8. El desconocimiento por parte del empleador del deber de notificar a los trabajadores de carrera administrativa de todos los actos administrativos que profiera y en los que decida sobre los derechos a la incorporación, reincorporación o indemnización, de tal manera que puedan ser controvertidos.

2.1.9. La violación por parte del empleador del deber de reincorporar a las mujeres que se encuentren en estado de embarazo y que ocupen cargos de carrera administrativa a la nueva entidad que se crea para asumir las funciones de la entidad liquidada, y en caso de que esto no suceda, de suspender el pago de los salarios y prestaciones, impidiendo que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

Respecto de los trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa

2.1.10. La inobservancia del deber del empleador de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula de sus cargos a trabajadores en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

2.1.11. El incumplimiento del empleador de cancelar a los trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8° de la Ley 700 de 2002 cuando son retirados del servicio por supresión del cargo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública y cumplan con los requisitos previstos en dicha norma.

Respecto del despido de trabajadores que ostentan la calidad de madres o padres cabeza de familia

2.1.12. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de padre cabeza de familia a un empleado que cumple con los requisitos para ello, por considerar que este beneficio es exclusivo de las madres cabeza de familia.

2.1.13. El incumplimiento del empleador de mantener en sus cargos a las madres y a los padres cabeza de familia hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la entidad como beneficiarios del relé social.

2.1.14. El incumplimiento por parte del empleador, al término de un proceso de liquidación de una entidad pública, de la obligación consistente en adoptar una política de reubicación laboral. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para los trabajadores madres o padres cabeza de familia, de tal manera que, en caso de que se requiera proveer un cargo en otra entidad del Estado, estos tengan derecho preferencial a ser vinculados en, al menos, las mismas condiciones que tenían en la entidad liquidada.

2.1.15. La inobservancia del empleador de la obligación de reconocer la condición de madre o padre cabeza de familia al trabajador que tiene bajo su cargo personas incapacitadas para trabajar que no son hijos de aquel.

2.1.16. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando quien la alega convive con su cónyuge o compañero/a permanente, pero la presencia de aquel resulta totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre o el padre y por tal razón no puedan trabajar.

2.1.16. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando quien la alega convive con su cónyuge o compañero/a permanente, pero la presencia de aquel resulta totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre o el padre y por tal razón no puedan trabajar.

2.1.17. La inobservancia por parte del empleador del reconocimiento de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando a este se le adelantan procesos judiciales por el incumplimiento de las obligaciones que tiene con hijos que no están exclusivamente a cargo de la persona que invoca la protección, esto es, no hacen parte del núcleo familiar con el que convive.

2.1.18. El incumplimiento por parte del empleador del reconocimiento de la condición de madre o padre cabeza de familia cuando el hijo que tiene a cargo el trabajador cumple la mayoría de edad pero se encuentra estudiando, siempre y cuando no sea mayor de 25 años.

Respecto del despido de trabajadores que ostentan la condición de personas con discapacidad

2.1.19. El incumplimiento por parte del empleador de deber de mantener en sus cargos a las personas con discapacidad hasta la liquidación de la entidad como beneficiarios del retén social.

2.1.20. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de discapacidad del trabajador al momento de desvincularlo de su cargo.

2.1.21. La inobservancia del empleador del deber de solicitar un dictamen a la junta calificadora de invalidez, cuando tiene conocimiento de la situación de discapacidad del trabajador, con el objeto de corroborar o desvirtuar dicha condición.

2.1.22. El incumplimiento del empleador del deber de solicitar autorización a la Oficina de Trabajo para despedir a un trabajador con discapacidad.

Respecto de los derechos de trabajadores que ostentan la calidad de prepensionados

2.1.23. El desconocimiento por parte del empleador de la condición de prepensionado del trabajador al momento de desvincularlo de su cargo, omitiendo la obligación de continuar con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de aquel.

2.1.24. La falta de reconocimiento por parte del empleador de la condición de prepensionado de un trabajador cuyo derecho pensional tiene origen en una convención colectiva de trabajo.

2.1.25. El desconocimiento por parte de empleador del tiempo laborado por el trabajador en calidad de supernumerario, para efectos de decidir sobre su inclusión en el retén social como prepensionado.

2.1.26. La inobservancia por parte del empleador del reconocimiento de la condición de prepensionado a aquellos trabajadores de las E.P.S. que se crearon con motivo de la escisión del I.S.S. -sector salud-, al no admitir que la convención colectiva suscrita cuando aún eran trabajadores del I.S.S. es fuente de derechos adquiridos, específicamente en materia de acceso a la pensión de jubilación.

3. LINEAMIENTOS EN PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

3.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas tienen por objeto adecuar la estructura de la Administración para garantizar su eficiente funcionamiento. Ello significa que los procesos de reestructuración o liquidación debidamente autorizados por las autoridades competentes no vulneran per se los derechos de los trabajadores de las entidades inmersas en tales procesos. Sin embargo, existen ciertas reglas encaminadas a garantizar los derechos de los trabajadores que deben ser respetadas por la Administración, so pena de ser condenada en sede judicial.

3.2. A efectos de preservar y garantizar los derechos de los trabajadores de entidades públicas del orden nacional que adelanten procesos de reestructuración o liquidación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formula los lineamientos de prevención que a continuación se presentan.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores con fuero sindical

3.2.1. Mantener actualizado el listado de los empleados que se encuentran aforados, los cargos que desempeñan en la organización sindical y su periodo, así como los cargos y las funciones que cumplen en la entidad, con el fin de tener claridad, de manera oportuna, no solo sobre los funcionarios que necesitan de autorización judicial para ser desvinculados, sino también sobre los que se deben mantener vinculados durante el proceso de reestructuración o liquidación.

3.2.2. Respetar, durante todo el término del proceso de reestructuración o liquidación, la convención colectiva suscrita entre la entidad pública y su sindicato, y garantizar, en consecuencia, los derechos y prerrogativas que se derivan del fuero sindical a todos los empleados aforados.

3.2.3. Abstenerse de despedir exclusivamente a trabajadores sindicalizados o a un número significativo de integrantes del sindicato de tal manera que ocasione la disolución de la organización sindical durante el proceso de reestructuración o liquidación, pues la entidad podría incurrir en una

conducta que vulnera el derecho de asociación sindical, salvo que el despido obedezca a la terminación o suspensión total o parcial de labores, por más de ciento veinte (120) días, o al incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales de los trabajadores aforados.

3.2.4. Solicitar en todos los casos, incluso cuando la entidad pública se encuentre en proceso de reestructuración o liquidación, la respectiva autorización judicial para despedir a trabajadores aforados a través del proceso de levantamiento de fuero sindical. Inclusive cuando el proceso de liquidación ha concluido, la entidad debe solicitar judicialmente el levantamiento del fuero sindical, so pena de tener que indemnizar al trabajador por configurarse un despido injusto.

3.2.5. Tener en cuenta que, de acuerdo al artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo, la entidad pública que se encuentre en proceso de reestructuración o liquidación puede despedir trabajadores aforados, siempre que medie la respectiva autorización judicial, no solo por el hecho mismo de la reestructuración o liquidación, sino también por cualquiera de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del mencionado Código.

3.2.6. Iniciar proceso ordinario laboral cuando resulte física y jurídicamente imposible el cumplimiento de la orden de reintegro del trabajador aforado que haya obtenido decisión favorable en el proceso de reintegro, ya que bajo ninguna circunstancia la entidad pública puede ceder por su propia cuenta en qué casos no resulta posible reintegrar a un trabajador, incluso en el caso de que la entidad haya desaparecido por la culminación del proceso liquidatorio.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores en cargos de carrera administrativa

3.2.7. Mantener actualizado el listado de los empleados que se encuentran ocupando cargos de carrera administrativa y las funciones que cumplen en la entidad, a efectos de tener claridad durante el proceso de reestructuración o liquidación sobre los funcionarios que se encuentran en este régimen y las funciones que desempeñan. Esta información permitirá ubicarlos en cargos iguales o equivalentes en caso de que se cree una nueva planta de personal, o de no ser posible en la nueva institución, en otras entidades.

3.2.8. Las mujeres en estado de embarazo o lactancia (dentro de los tres meses posteriores al parto) deben ser reincorporadas en la nueva entidad que se crea para desarrollar los mismos fines de la entidad liquidada. En caso de que no se cree una nueva entidad, se les deberá continuar pagando los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

3.2.9. Informar siempre a los trabajadores de carrera administrativa cuyos cargos van a ser suprimidos con motivo de proceso de reestructuración o liquidación sobre las tres opciones que la ley contempla para estas situaciones, esto es, el derecho a ser incorporados en un empleo equivalente o superior en la nueva planta de personal de la entidad, o en caso de no ser posible a ser reincorporados en un empleo equivalente o superior en otra entidad, o a recibir una indemnización. Así mismo, los trabajadores deben ser notificados de todos los actos administrativos que profiera la entidad en los que decida sobre sus derechos a la incorporación, reincorporación o indemnización para que puedan ser controvertidos.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa

3.2.10. Motivar los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula de los cargos a trabajadores en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa. En consecuencia, la entidad pública podrá indicar en el respectivo acto administrativo de desvinculación, que el retiro del funcionario obedeció al proceso de reestructuración o liquidación de que era objeto la entidad, y que por ende dicho cargo ya no se requiere.

3.2.11. Si bien es cierto los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula de los cargos a trabajadores de libre nombramiento y remoción no requieren ser motivados, sería conveniente que la entidad pública que se encuentre en proceso de reestructuración o liquidación y necesite desvincular a funcionarios de libre nombramiento y remoción, señale en el respectivo acto administrativo de desvinculación que el retiro de los funcionarios obedeció al proceso de reestructuración o liquidación de que era objeto la entidad.

3.2.12. Elaborar antes de iniciar el proceso de reestructuración o liquidación de cualquier entidad pública, el listado de los trabajadores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, así como de aquellos que se encuentran en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, y analizar cuales de ellos cumplen alguna de las dos condiciones previstas en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002 para ser beneficiarios del reconocimiento económico allí previsto, con el fin de prever el monto al que ascenderían estos pagos.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores que tengan la calidad de madres o padres cabeza de familia

3.2.13. Elaborar, antes de empezar el proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública, el listado inicial de los trabajadores que son madres o padres cabeza de familia, con el fin de tener identificado, desde un comienzo, el porcentaje aproximado de trabajadores que ostentan esta condición, el cual deberá ser actualizado periódicamente.

3.1.14. Capacitar a los funcionarios que van a decidir acerca de la inclusión de un trabajador en el retén social como madre o padre cabeza de familia sobre las normas y la jurisprudencia constitucional relativa a los requisitos que deben cumplir estas personas para acceder al retén social.

3.2.15. Diseñar durante el proceso de liquidación una política de reubicación laboral para las madres y padres cabeza de familia, de conformidad con lo establecido en la sentencia SU-377 de 2014⁵¹ de la Corte Constitucional, tendiente a que estas personas tengan un derecho preferencial a ser empleados en otra entidad en, al menos, las mismas condiciones que tenían en la entidad liquidada. Por lo cual, si se presenta una vacante para un empleo con tales condiciones, tengan preferencia sobre candidatos que no cuenten con sus mismas condiciones constitucionales. Ello no obsta para que en los casos en que los empleos estén sujetos al ingreso por carrera administrativa, tales personas deban, mientras no se haya convocado concurso, ser nombradas en provisionalidad, o cuando sea convocado el concurso de méritos, presentar las pruebas correspondientes para ser vinculadas. Lo anterior permitirá a la entidad empezar a ejecutar dicha política una vez culmine el proceso liquidatorio.

3.2.16. Mantener en sus cargos a las madres y padres cabeza de familia hasta el final del proceso liquidatorio, pues no existe un límite temporal para ser beneficiario del retén social. La jurisprudencia constitucional ha precisado que dentro de esta categoría de trabajadores se incluyen: (i) aquellos que tienen a su cargo personas incapacitadas para trabajar, no necesariamente hijos; (ii) aquellos que convivan con su cónyuge o compañero (a) permanente, siempre y cuando la presencia de éste resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de uno de sus padres y por tal razón no puedan trabajar; (iii) aquellos a quienes se les hayan adelantado procesos judiciales por el incumplimiento de obligaciones con hijos que no estén exclusivamente a su cargo; y (iv) aquellos que tengan a su cargo hijos mayores de edad que se encuentren estudiando, siempre y cuando no sean mayores de 25 años de edad.

3.2.17. Abstenerse de exigir declaraciones ante notario para demostrar la condición de madre o padre cabeza de familia a los trabajadores que soliciten la inclusión en el retén social por esta circunstancia.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores que tengan la condición de personas con discapacidad

3.2.18. Elaborar, antes de empezar el proceso de reestructuración o liquidación de la entidad pública, el listado inicial de los trabajadores que tienen una condición de discapacidad, con el fin de conocer desde el comienzo el porcentaje aproximado de trabajadores que ostentan esta condición. Este listado deberá ser actualizado periódicamente.

⁵¹ M.P. María Victoria Calle Correa

3.2.19. Capacitar a los funcionarios competentes para decidir respecto de la inclusión de trabajadores en el retén social como personas con discapacidad sobre las normas y la jurisprudencia constitucional que desarrollan este tema.

3.2.20. Mantener en sus cargos a las personas con discapacidad hasta el final del proceso liquidatorio, pues no existe un límite temporal para ser beneficiarios del retén social, salvo que se cuente con la autorización de la Oficina de Trabajo para proceder al despido después de haber agotado todas las posibilidades para permitirles conservar su empleo. Para ello, es preciso que la entidad adelante la respectiva valoración de las condiciones de salud de los trabajadores discapacitados.

3.2.21. Solicitar dictamen de la junta calificadora de invalidez en caso de que la entidad pública en proceso de liquidación conozca la condición de discapacidad de los trabajadores, con el objeto de corroborar o desvirtuar la condición.

3.2.22. Solicitar autorización a la Oficina de Trabajo para desvincular a los trabajadores con discapacidad durante el proceso de reestructuración o liquidación, después de haber agotado todas las posibilidades para que dichos trabajadores pudieran continuar laborando en un cargo equivalente o superior en la nueva planta de personal de la entidad para la que trabajaba o en otra entidad.

Lineamientos de prevención referentes a trabajadores que tengan la condición de prepensionados

3.2.23. Actualizar las hojas de vida de los trabajadores de las entidades públicas que pretendan iniciar un proceso de reestructuración o liquidación, con el fin de determinar los empleados que podrían adquirir la condición de prepensionados durante dicho proceso, por encontrarse a menos de tres años de cumplir los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación o vejez, contados a partir de la fecha de supresión del cargo.

3.2.24. Continuar cancelando los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de los trabajadores prepensionados que la entidad pública decida desvincular de sus cargos por razones ligadas al proceso de reestructuración o liquidación, hasta el momento en que cumplan con los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

3.2.25. Efectuar el cálculo presupuestal sobre el monto de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que tendrá que realizar por cada uno de los trabajadores prepensionados que serán desvinculados de sus cargos y hasta el momento en que cumplan con los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

3.2.26. Capacitar a los funcionarios que sean competentes para decidir acerca de la inclusión de trabajadores en el retén social como prepensionados, sobre las normas y la jurisprudencia constitucional relativa a los requisitos que deben cumplir estas personas para acceder al retén social.

3.2.27. Abstenerse de despedir a los trabajadores que les falten menos de tres años para cumplir los requisitos necesarios para tener derecho a una pensión de jubilación, establecidos en una convención colectiva de trabajo suscrita por la entidad que se encuentra inmersa en el proceso de reestructuración o liquidación.

3.2.28. Reconocer el tiempo laborado en calidad de supernumerarios, para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de jubilación o vejez, a aquellos trabajadores que soliciten la protección del retén social en calidad de prepensionados.

4. LINEAMIENTOS PARA LA CONCILIACION TEMPRANA

4.1. Una vez demostrado, en términos relevantes para efectos del régimen de responsabilidad patrimonial estatal, que se causó un daño antijurídico a un trabajador de una entidad pública del orden territorial inmersa en un proceso de reestructuración o liquidación, se debe acordar el análisis concreto del caso para determinar si se reúnen todos los requisitos para conciliar en forma temprana (antes o durante el proceso judicial). Esto implica que, además de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para que prospere un eventual acuerdo conciliatorio, deben tomarse en consideración los criterios y condicionamientos fijados por la jurisprudencia constitucional relacionados con las conductas desplegadas por la Administración en procesos de reestructuración

y liquidación, para establecer si se presentan condiciones similares a las señaladas por la jurisprudencia en las que se ha configurado la responsabilidad estatal.

4.2. En este orden, la conciliación es más que una simple opción. Resulta imperativo analizar cada caso para definir razonadamente si la entidad debe acoger o proponer una fórmula de solución conciliatoria, buscando atender de manera temprana la reclamación que en tal sentido le formule el interesado. Asimismo, se deben acometer los análisis y proyecciones necesarias para determinar, en concreto, el costo en términos económicos que representa conciliar o no conciliar de manera temprana un caso. Esta opción debe estar precedida de un análisis cuidadoso que incluya la variable de incidir en la reducción de la litigiosidad en contra del Estado y la materialización de los derechos amparados por la Constitución y la ley, contribuyendo a la reducción de costos por concepto de generación de intereses.

4.3. Ahora bien es preciso advertir que por tratarse de controversias que en principio revisten carácter laboral, no resulta exigible la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Laboral o Contencioso Administrativa y que, para adelantar una conciliación judicial o extrajudicial con el fin de terminar un conflicto, debe tenerse presente que el mencionado mecanismo de solución de conflictos no puede adelantarse cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Para una mayor información sobre este asunto puede consultarse el documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre la conciliación judicial y extrajudicial en lo contencioso administrativo", particularmente el capítulo segundo. Tal documento puede ser consultado en la página web de la entidad: <http://www.defensajuridica.gov.co/>

4.4. La Agencia ha identificado los siguientes supuestos que permiten conocer los asuntos más recurrentes en razón de los cuales ha resultado comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado y, dadas las particularidades del caso concreto, resultarían ser jurídicamente conciliables.

Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores con fuero sindical

4.4.1. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador de las obligaciones que emanan de las convenciones colectivas y el desconocimiento de las garantías propias del fuero sindical durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública. En este supuesto se hace énfasis en la obligación que tienen las entidades públicas de respetar todas las garantías necesarias para el ejercicio de la representación sindical durante el proceso de reestructuración o liquidación, por lo que, por ejemplo, no se pueden negar los permisos sindicales que el trabajador aforado requiera para ejercer la actividad sindical, so pretexto del desarrollo del proceso de reestructuración o liquidación.

4.4.2. Casos en los que la responsabilidad se determina por el uso indebido de la facultad que tienen las entidades públicas en procesos de reestructuración o liquidación para despedir a trabajadores aforados con motivo de dicho proceso, incurriendo en ocasiones en conductas antisindicales que resultan legales, tales como, desvincular exclusivamente a trabajadores sindicalizados o a un número significativo de integrantes de un sindicato, con el fin de generar la disolución de la organización sindical.

4.4.3. Casos en los que la responsabilidad se determina por el indebido procedimiento empleado para despedir a un trabajador aforado durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación. Este supuesto hace referencia a la obligación que tiene la Administración de solicitar autorización judicial, a través del proceso de levantamiento de fuero sindical, cuando deba despedir a un trabajador aforado como consecuencia de un proceso de reestructuración o liquidación. Si bien esta situación hace referencia al desconocimiento de las garantías propias del fuero, supuesto identificado en el numeral

4.3.1, se analiza en un numeral aparte dado el elevado número de demandas y sentencias condenatorias en contra de la Administración por esta circunstancia.

4.4.4. Casos en los que la responsabilidad se determina por el indebido procedimiento que se utiliza para alegar la imposibilidad de cumplir la orden judicial de reintegro de un trabajador aforado despedido irregularmente. Este supuesto hace referencia a la obligación que tiene la Administración de iniciar el proceso ordinario laboral para alegar la imposibilidad, tanto física como jurídica, de hacer

efectiva la orden judicial de reintegro de un trabajador aforado por haber culminado el proceso liquidatorio en la que estaba inmersa la entidad.

Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores en cargos de carrera administrativa

4.4.5. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador de incorporar a los trabajadores que ocupan cargos de carrera administrativa en un empleo igual o equivalente en los eventos en que se crea una nueva planta de personal, o si esto no ocurre, de reincorporarlos en otra entidad o recibir una indemnización.

4.4.6. Casos en los que la responsabilidad se determina por la incompleta información que brinda la entidad en proceso de reestructuración o liquidación al trabajador de carrera administrativa, cuyo cargo es suprimido, en relación con el derecho que le asiste a la incorporación, a la reincorporación, o a la indemnización.

4.4.7. Casos en los que la responsabilidad se determina por la ausencia de notificación al trabajador de carrera administrativa, cuyo cargo es suprimido, en el trámite de un proceso de reestructuración o liquidación, de todos los actos que la respectiva entidad profiere, y en los que se decide sobre sus derechos a la incorporación, reincorporación o indemnización.

4.4.8. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador de incorporar a las mujeres que se encuentren en estado de embarazo y que ocupan cargos de carrera administrativa a la nueva entidad que se crea para asumir las funciones de la entidad liquidada, o en el evento de que esto no suceda, de continuar con el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad. Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa.

4.4.9. Casos en los que la responsabilidad se determina por la ausencia de motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se retira del servicio a funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción durante el trámite de un proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública.

4.4.10. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador de cancelar a los trabajadores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa el reconocimiento económico previsto en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002, en los eventos en que son retirados del servicio por supresión del cargo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, a pesar de cumplir alguna de las dos condiciones establecidas en la referida norma.

Lineamientos de conciliación temprana referentes a trabajadores que tengan la calidad de madres o padres cabeza de familia, personas con discapacidad y prepensionados

4.4.11. Casos en los que la responsabilidad se determina por el despido de sus cargos de madres y padres cabeza de familia y de personas con discapacidad durante el proceso de liquidación sin que este hubiere finalizado.

4.4.12. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador, durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública, de incluir a trabajadores en el retén social como madres o padres cabeza de familia, personas con discapacidad o prepensionados que cumplen con los requisitos para ello, por interpretar erróneamente los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia al respecto.

4.4.13. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador, al término del proceso de liquidación de una entidad pública, de adoptar una política de reubicación laboral para los trabajadores que ostentan la calidad de madres o padres cabeza de familia.

4.4.14. Casos en los que la responsabilidad se determina por la negativa del empleador, durante el trámite del proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública, de incluir a trabajadores con discapacidad en el retén social, sustrayéndose del deber de solicitar el dictamen de la junta

calificadora de invalidez en los eventos en los que conoce la condición de discapacidad de un trabajador.

4.4.15. Casos en los que la responsabilidad se determina por el despido de un trabajador con discapacidad durante el proceso de reestructuración o liquidación de una entidad pública sin la respectiva autorización de la Oficina de Trabajo.

4.4.16. Casos en los que la responsabilidad se determina por el incumplimiento del empleador de continuar pagando los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de aquellos trabajadores que ostenten la condición de prepensionados y sean desvinculados de la entidad pública durante un proceso de reestructuración o liquidación.

4.5. Se advierte que, si bien el acuerdo conciliatorio es una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, no se deben proponer o aceptar fórmulas de arreglo evidentemente lesivas, desequilibradas, desproporcionadas o abusivas en contra tanto del Estado como del particular afectado por la actuación u omisión de la Administración, dado que las mismas podrán ser improbadas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tenor de sus lineamientos en la materia.

4.5.1. A pesar de que, mediante providencia de unificación del 28 de abril del 2014, Rad. 200012331000200900199 01 (41.834), la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció los baremos bajo los cuales es posible conciliar, en auto de unificación del 24 de noviembre de 2014, Rad. 07001-23-31-000-2008 00090-01(37.747), la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó su jurisprudencia y eliminó dichos topes, bajo el entendido de que esta medida afectaba la autonomía de la voluntad privada y la capacidad negociadora de las partes. En consecuencia, si bien el juez administrativo debe velar por la protección del patrimonio público y los derechos de los particulares a los que el Estado haya causado un daño antijurídico, en la actualidad no existen ningún tipo de parámetros o baremos jurisprudenciales sobre los montos a conciliar.

5. LINEAMIENTOS PARA LA DEFENSA JUDICIAL

5.1. El estudio de la jurisprudencia constitucional por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ha permitido identificar la posición actual de dicha Jurisdicción en materia de daños antijurídicos causados a trabajadores de entidades públicas del orden nacional inmersas en procesos de reestructuración o liquidación, con el propósito de que sea posible anticipar la decisión que el juez adoptará en los casos concretos y, de esta manera, facilitar la construcción de estrategias de defensa judicial efectivas que reduzcan las condenas o el monto de las mismas. En consecuencia, se exhorta a las entidades públicas a atender los lineamientos que a continuación se presentan.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores con fuero sindical

5.1. Verificar que el trabajador que solicite judicialmente la protección especial del retén social por gozar de fuero sindical pertenezca en efecto a un sindicato, pues de lo contrario, la entidad pública deberá alegarlo ante el respectivo juez a efectos de desvirtuar la condición de aforado. Por lo anterior, con el fin de que en estos eventos se aporten elementos probatorios suficientes, es importante mantener actualizado el registro del sindicato o sindicatos existentes en la entidad y de los trabajadores que los integran, tanto de aquellos que ostentan fuero sindical como de los que solo se encuentran asociados. De acuerdo al artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador. De otra parte, si bien de acuerdo al artículo 364-14 del mismo Código, toda organización sindical goza de personería jurídica a partir de su asamblea constitutiva, es importante que la entidad pública constatare que se haya cumplido con el registro del sindicato ante el Ministerio de Trabajo (Art. 365 del Código Sustantivo de Trabajo), toda vez que este trámite tiene por finalidad cumplir con el principio de publicidad y constituye la prueba de la existencia del sindicato. En caso de que no se haya cumplido con este requisito, la entidad podrá argumentar que desconocía la existencia del sindicato, para sustentar que el despido del trabajador durante el proceso de reestructuración o liquidación no se produjo por la circunstancia de ser sindicalista y/o que no estaba obligada a mantenerlo vinculado hasta la supresión de la entidad.

5.1.2. Determinar, en caso de que se creen sindicatos con posterioridad al conocimiento de la decisión de iniciar el proceso de reestructuración o liquidación, si esta actuación tuvo como único

objetivo enforzar dichos procesos y evitar el despido de trabajadores amparados por la garantía del fuero sindical. Esta situación debe analizarse en cada caso concreto para evaluar si en efecto la constitución del sindicato no persigue los objetivos constitucionales y legalmente previstos, esto es, la defensa de los derechos de los trabajadores y el fortalecimiento de su posición para debatir las condiciones de trabajo con el empleador. Tal circunstancia debe ser aducida ante el juez laboral en los respectivos procesos de levantamiento de fuero sindical. Para estos efectos, es importante que la entidad pública allegue al respectivo proceso copia del acta constitutiva del sindicato y de la ley o acto administrativo por medio del cual se ordena la reestructuración o liquidación de la entidad, con el fin de que el juez tenga claridad sobre la fecha de creación del sindicato y de la decisión de la Administración de llevar a cabo la reestructuración o liquidación.

5.1.3. Argumentar y demostrar, en los procesos de levantamiento de fuero sindical, que el despido que se pretende realizar de un trabajador aforado no está determinado por la circunstancia de ser miembro de un sindicato, sino porque la entidad se encuentra en un proceso de reestructuración o liquidación que ha sido debidamente autorizado por el legislador.

5.1.4. En caso de que en un proceso de levantamiento de fuero sindical el trabajador señale que su pretendido despido está condicionado por consideraciones relativas a la actividad sindical, debe ofrecer algún indicio razonable al respecto, por lo que en caso de que no lo haga, la entidad pública debe ponerlo de presente ante el juez laboral y señalar, como se indicó en el numeral anterior, que el despido no obedeció al hecho de ser miembro de un sindicato.

5.1.5. El medio judicial idóneo para que un trabajador aforado solicite el reintegro laboral por haber sido despedido sin autorización judicial es la acción de reintegro, y sólo de manera excepcional procede la acción de tutela. En consecuencia, en un proceso de tutela el accionante debe demostrar alguna de las circunstancias que hacen procedente dicha acción constitucional en estos eventos, a saber:

5.1.5.1. La vulneración del derecho de asociación sindical por incurrir la Administración en una conducta antisindical, como la terminación del contrato de trabajo únicamente de trabajadores sindicalizados.

5.1.5.2. La vulneración de otros derechos fundamentales que no pueden protegerse a través de la acción de reintegro, como, por ejemplo, el derecho al mínimo vital.

5.1.5.3. Como mecanismo transitorio, si a pesar de estar en curso un proceso de reintegro se demuestra que con la tutela se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.1.5.4. Para solicitar el cumplimiento de una orden de reintegro o indemnización proferida por un juez laboral en un proceso de reintegro, debe demostrar la inejecución del medio ordinario de defensa, que en estricto sentido sería un proceso ejecutivo.

5.1.5.5. Si la tutela se interpone en contra de una sentencia proferida por juez laboral en la que se desconoce la obligación que tiene la entidad en proceso de reestructuración o liquidación de solicitar autorización judicial para despedir a un trabajador aforado.

En el evento de que el accionante no demuestre alguno de los supuestos antes señalados que posibilitarían la interposición de la acción de tutela, la entidad pública debe evidenciar tal circunstancia ante el juez constitucional y argumentar que la tutela resulta improcedente porque no se configura ninguna de las hipótesis establecidas por la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-377 de 2014) para estudiar el reintegro laboral de trabajadores aforados a través de la mencionada acción constitucional.

5.1.6. En caso de que en el proceso de reintegro el juez laboral valga la legalidad de la causal mediante la cual se despidió al trabajador aforado y profiera decisión en contra de la Administración con fundamento en esta circunstancia, la entidad pública debe apelar esta providencia (artículo 117 del C.P.T.), argumentando que el escenario en el que se debe debatir este asunto es el proceso de levantamiento de fuero sindical y no el de reintegro, en el que el juez debe limitarse a verificar el cumplimiento del requisito afín a la autorización judicial requerida para despedir al trabajador aforado.

5.1.7. Verificar que el trabajador haya agotado previamente el procedimiento administrativo, consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵² cuando la entidad pública sea notificada del inicio del proceso de reintegro.

Para agotar la vía gubernativa, el trabajador tiene un término de dos (2) meses contados a partir de la fecha de despido. Asimismo, debe corroborar que la acción no haya prescrito, esto es, que se haya interpuesto dentro del término de dos (2) meses contados a partir del momento en que haya quedado agotada la vía gubernativa.

Ahora bien, en el evento de que sea un empleado de libre nombramiento y remoción el que acuda a la acción de reintegro, la entidad pública debe tener en cuenta que en estos casos el término prescriptivo de la acción de dos (2) meses empieza a correr desde la comunicación del acto de insubsistencia ya que no procede ningún recurso para controvertir la decisión ante la propia Administración.

5.1.8. Tener presente que el término de prescripción de la acción de levantamiento de fuero sindical es de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que ocurra la justa causa que invoca el empleador para despedir al trabajador sindicalizado, o culminado el procedimiento convencional o reglamentario que da lugar a establecerla. Así, por ejemplo, en un proceso de reestructuración dicho término se debe contar desde el momento en que quede ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual se autoriza la reestructuración de la entidad, esto es, hasta que se surta la notificación a todas las partes interesadas. Sin embargo, cuando se trata de un proceso de liquidación, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2160 de 2004, estos dos (2) meses empezarán a contarse a partir del día siguiente al de la publicación del acto que ordena la supresión del cargo.

5.1.9. Constatar que las decisiones judiciales proferidas en procesos de reintegro que ordenan indemnizar al trabajador aforado que fue despedido irregularmente, cuando resulta imposible física y jurídicamente ordenar su reintegro laboral, se ajustan a las sub reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional, a saber: (i) si la desvinculación de trabajador se produjo antes de la clausura definitiva de la entidad, la indemnización que se ordene comprende los salarios, con sus incrementos y las prestaciones sociales, tanto legales como convencionales, a partir de la fecha del despido y hasta la terminación de la existencia jurídica de la entidad; y (ii) si la terminación del vínculo ocurre con el cierre definitivo de la entidad o con posterioridad, la indemnización corresponde a seis meses de salarios, de acuerdo al artículo 116 del Código Procesal del Trabajo, sin perjuicio de sus demás derechos y prestaciones legales.

5.1.10. Cuando se encuentre en trámite un proceso de reintegro en el que se advierta que una eventual orden de reintegro del trabajador demandante resultaría de imposible cumplimiento, la entidad pública debe poner de presente esta situación ante el juez laboral para que este, en caso de que acceda a las pretensiones del actor, ordene la indemnización a que haya lugar y no el reintegro laboral, ya que de lo contrario la entidad se vería en la necesidad de iniciar un proceso ordinario laboral para que allí se avale la imposibilidad de reintegrar al trabajador y en su defecto se ordene la respectiva indemnización.

5.1.11. En caso de que en un proceso de levantamiento de fuero sindical el demandado se rehúse a ser notificado personalmente del auto mediante el cual se corra traslado de la solicitud de levantamiento de fuero sindical, o dificulte la misma, la entidad pública podrá solicitar al juez de la causa que aplique las reglas previstas en el Código General del Proceso sobre notificaciones de las providencias, particularmente las del artículo 291, en cuyo numeral 4° se establece: "Cuando en el lugar de destino rehusaren recibir la comunicación, la empresa de servicio postal la dejara en el lugar y emitirá constancia de ello. Para todos los efectos legales, la comunicación se entenderá entregada". Lo anterior teniendo en cuenta que de acuerdo al artículo 1° de dicho Código, las normas allí contenidas se aplican "a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales,

⁵² Bajo el antiguo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el procedimiento administrativo era denominado como Vía Gubernativa.

en cuarto no estén regulados expresamente en otras leyes⁵³, tal como acontece en el presente asunto, pues el Código Procesal del Trabajo no prevé estas particularidades.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores en carrera administrativa

5.1.12. En caso de que un trabajador de carrera administrativa haya sido indemnizado, e inconforme con esta decisión solicite judicialmente la incorporación o reincorporación porque su cargo fue suprimido con motivo de un proceso de reestructuración o liquidación, la entidad pública deberá constatar que el trabajador manifestó a la Administración su decisión de optar por la incorporación o reincorporación dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se le comunicó la supresión de su cargo, pues de lo contrario la entidad pública está facultada legalmente para reconocer la respectiva indemnización.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa

5.1.13. Constar que el trabajador en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción que solicite judicialmente el reconocimiento económico previsto en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002, cumpla con alguna de las dos condiciones exigidas por la referida norma, pues en caso contrario la entidad deberá aducir esta circunstancia ante el respectivo juez y aportar las pruebas necesarias para sustentar su defensa.

Lineamientos de defensa judicial referentes a trabajadores que tengan la calidad de madres o padres cabeza de familia, personas con discapacidad y prepensionados

5.1.14. Verificar que el trabajador que alega la condición de madre o padre cabeza de familia cumpla con los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para ostentar dicha condición, establecidos en el artículo 1° del Decreto 190 de 2003 y en las sentencias SU-388 de 2005 y SU-389 de 2005 de la Corte Constitucional⁵⁴. En caso de que la entidad en proceso de reestructuración o liquidación advierta la ausencia de uno de tales requisitos, deberá señalarlo ante el respectivo juez y aportar las pruebas conducentes a desvirtuar la calidad de madre o padre cabeza de familia.

5.1.15. Verificar que el trabajador que aduce la condición de persona con discapacidad cumpla con los requisitos legales exigidos para ostentar dicha condición, establecidos en el artículo 1° del Decreto 190 de 2003⁵⁴. En el evento de que la entidad en proceso de reestructuración o liquidación advierta la ausencia de uno de tales requisitos, deberá alegarlo ante el respectivo juez y aportar las pruebas conducentes a desvirtuar la calidad de persona con discapacidad, como, por ejemplo, el dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez.

5.1.16. Verificar que el trabajador que aduce la condición de prepensionado cumpla con los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para ostentar dicha condición, establecidos en el artículo 1° del Decreto 190 de 2003 y en la sentencia SU-897 de 2012 de la Corte Constitucional⁵⁵. En caso de que la entidad en proceso de reestructuración o liquidación advierta la ausencia de uno de tales requisitos, deberá aducirlo ante el respectivo juez y aportar las pruebas conducentes a desvirtuar la calidad de prepensionado.

⁵³ Al respecto consultar el capítulo 5.1. del documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas del orden nacional".

⁵⁴ Al respecto consultar el capítulo 5.2. del documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas del orden nacional".

⁵⁵ Al respecto consultar el capítulo 5.3. del documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas del orden nacional".

5.1.17. Si bien las madres y padres cabeza de familia y las personas con discapacidad tienen derecho a permanecer en el cargo hasta el último acto de liquidación de la entidad, en el evento en que se configure una justa causal de despido y esta haya sido verificada por la Oficina de Trabajo, tratándose de trabajadores con discapacidad, la entidad en proceso de reestructuración o liquidación deberá poner de presente esta situación ante el respectivo juez y demostrar que el despido se dio al amparo de una justa causa.

5.1.18. En caso de que una entidad sea demandada con el objeto de lograr el reintegro de un trabajador prepensionado, cuyo cargo fue suprimido en un proceso de reestructuración o liquidación porque se consideraba innecesario en atención a los fines de dicho proceso, la entidad deberá manifestar al respectivo juez que el despido del trabajador se dio al amparo de una justa causa, y que de acuerdo a la sentencia SU-897 de 2012 de la Corte Constitucional, la Administración puede suprimir cargos que estén siendo ocupados por personas que tiene la calidad de prepensionados, siempre y cuando se continúen cancelando los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones del trabajador desvinculado hasta el momento en que este cumpla con los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

5.1.19. Constatar que el trabajador que solicite la inclusión en el retén social a través de acción de tutela haya alegado su condición de madre o padre cabeza de familia, persona con discapacidad o prepensionado durante el proceso de reestructuración o liquidación. De lo contrario, la entidad demandada podrá poner de presente esta circunstancia ante el respectivo juez con miras a que la autoridad judicial valore esta omisión y constatare una posible improcedencia de la tutela.

Lineamientos de defensa judicial transversales a todos los casos

5.1.20. En caso de que un juez embargue sumas de dinero de una entidad en proceso de liquidación o del patrimonio autónomo de remanentes que se cree para administrar las obligaciones remanentes y contingentes de la entidad en liquidación, la entidad podrá aducir que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional (sentencias T-538 de 2009 y SU-377 de 2014), el congelamiento de estos recursos no resulta justificado porque es improbable que la entidad se sustraiga al cumplimiento de las órdenes del juez de tutela y que dicha medida afecta el cumplimiento de otras obligaciones de las que depende el goce efectivo de derechos de terceros.

5.1.21. La entidad pública podrá solicitar al juez que, en caso de que resulte condenada y se ordene el reintegro del demandante sin solución de continuidad, el pago de salarios se circunscriba a los que efectivamente dejó de percibir el trabajador. Esto significa que si durante el tiempo que duró la desvinculación el demandante laboró en el sector público o privado, como dependiente o independiente, deberá descontarse la suma de dinero que haya recibido como remuneración por su trabajo durante este tiempo, sin que esto implique que en caso de que haya recibido una suma igual o superior a la que debía recibir durante ese mismo lapso en el cargo al que se refiere la condena, deba hacerse descuento alguno por el excedente recibido, pues en este caso simplemente no habrá lugar a pago alguno. Esta recomendación se realiza teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa sobre la materia⁵⁶, que si bien ha versado sobre casos de despidos de trabajadores en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, podría ampliarse a trabajadores beneficiarios del retén social, amparados por fuero sindical o de carrera administrativa.

5.1.22. En caso de que la entidad pública sea demandada a través de acción de tutela, deberá verificar si esta reúne todos los requisitos de procedibilidad, esto es, legitimación por activa y pasiva, inmediatez, subsidiariedad, competencia del juez y temeridad. Al respecto puede consultarse en la página web de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el documento especializado "Manual para la defensa jurídica del Estado en el proceso constitucional de tutela", en el que se explica cada uno de dichos requisitos. Sin embargo a continuación, se indicarán algunos aspectos

⁵⁶ Al respecto consultar: Corte Constitucional. Sentencias SU-556 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y SU-053 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección E. Sentencia del 25 de junio de 2006, Exp. 3058-01, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

a tener en cuenta en materia de procedibilidad de la tutela que pueden resultar útiles en el tema objeto de análisis

Legitimación por activa: verificar que quien interponga la acción de tutela sea el titular de los derechos, o en caso de que sea un tercero, que este sea (i) un apoderado judicial con un poder debidamente otorgado, (ii) el Defensor del Pueblo o Personero Municipal, o (iii) un agente oficioso, si el titular de los derechos se encuentra imposibilitado para promover por sí mismo la defensa de sus derechos, caso en el cual deberá demostrarse tal circunstancia en la acción de tutela.

Legitimación por pasiva: si bien la jurisprudencia constitucional ha determinado que los patrimonios autónomos de remanentes, a través del fiduciario o administrador de ese patrimonio, tienen legitimación por pasiva en los procesos de tutela en los que sean demandados, incluso si el demandante es un ex trabajador que no tenía procesos o reclamaciones en curso cuando se puso fin al trámite liquidatorio de la entidad, en algunos casos puede concluirse que la obligación cuyo cumplimiento se pretenco no tiene el carácter de remanente o contingente, por lo que el patrimonio autónomo de remanentes puede señalar que carece de legitimación por pasiva.

Competencia del juez: verificar que las acciones de tutela se interpusieron ante (i) el juez o tribunal del lugar donde se presenta la amenaza del derecho fundamental, (ii) el juez o tribunal del lugar en que se presenta efectivamente la violación del derecho, o (iii) el juez o tribunal del lugar donde se producen los efectos de la amenaza o violación. En el evento de que no se presente ninguna de estas circunstancias, la entidad pública podrá solicitar que se declare la nulidad todo lo actuado porque el juez que conoce la acción de tutela carece de competencia, lo que genera una violación al derecho al debido proceso.

Tercería: constatar que no se haya presentado otra acción de tutela con las mismas partes, los mismos fundamentos e idéntico objeto o pretensión, pues en esta circunstancia la tutela resultaría improcedente. Así mismo, se debe verificar que no se haya producido una sentencia en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa que tenga identidad de partes, fundamento y objeto con la acción de tutela que se presenta, pues en caso de que no se haya demandado la sentencia del proceso adelantado en la otra jurisdicción, el juez constitucional debe estarse a lo resuelto en esa decisión en virtud del principio de cosa juzgada.

Inmediatez: verificar que la acción de tutela se haya interpuesto en un término razonable, contado desde el momento en que sucedió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. En materia de procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas, la Corte Constitucional ha señalado que es en principio irrazonable dejar transcurrir un tiempo de dos o más años para reclamar prestaciones derivadas de dichos procesos. Sin embargo, existen ciertas particularidades en estos casos sobre el momento en que debe empezar a contarse la inmediatez, por lo que es preciso señalarlas a continuación.

En las tutelas en las que se solicita la inclusión en el retén social, la Corte ha juzgado la inmediatez desde el momento en que se desvinculó al actor de su cargo, o en caso de haber elevado alguna solicitud encaminada a ser incluido en el retén social, con posterioridad a la desvinculación, desde la fecha en que se le comunicó la respuesta negativa a su petición.

En los casos de tutelas presentadas por reclamaciones derivadas del fuero sindical, la inmediatez también ha sido evaluada por la Corte desde distintos momentos dependiendo de las circunstancias de cada caso. En efecto, si el actor plantea la vulneración de sus derechos con fundamento en que el empleador no solicitó el levantamiento del fuero sindical, la inmediatez ha sido contada desde la fecha de desvinculación de demandante. De otra parte, en el evento de que la tutela se dirija en contra de la decisión del juez laboral que autorizó el despido del trabajador aforado, la inmediatez se ha contado desde la fecha en que se profirió dicha providencia. La Corte ha concluido entonces que, si en el interregno entre la desvinculación del accionante o la decisión que autorizó su despido y la interposición de la tutela se presentó una demora de por lo menos dos años sin que se demostrara alguna diligencia encaminada a defender sus derechos, como la interposición de una acción de reintegro, la tutela carecería de inmediatez y resultaría improcedente.

Finalmente, en los eventos en donde se reclamen derechos derivados de un Plan de Pensión Anticipada (PPA) ofrecido por la entidad en liquidación o reestructuración a sus empleados, la Corte ha contado el término para fijar la inmediatez desde dos momentos, según las particularidades de cada caso. Así entonces, si el actor solicitó la inclusión en el PPA y su solicitud fue negada, se ha contado la inmediatez desde el momento en que se comunicó la decisión de negar su solicitud, pero

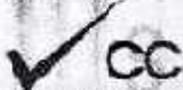
Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.

Secc. Administrativa

Código Postal: 111321 Teléfono: 339 0150

 /CundCob  @CundinamarcaCob

www.cundinamarca.gov.co



si la desvinculación del accionante sucedió con posterioridad a la negativa de la entidad de incluirlo en el PPA, la inmediatez se ha contado desde el momento de la desvinculación.

Subsidiariedad: en caso de que el accionante disponga de otro medio de defensa judicial, la entidad pública debe aducir esta circunstancia ante el respectivo juez para que declare la improcedencia de la acción de tutela por incumplir el principio de subsidiariedad. Además, es preciso argumentar que el otro medio de defensa judicial resulta idóneo y eficaz para proteger los derechos que el demandante considera vulnerados. Si el demandante señala que interpone la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la entidad deberá demostrar que esto no es cierto, aduciendo, por ejemplo, que no se vislumbra una vulneración al derecho al mínimo vital del actor, o que ha transcurrido varios meses o incluso años, desde el momento en que se le negó su inclusión en el retén social o desde la fecha en que se le comunicó su desvinculación. Sobre este punto debe prestarse particular atención a los casos en los que trabajadores aforados solicitan el reintegro laboral, pues en principio resultaría procedente la acción de reintegro y no la acción de tutela, tal como se explicó en el numeral 5.1.5. de esta Circular.

3. El fundamento y soporte de la presente Circular se encuentra en el documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado "Lineamientos jurisprudenciales sobre daños causados a trabajadores en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas de orden nacional". Tal documento puede ser consultado en la página web de la entidad: <http://www.defensajuridica.gov.co/>

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente
COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL.

Elaboró: Sandra Patricia Mendoza. - Abogada de Apoyo- Oficina Jurídica
Revisó: Julián Duarte C. Jefe Oficina Asesora Jurídica

CIRCULAR No. 22 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca.

Para: La Corporación Social de Cundinamarca.

Asunto: Recomendaciones generales para el cómputo de la caducidad de la acción de repetición.

Fecha: 30 de noviembre de 2020

COMPETENCIA

Las siguientes normas atribuyen al Comité de Conciliación la función de diseñar lineamientos para la defensa de los intereses de la entidad:

El Decreto 1716 de 2009 establece en el Artículo 19. Funciones. E. Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. (...).

2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad (...).

El Decreto 1059 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", incorpora la anterior disposición en el artículo 2.2.4.3.1.2.5.

"Artículo 2.2.4.3. 2.5. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

(...)

2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.

(...)"

Decreto Departamental 0271 de 2012: "Por medio del cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del sector Central del departamento de Cundinamarca"

"Artículo 3. FUNCIONES: El Comité de Defensa Judicial Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses del Departamento".

(...)"

Con fundamento en la anterior normatividad, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Sector Central del Departamento de Cundinamarca, adopta como línea de defensa de los intereses del Departamento de Cundinamarca, las siguientes recomendaciones generales para el cómputo de la caducidad de la acción de repetición, expedidas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lineamientos que serán adoptados también por la Corporación Social de Cundinamarca a través de la presente Circular.

INTRODUCCIÓN.

El presente documento tiene por finalidad establecer lineamientos generales dirigidos a las Entidades para el cómputo de la caducidad de la acción de repetición.

Para estos efectos, el documento se encarga de estudiar los siguientes apartes:

1. La noción de caducidad y su finalidad en la acción de repetición.
2. El cómputo de la caducidad de la acción de repetición en vigencia del Código Contencioso Administrativo y de la Ley 678 de 2001.
3. El cómputo de la caducidad de la acción de repetición en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
4. El cumplimiento de las condenas judiciales.
5. El cómputo de la caducidad en los eventos en que la Entidad realizó el pago parcial de la condena.
6. El cómputo de la caducidad de la acción de repetición en los casos del pago de condenas solidarias
7. El cómputo de la caducidad en los eventos en que se fijó el pago de la condena por cuotas.
8. Los intereses moratorios no pueden ser considerados como parte del pago.

Val e destacar que para la elaboración de las presentes recomendaciones, se tuvo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, incluidas las sentencias proferidas el día 9 de septiembre de 2016.

1. Caducidad. Noción.

La caducidad es una institución del ordenamiento jurídico, mediante la cual el legislador limita en el tiempo el derecho de accionar, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar que la resolución de los procesos judiciales se prolongue en el tiempo.

Esto significa que una vez que ha transcurrido el plazo establecido en la ley para la interposición de la acción y el accionante no acudió a las instancias judiciales, aquel pierde automáticamente el derecho a accionar.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-832 de 2001, señaló que la caducidad es una institución que se funda en el principio de seguridad jurídica y que es una figura de orden público e irrenunciable:

"La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.

Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contenciosas administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general".

Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de agosto de 2016 expediente 37265, indicó que la caducidad es una sanción para el demandante que no interpone las acciones dentro del término legal: "La Sala ha señalado que, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejerzan en un término específico. Significa lo anterior que los interesados tienen la carga procesal de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado dentro del plazo fijado por la ley y que, de no hacerlo en tiempo, no podrán buscar la satisfacción por vía jurisdiccional del derecho reclamado".

Respecto a la caducidad en la acción de repetición, la Corte Constitucional refiere que "tiene como propósito fundamental propender por la eficiencia de la administración, al señalarle un plazo perentorio para que pueda acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a demandar a sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro de los pagos que haya debido realizar como resultado de su conducta dolosa o gravemente culposa"⁷⁷.

De acuerdo con lo anterior, la caducidad es una institución jurídica procesal, de orden público e irrenunciable, la cual tiene por finalidad limitar el ejercicio de las acciones judiciales en el tiempo con el objeto de preservar el principio de la seguridad jurídica.

2. Compuo de la caducidad de la acción de repetición en vigencia del Código Contencioso Administrativo y de la Ley 678 de 2001.

El numeral 9º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de 2 años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad.

⁷⁷ Sentencia C-832 de 2001

Así mismo, el artículo 11 de la Ley 678 de 2011 establece que la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de 2 años contados a partir del día siguiente a la fecha de pago de la condena efectuado por la Entidad demandante y que, cuando el pago se realiza por cuotas, "el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas".

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-832 de 2001, estudió la constitucionalidad del numeral 9° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que establece que la acción de repetición "caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad", declarando su constitucionalidad condicionada en el sentido de que el término de caducidad de la acción de repetición empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realizó el pago o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo⁵⁸, así:

"De acuerdo a lo señalado en el punto 4.1, si la entidad condenada, incumpliendo la normatividad anotada, reborda los límites de tiempo señalado para el pago de las citadas condenas, ello no puede afectar el derecho al debido proceso del servidor presuntamente responsable, razón por la cual, la norma será declarada ejecutable bajo el entendido de que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo"

En ese sentido, es claro que el cómputo de la caducidad de la acción de repetición se debe realizar a partir del día siguiente a la fecha en que efectivamente se efectuó la totalidad del pago por parte de la Entidad. No obstante, como el inciso 4c del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo establece que el pago de las condenas judiciales proferidas contra las entidades públicas podrá ser ejecutable 18 meses después de ejecutoriada la sentencia, la Corte Constitucional indicó que en el evento en que la entidad pública no haya realizado el pago dentro de dicho término, se deberá contar el término de caducidad de 2 años a partir del vencimiento de los 18 meses, los cuales (o los 18 meses) se contarán a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria o del auto aprobatorio de la conciliación.

Sobre el particular la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2016, expediente 52.021 refirió lo siguiente:

"Tratándose del ejercicio oportuno de la acción de repetición, cabe precisar que existen dos momentos a partir de los cuales empieza a contarse el término de dos años para impetrar la acción, a saber: a) a partir del día siguiente a aquel en el cual se hubiere efectuado el pago efectivo de la condena impuesta en una sentencia y, b) desde el día siguiente al vencimiento del plazo de 18 meses consagrado en el artículo 177 inciso 4 del C. C. A., previsto para la que la entidad pública cumpla la obligación indemnizatoria que le ha sido impuesta.

Dado lo anterior, se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago de la suma a que se condenó, o por la cual se concillió, o cuyo reconocimiento se realizó, o el vencimiento de los 18 meses a que se refiere el artículo 177 del C.C.A., sin que se haya realizado el pago de tal suma como el momento para que empiece a correr el término para ejercer la acción"

En ese orden de ideas, el cómputo de la caducidad de 2 años de la acción de repetición dentro de los procesos adelantados en vigencia del Código Contencioso Administrativo tiene dos formas para contabilizarse i) a partir del día siguiente al pago de la condena o conciliación, y (ii) si el pago no se realizó dentro del término de los 18 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria o

⁵⁸ ARTÍCULO 177. Reglamentado por el Decreto Nacional 768 de 1993 Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la Nación o a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada. (...) Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria. (...)

a la fecha de ejecutoria del auto aprobatorio de la conciliación, según sea el caso, los 2 años se contarán a partir del día siguiente de cumplimiento de los 18 meses.

3. Compufo de la caducidad de la acción de repetición en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵⁹ en el literal l) del numeral 2) del artículo 164 estableció que el término de caducidad de la acción de repetición es de 2 años contados a partir de la fecha en que la Entidad condenada haya realizado el pago o a más tardar al vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de las condenas, esto es, 10 meses después de la ejecutoria de la sentencia condenatoria o del auto aprobatorio de la conciliación⁶⁰.

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de mayo de 2016, expediente 56361 refirió lo siguiente respecto al cómputo de la caducidad en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo: "El literal l) numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que tiene que ver con la caducidad de la repetición establece el plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 10 meses, en los eventos de la Ley 1437 de 2011 o, 18 meses previstos en el inciso 2 del artículo 177 C.C.A."

De acuerdo con lo anterior, el cómputo de la caducidad de la acción de repetición para los procesos que se adelanten en vigencia de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁶¹, se á de dos años contados a partir (i) del pago realizado por la Entidad de la sentencia condenatoria o conciliación, o (ii) a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de 10 meses que tiene la Entidad para pagar las condenas. Los 10 meses se contarán a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia o a la ejecutoria del auto aprobatorio de la conciliación.

Establecida la forma en que debe contarse el término de caducidad de la acción de repetición en vigencia Código Contencioso Administrativo, la Ley 678 de 2001 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a continuación se estudiará el cómputo de la caducidad de la acción de repetición en los eventos en que las Entidades públicas efectúan un pago parcial de la condena o conciliación o pago de la misma se fijó en cuotas.

4. Cumplimiento de las condenas judiciales.

El artículo 177 del Código Contencioso Administrativo establece que las condenas judiciales en contra de las entidades públicas se podrán ejecutar después de 18 meses de la ejecutoria de la providencia, lo cual significa que las Entidades en vigencia del Código Contencioso Administrativo tienen un plazo de 18 meses para cumplir con el pago de las condenas.

⁵⁹ Sobre el particular el literal l) del numeral 2) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que "Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código".

⁶⁰ El inciso segundo del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo establece que "Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada".

⁶¹ Procesos de repetición en los cuales las demandas hayan sido interpuestas a partir del 2 de julio de 2012. Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el día dos (2) de julio del año 2012.

Por otra parte, el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de 10 meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

Ahora bien, para establecer cual es el término que tiene una Entidad para el cumplimiento de la providencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que se aplicará la norma vigente al momento de la imposición de la condena judicial. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha señalado lo siguiente:

Auto del 19 de abril de 2013, expediente 44866: "Ahora bien, el Despacho estima pertinente destacar que en el asunto de la referencia se está dando aplicación de manera simultánea al Código Contencioso Administrativo – Decreto ley 01 de 1984– y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011–, puesto que si bien la demanda en ejercicio del medio de control de repetición se presentó durante la vigencia de la última codificación referida, lo cierto es que la condena respecto de la cual la DIAN pretende repetir lo pagado, fue impuesta en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto ley 01 de 1984⁶² y por tanto, bajo el imperio de lo dispuesto en esta codificación empezó a correr el término establecido en la ley para el ejercicio oportuno del aludido medio de control judicial de repetición".

Auto del 23 de julio de 2015, expediente 50.200: "De esta manera, en cuanto los hechos que sirven de fundamento a la presente demanda, en particular la condena respecto de la cual se pretende repetir lo pagado, acaecieron en vigencia de la Ley 578 de 2001 y del Decreto 01 de 1984 (anterior código de lo Contencioso Administrativo), estas serán, en lo pertinente, las normas aplicables a aquellas situaciones jurídicas cuyos términos hubieran iniciado desde entonces, para la aplicación de la correspondiente norma prevista en ellas, como sería el caso de la caducidad de la acción de repetición".

Auto del 9 de marzo de 2016, expediente 45.277: "Así pues, el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial. Para la caducidad de la presente demanda incoada en ejercicio del medio de control de repetición, de conformidad con el numeral 9 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁶³, **al cual se acude en el entendido de que el respectivo término inició su contabilización en fecha previa a la vigencia de la Ley 1437 de 2011⁶⁴**, se estableció un plazo de dos (2) años contados, por regla general, a partir del día siguiente al de la fecha del pago total de la respectiva condena efectuado por la entidad".

Auto del 2 de mayo de 2015, expediente 56361: "Ahora bien, para determinar la caducidad del medio de control de repetición es menester señalar que el artículo 164 del C.P.A.C.A. fija un término de dos años contados a partir del día siguiente al que se hubiera efectuado el pago total de la condena impuesta o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo concedido a la administración para dar cumplimiento a las condenas, que se inicia con la ejecutoria de la sentencia condenatoria. **Es menester aclarar que para el caso de autos la entidad contaba con dieciocho meses para proceder al pago de conformidad con lo dispuesto en artículo 177 del C.C.A., si se considera que el acuerdo con efectos de cosa juzgada se llegó en vigencia del Decreto 01 de 1984**".

⁶² Corviene destacar que el artículo 192 de CPACA respecto del cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas dispuso que: "(...) Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solvencia de pago correspondiente a la entidad obligada. (...)".

⁶³ Aplicable al caso en cuestión, pues el daño alegado se produjo con la ejecutoria de la sentencia del 21 de marzo de 2008, acaecida el día 19 de junio de ese mismo año, época para la cual la legislación vigente aplicable era el Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984.

⁶⁴ El 2 de julio de 2012.



En ese orden de ideas, en el evento en que una Entidad pública solicite, además del pago de la condena judicial, los intereses moratorios causados con ocasión de la misma, el cómputo de la caducidad se realizará a partir del día siguiente a la fecha del pago total de la condena o a partir del día siguiente a la fecha en que se cumplió el término para cumplir la condena, que puede ser de 10 o 18 meses según sea la norma que regule el caso, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o auto aprobatorio de la conciliación, sin que se deba tener en cuenta la fecha del pago de los intereses moratorios.

9. Conclusiones.

9.1 El cómputo de la caducidad de 2 años de la acción de repetición dentro de los procesos adelantados en vigencia del Código Contencioso Administrativo tiene dos formas para contabilizarse: (i) a partir del día siguiente al pago de la condena o conciliación, y (ii) si el pago no se realizó dentro del término de los 18 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria o del auto aprobatorio de la conciliación, según sea el caso, los 2 años se contarán a partir del día siguiente del cumplimiento de los 18 meses.

9.2 El cómputo de la caducidad de la acción de repetición para los procesos que se adelanten en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, será de dos años contados a partir (i) de pago realizado por la Entidad de la sentencia condenatoria o conciliación, o (ii) a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de 10 meses que tiene la Entidad para pagar las condenas o conciliaciones. Los 10 meses se contarán a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia o del auto aprobatorio de la conciliación.

9.3. Para establecer el término con el que cuenta una Entidad pública para cumplir las condenas judiciales se deberá observar en vigencia de cual ley se impuso la misma, esto es, si la condena se profirió en vigencia del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el término de cumplimiento de la condena será de 18 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o auto aprobatorio de la conciliación o si se profirió en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012, el plazo de cumplimiento de la condena será de 10 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o auto aprobatorio de la conciliación.

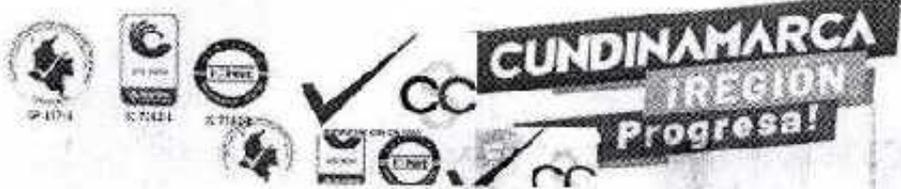
9.4. En los casos en que las Entidades efectuaron un pago parcial de la condena o conciliación la caducidad de la acción de repetición comenzará a contarse a partir de la fecha en que efectivamente se realizó el pago parcial por parte de la Entidad y si el pago parcial no se efectuó dentro de los 10 meses o 18 meses, según sea el caso, posteriores a la ejecutoria de la sentencia o el auto aprobatorio de la conciliación, el cómputo de la caducidad se contará a partir del día siguiente en que se cumplan (los 10 meses o 18 meses).

9.5. En los casos en que las Entidades públicas realizan el pago de la parte de la condena solidaria que les correspondió, se deberá contar la caducidad de la acción a partir del día siguiente a la fecha en que se efectuó tal pago o a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 10 o 18 meses, según sea el caso, que tiene la Entidad para cumplir la condena, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o el auto aprobatorio de la conciliación.

9.6. En los casos en que se interponga una acción de repetición y el pago de la condena o conciliación se haya fijado en cuotas, el término de caducidad se contará a partir del día siguiente a la fecha del pago de la última cuota, o a partir del primer día del vencimiento de los 10 meses o 18 meses para el pago de las condenas, lo que ocurra primero, según sea el caso, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia o auto aprobatorio de la conciliación.

9.7. En el evento en que una Entidad pública solicite, además del pago de la condena judicial, los intereses moratorios causados con ocasión de la misma, el cómputo de la caducidad se realizará a partir del día siguiente a la fecha del pago total de la condena o a partir del día siguiente a la fecha en que se cumplió el término para cumplir la condena, que puede ser de 10 o 18 meses según sea la norma que regule el caso, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o auto aprobatorio de la conciliación, sin que se deba tener en cuenta la fecha del pago de los intereses moratorios.

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente
COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL



Calle 35A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 11221 - Teléfono: 339 0150
@CundiGob @CundinamarcaGob
www.cundinamarca.gov.co

Handwritten signatures and initials

Elaboró: Sandra Patricia Mendoza G. Abogada de Apoyo-Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Julián Duarte C. Jefe Oficina Jurídica

CIRCULAR 23 DEL 30 DE NOVIEMBRE DEL 2020

CRITERIOS DE SELECCIÓN OBJETIVA PARA LA CONTRATACIÓN DE ABOGADOS EXTERNOS PARA EJERCER LA DEFENSA JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE LA CORPORACIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA.

1. Competencia del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca, de acuerdo con la normatividad nacional:

• El Decreto 1716 de 2009, determinó como una de las funciones del Comité de Conciliación en el artículo 19, numeral 8o: "Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados", disposición incorporada en el Decreto 1069 de 2015 en el artículo 2.2.4.3.1.2.5.

Artículo 3: FUNCIONES: El Comité de Defensa Judicial Conciliación ejercerá las siguientes funciones: (...)

(...)

8. Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendado

(...)

2. Importancia de la defensa Judicial.

La Corporación Social de Cundinamarca, a través de la Oficina Asesora Jurídica, ejerce la defensa jurídica, propiciando por una efectiva defensa técnica de manera diligente y oportuna, bajo el cumplimiento de la normatividad constitucional, legal y reglamentaria vigente, en los procesos judiciales, extrajudiciales y trámite de reclamaciones, a través de la representación legal en calidad de demandante, demandado, interviniente o vinculado, protegiendo efectivamente los intereses, derechos y el patrimonio público del ente territorial, observando criterios como la cuantía de las pretensiones, el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda; el número de procesos similares; la reiteración de los fundamentos fácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; la materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación del precedente jurisprudencial.

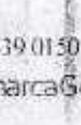
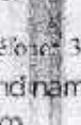
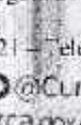
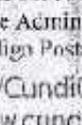
Por lo que se hace indispensable seleccionar y contar con abogados externos idóneos que garanticen la salvaguarda de los intereses de la entidad, evitando condenas cuantiosas que afectan los recursos públicos.

3. La defensa judicial de la Corporación Social de Cundinamarca.

En relación con la representación legal de la Corporación Social de Cundinamarca, es importante precisar varios aspectos, como son:

• La Defensa Judicial y Extrajudicial, de acuerdo con la información obrante en Novasoft donde se evidencian más de 1.300.000 procesos judiciales, los cuales se clasifican entre procesos ejecutivos singulares e hipotecario, tutelas etc, cursan en su mayoría en juzgados Civiles de Circuito y Municipales, de pequeñas causas del Departamento de Cundinamarca.

- Algunos de los procesos judiciales en curso revisten una mayor importancia para la Corporación, en consideración a la materia u objeto propio del proceso, la complejidad jurídica, la cuantía de las pretensiones el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda, el número de procesos similares, la reiteración de los fundamentos fácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo o la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación del precedente jurisprudencial.



- La Oficina Asesora Jurídica que ejerce la Defensa Judicial y Extrajudicial de la Corporación, atiende anualmente alrededor de 20 audiencias de conciliación extrajudicial, en los diferentes Juzgados del Departamento, las cuales son de obligatoria asistencia para el apoderado de la Corporación y presentación del pronunciamiento emitido por parte del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del mismo.
- Actualmente la actividad judicial, extrajudicial y trámite de reclamaciones administrativas, se adelanta con los abogados que hacen parte de la Oficina Asesora Jurídica.
- Los contratistas además de la defensa judicial propiamente dicha, apoyarán con el análisis de viabilidad de iniciar o no acciones de repetición, presentándolos ante el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca, facilitando la imparcialidad en la toma de decisiones de dicho Comité. En el evento, en que el Comité decida que se debe iniciar acción de repetición, los contratistas proyectarán e instaurarán las respectivas demandas de repetición.
- Así mismo, algunos de los contratistas apoyan a la Oficina Asesora Jurídica, en la rendición de conceptos jurídicos de alta complejidad que se les soliciten.
- Los procesos judiciales y extrajudiciales requieren de atención idónea y oportuna, lo que implica la asignación de un apoderado para cada proceso judicial, extrajudicial o trámite administrativo.

Finalmente, es de advertir, que los conflictos que se presentan entre el Departamento de Cundinamarca y los particulares conllevan a que se active la defensa judicial de la entidad, y es en ésta etapa donde los abogados toman una alta importancia, por cuando de su obrar u actuar dependerá en gran parte las resultas negativas o positivas de la causa.

4. Idoneidad y Experiencia de los abogados externos, para la defensa jurídica de la Corporación Social de Cundinamarca.

En primer lugar, es importante que la entidad determine de manera clara y precisa la necesidad que la lleva a celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales para su representación judicial y extrajudicial, indicando que es este el mecanismo para satisfacer dicha necesidad.

En segundo lugar, se deben determinar los requisitos de formación académica y de experiencia que debe ostentar el futuro contratista, a efectos de que ejecute de manera idónea y oportuna el objeto del contractual y las correspondientes obligaciones pactadas.

En este punto, es relevante señalar que los requerimientos de idoneidad y experiencia que la Entidad exija al contratista, como postgrados en el nivel de especialización o maestría, y mayor número de meses de experiencia relacionada, deberán estar estrechamente relacionados con factores como: el número máximo y mínimo de procesos que se asignaran, la complejidad jurídica de los mismos, la importancia del tema de que trata la causa, la cuantía y el área del derecho en que se litigará.

En otras palabras, la Entidad deberá determinar la complejidad jurídica baja, media o alta de los procesos que pretenda asignar al contratista, así como la naturaleza jurídica de los mismos, para luego establecer si requiere: i) un abogado con solo pocos meses de experiencia relacionada, (baja complejidad), o iii) un abogado con postgrado y un mayor número de meses de experiencia relacionada, (complejidad media), o ii) un abogado con postgrado en nivel de maestría y un considerable número de meses de experiencia relacionada, entendida esta como el tiempo que el contratista ha apoderado a entidades del estado en litigios de la misma naturaleza o rama del derecho que tendrá ahora a su cargo.

Es de advertir, que la experiencia y formación académica que posea el contratista deberá ser tomada en cuenta de manera exclusiva para el desempeño o litigio en el campo del derecho a que corresponde.

Finalmente, la naturaleza jurídica del contratista, es decir, persona natural o jurídica, en principio, no tiene relevancia alguna, excepto que del estudio de la necesidad y la forma de satisfacerla se concluya que es indispensable uno u otro, eso sí, siempre bajo premisa de personas jurídicas cuya razón social implique la representación judicial y extrajudicial de entidades públicas, y personas naturales que ostenten la calidad de abogado.



Calle 39A # 8-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 01 50

 /CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

marca

5. Honorarios

Con relación a este aspecto, es importante tener en cuenta que la profesión de abogado se considera en nuestro medio como liberal, por lo que el pago de honorarios estará sujeto o dependerá de las condiciones propias de cada uno de los abogados, es decir, de su idoneidad, experiencia profesional, así como de su prestigio y buen nombre (Good Will), aspectos que permitirán establecer el monto de sus honorarios en cada caso en particular.

Es decir, que el valor de los honorarios se diferencia entre abogados de acuerdo a su idoneidad, experiencia profesional, así como de su prestigio y buen nombre (Good Will), en el campo jurídico, por lo que se justificará un mayor valor en los honorarios pactados.

7. Normatividad legal en materia de contratación de prestación de servicios profesionales.

A nivel legal, las normas que se citan a continuación constituyen el sustento jurídico de la contratación de prestación de servicios profesionales.

- Ley 80 de 1993

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3. Contratos de Prestación de Servicios.

<Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXECUIBLES**> Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable

(...)"

Ley 1150 de 2007.

"Artículo 2. De las Modalidades de selección.

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

(...)"

- Decreto 1032 de 2015

"Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan ser encomendados a determinadas personas naturales.



Calle 39A # 18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov

www.cundinamarca.gov.co

marca

© 2015. Todos los derechos reservados. No se permite la explotación económica ni la transformación de esta obra. Queda permitida la impresión en su totalidad.

Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos."

El presente documento se estudió y aprobó, por los miembros del el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca.

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente del Comité de Conciliación y Defensa Judicial.

Elaboró: Sandra P. Mendoza Granja- Abogada de Apoyo- Oficina Jurídica
Revisó: Julián Duarte C.- Jefe Oficina Asesora Jurídica.

CIRCULAR No. 24 del 30 de noviembre de 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca
Para: La Corporación Social de Cundinamarca.
Asunto: Recomendaciones generales para evitar el Desistimiento Tácito
Fecha: 30 de noviembre de 2020

COMPETENCIA

Las siguientes normas atribuyen al Comité de Conciliación, la función de Diseñar lineamientos para la defensa de los intereses de la entidad:

El Decreto 1716 de 2009, establece en el Artículo 19. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

" (...).

2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad (...)"

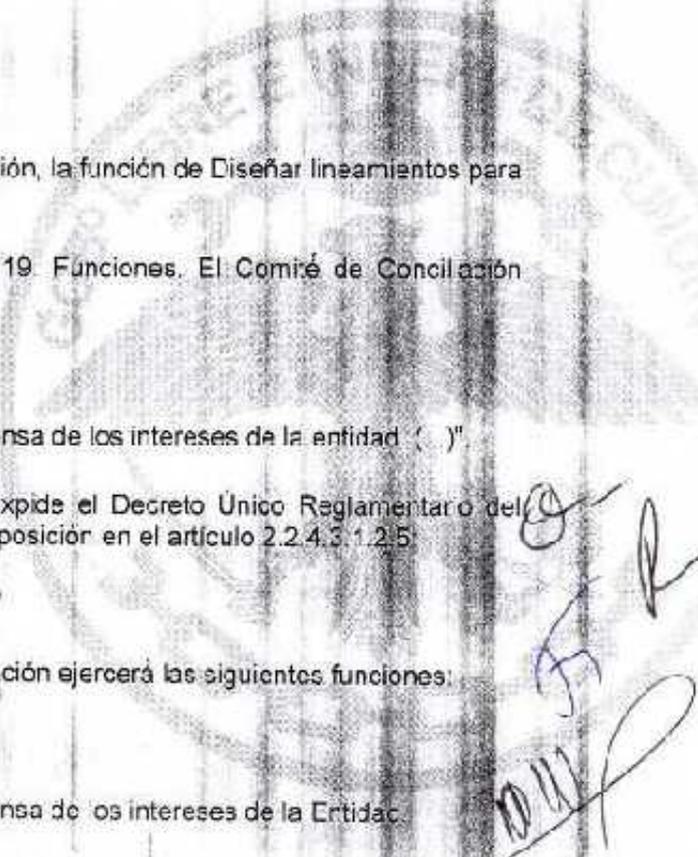
El Decreto 1069 de 2015, 'Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho', incorpora la anterior disposición en el artículo 2.2.4.3.1.2.5:

" (...)"

"Artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

(...).

2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la Entidad.



(...)

Decreto Departamental 0271 de 2012: "Por medio del cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del sector Central del departamento de Cundinamarca".

"Artículo 3: FUNCIONES: El Comité de Defensa Judicial de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses del Departamento".

(...)

Con fundamento en la anterior normatividad, la Corporación Social de Cundinamarca adopta las recomendaciones generales para evitar el dafico antijuridico y crea el lineamiento para evitar el desistimiento tácito a través de la presente Circular.

INTRODUCCIÓN.

El presente documento tiene por finalidad establecer lineamientos generales dirigidos a la Entidad para conocer los hechos generadores del desistimiento tácito y la forma de evitarlo.

Para estos efectos, el documento se encarga de estudiar los siguientes apartes:

1. La noción de desistimiento tácito
2. Casos en los que se aplica el Desistimiento tácito en los procesos civiles
3. Desistimiento tácito en los procesos administrativos
4. Efectos del desistimiento tácito
5. Desistimiento tácito en los procesos ejecutivos y su finalidad
6. Situación actual del desistimiento tácito.
7. Sentencias

Vale destacar que, para la elaboración de las presentes recomendaciones, se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Corte constitucional.

Finalmente, se debe precisar que las presentes recomendaciones deberán ser analizadas por abogados de la Entidad, según su prudente criterio y de acuerdo con las circunstancias del caso en particular.

1. Desistimiento Tácito. Noción.

El desistimiento tácito es una especie de castigo que se le impone al demandante cuando no cumple las cargas que le son impuestas, tales como pagar los gastos del proceso, los cuales se requieren para que pueda procederse a notificar la demanda.

Cuando se presenta una demanda se requieren algunas actuaciones por parte del demandante, y si este no las realiza, la demanda queda estancada o paralizada, por lo que se configura el desistimiento tácito de la misma, en razón a que la ley considera que el demandante no continuará con ella.

2. Casos en los que se aplica el Desistimiento tácito.

ARTÍCULO 317. DESISTIMIENTO TÁCITO. El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:

1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida e instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa

Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0130

 /CundiGov  @CundinamarcaGov

www.cundinamarca.gov.co

marca:

SECTOR PÚBLICO - INSTITUCIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumar las medidas cautelares previas.

2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas "o perjuicios" a cargo de las partes.

El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas:

a) Para el cómputo de los plazos previstos en este artículo no se contará el tiempo que el proceso hubiese estado suspendido por acuerdo de las partes;

b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años;

c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo;

d) Decretado el desistimiento tácito quedará terminado el proceso o la actuación correspondiente y se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares practicadas;

e) La providencia que decreta el desistimiento tácito se notificará por estado y será susceptible del recurso de apelación en el efecto suspensivo. La providencia que lo niegue será apelable en el efecto devolutivo;

f) El decreto del desistimiento tácito no impedirá que se presente nuevamente la demanda transcurridos seis (6) meses contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto o desde la notificación del auto de obediencia de lo resuelto por el superior, pero serán ineficaces todos los efectos que sobre la interrupción de la prescripción extintiva o la inoperancia de la caducidad o cualquier otra consecuencia que haya producido la presentación y notificación de la demanda que dio origen al proceso o a la actuación cuya terminación se decreta;

g) Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso;

h) El presente artículo no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial.

3. Desistimiento tácito en los procesos administrativos.

En los procesos administrativos el desistimiento tácito lo considera el artículo 178 de la ley 1437 de 2011, que contempla las siguientes condiciones:

1.- Transcurrido un plazo de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el Juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes.

2.- Vencido este último término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y el Juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares.

Dadas las anteriores condiciones el juez decretará el desistimiento tácito que será notificado por estado.



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0150

[f/CundiGov](https://www.facebook.com/CundiGov) [@CundinamarcaGov](https://www.instagram.com/CundinamarcaGov)
www.cundinamarca.gov.co

marca

1. Efectos cuando se produce el desistimiento tácito.

La declaratoria de desistimiento tácito del proceso genera las siguientes consecuencias:

1. Terminación del proceso.
2. Condena en costas.
3. Condena por los perjuicios que genere el levantamiento de las medidas cautelares.

Cuando se produce el desistimiento tácito la demanda se puede presentar por segunda vez, siempre que no se haya presentado la caducidad de la acción.

En el caso del código general del proceso (CGP), la demanda se puede presentar nuevamente transcurridos 6 meses, siempre que no haya caducado la acción.

5.- DESISTIMIENTO TÁCITO EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS CIVILES.

El proceso ejecutivo tiene como finalidad asegurar que el titular de una relación jurídica que genera obligaciones pueda obtener, a través de la intervención del Estado, el cumplimiento de ellas, obligando al deudor a ejecutar la prestación a su cargo, para lo cual es necesario tener presente que es el patrimonio de éste, el llamado a responder y garantizar el cumplimiento de esas obligaciones en el caso de la acción personal, o el bien gravado en el caso de la acción real.

A diferencia de los otros procesos⁶⁹, en el Ejecutivo no hay pretensión discutida que implique la necesidad de ser declarada, sino que se tiene una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce, pero se encuentra insatisfecha, ya que el deudor no ha cumplido su obligación.

A través de este proceso el acreedor persigue la satisfacción, y no la simple declaración, la cual, protegida por el derecho sustancial, le permita hacer efectiva una obligación derivada de una parte que no quiere cumplir. No se requiere en nuestro sistema procesal civil de una Sentencia previa para poder adelantar el proceso ejecutivo, pudiéndose acudir directamente a la ejecución forzada cuando se disponga de un título que reúna los requisitos que la ley exige⁷⁰.

Por tanto, corresponde a la parte acreedora instaurar su demanda ejecutiva ante la autoridad competente, allegando con esta un título ejecutivo o título valor, demanda que deberá reunir los requisitos que expresamente regula la ley procesal, y una vez admitida, adelantar los trámites procesales que a su cargo se le imponen para el impulso del proceso, tales como notificar a la parte demandada el auto de mandamiento de pago, prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias, entre otras⁷¹.

La relación jurídica procesal impone a las partes o sujetos verdaderas obligaciones que deben tener cumplimiento en el desarrollo del proceso, como las de ejecutar ciertos actos en el proceso, cuya falta trae consecuencias más o menos graves, ejemplo de ello es la pérdida de una oportunidad procesal o de un derecho procesal como el de designar un perito o un secuestro, o bien a ejecutoria de una sentencia o de otra providencia adversa, e inclusive la pérdida del proceso, sin que exista un verdadero deber o una obligación.

Durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinados actos, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal, es lo que se denomina cargas procesales.

⁶⁹ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso - tomo I, p. 186. Procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, los cuales tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de un relación jurídica, e incluyen, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos.

⁷⁰ Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señala la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que consiste en el interrogatorio previsto en el artículo 134.

⁷¹ Artículo 78 C.G.P. Deberes de las partes y sus apoderados.

De lo anterior, se deduce que al lado de las nociones de derechos, deberes y obligaciones procesales subjetivas o sea de aquellos que corresponden o vinculan a las partes dentro del proceso, como consecuencia de la relación jurídica procesal, existen cargas procesales originadas en el proceso, cuya realidad es indiscutible y la omisión de estas, por la parte obligada, puede conllevar a sancionarse con la aplicación del desistimiento tácito, figura que constituye una forma anormal de terminación del proceso, que se sigue como consecuencia jurídica del incumplimiento de una carga procesal a cargo de la parte que promovió un trámite y de la cual depende la continuación del proceso.

Pues bien, el desistimiento tácito, por la no ejecución de alguna de las obligaciones procesales en cabeza del ejecutante, termina constituyendo un grave problema para quienes ven en él, la denegación de justicia o un impedimento al acceso material a la jurisdicción con pretensión de resolver conflictos por la vía ejecutiva, máxima cuando dichos procesos ya tienen una sentencia o un auto que ordena seguir el trámite de ejecución.

En buena parte, este escrito aspira a solventar el inconveniente que plantea la figura de terminación anormal del proceso como sanción por el incumplimiento procesal denominado desistimiento tácito. Para ello es importante conocer los antecedentes, analizar la norma contentiva de la misma tanto el derecho civil colombiano como en la jurisprudencia, plantear los inconvenientes derivados de la misma.

5.1- Antecedentes:

El Gobierno Nacional sancionó el 9 de mayo de 2008, la ley 1194 por medio de la cual se reformó el Código de Procedimiento Civil y se dictaron otras disposiciones.

Esta ley introdujo una nueva institución al mencionado estatuto, en su artículo 346, denominada "desistimiento tácito" que viene a reemplazar la antigua figura de la Perención, quedando así ésta derogada del ordenamiento procedimental. A través de la citada ley, se implementó la figura de Desistimiento Tácito como una forma de sanción que le impone a la parte que haya formulado la demanda, la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía, incidente o cualquier otra actuación, el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de su parte, cumplirlo en un término de treinta días, previo requerimiento del Juez. En tal evento, si requerida la parte y vencido el término no se cumplió con la carga o realizó el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o actuación, disponiéndose por el Juez la terminación del proceso o actuación correspondiente, habiendo lugar a condena en costas y perjuicios, siempre y cuando opere el levantamiento de medidas cautelares. Esta sanción podía aplicarse solo a los procesos donde no se hubiere proferido Sentencia y tratándose de procesos Ejecutivos, en los cuales es viable dictar Sentencia que ordene el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, la sanción a aplicar era el levantamiento de las medidas cautelares.

El texto del antiguo Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil consagraba la Perención como forma de sanción, cuando en el curso de la primera instancia permanecía el expediente en la Secretaría durante seis o más meses, estando pendiente su trámite de un acto del demandante. En este evento, si el demandado solicitaba al Juez la perención antes de que el demandante ejecutara el acto, debía proceder a su terminación con el consecuente levantamiento de medidas cautelares y condena en Costas.

Tratándose de procesos de ejecución le era viable al demandado pedir, en vez de la perención el cesembargo de los bienes perseguidos, siempre que éstos no estuvieran gravados con prenda o hipoteca a favor del acreedor que actuara en el proceso. Procediendo el cesembargo de bienes, estos no podían embargarse de nuevo en el mismo proceso antes de un año.

En la jurisdicción ordinaria, no se podía aplicar la Perención contra los procesos Ejecutivos, no obstante ser estos los asuntos que más congestionaban los juzgados civiles. Con la reforma realizada a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 1285 de 2009) en su artículo 23, se permitió decretar la perención en este tipo de procesos, castigando la desidia de los ejecutantes. Dicha medida trajo consigo la posibilidad de aliviar la carga laboral de los Juzgados Civiles respecto al alto volumen de demandas ejecutivas que se manejaban en los Despachos Judiciales, ya que interpretando la norma, se entendía que la misma solo era aplicable a los asuntos donde no se hubiere proferido Sentencia.

Cabe resaltar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han señalado reiteradamente, el proceso ejecutivo no termina con la sentencia en él proferida, como quiera que ésta se limita a impartir la orden de llevar adelante la ejecución de acuerdo con el mandamiento ejecutivo de pago, disponiendo además que se liquide el crédito y condenando en las costas del proceso al ejecutado. De ahí que la sentencia en este proceso, no es una decisión que resuelva una controversia y finalice un juicio; es más bien un proveído que dispone avanzar las diligencias tendientes a obtener el pago de la deuda.

En ese orden de ideas, se impone concluir que el proceso ejecutivo singular, con base en un derecho personal, sólo termina con el pago total de la obligación o con la sentencia que declara probadas las excepciones perentorias en su integridad, mientras que la ejecución con título

Handwritten notes and signatures:
@
FR
DIP

hipotecario o prendario finaliza con la ejecutoria de la providencia aprobatoria del remate o la que ordena la adjudicación del bien, independientemente de que se haya cancelado o no en su totalidad la obligación cobrada.

Por lo demás habiéndose hecho efectivo la garantía hipotecaria o prendaria, queda agotada la finalidad del proceso, pero si queda saldo insoluto deberá cobrarse en ejecutivo con base en derecho y/o garantía personal. La pregunta que se planteaban los Jueces era si ¿La perención para los procesos ejecutivos solo se podía decretar antes de dictar sentencia? Ante esta situación, es menester resaltar que el criterio de los funcionarios judiciales se encontraba dividido en este tema, habiendo quienes consideraban que no se podía, bajo el argumento que iba en contravía de la cosa juzgada, mientras otros consideraban que sí, y fundamentaban esta postura en el hecho de que los procesos ejecutivos no terminaban con la Sentencia, sino con el pago total de la obligación. Este problema de interpretación fue resuelto por la Corte Constitucional mediante una Sentencia de tutela, donde consideró el alto Tribunal que si era posible decretar la Perención en procesos donde ya hubiere fallo. Como razones de su decisión, señaló la Corte que la perención ha sido aplicada antes de la Sentencia, pues se trata de una sanción para la parte demandante que no ejerce sus cargas procesales durante el desarrollo del proceso, pero que en los procesos ejecutivos el demandante sigue conservando algunas obligaciones después de proferida esta, tales como el remate de los bienes que se hallan embargados, considerando por ello que es dable aplicar la Perención en un proceso ejecutivo aun cuando en este se haya dictado Sentencia.

Acudió la Corte a uno de los criterios más usados en materia de hermenéutica, eligió la interpretación más apropiada a la intención del legislador, y entendiéndolo que la finalidad de éste, al consagrar la perención, era la descongestión de la justicia, y en el caso analizado resultaba viable su aplicación. También señaló la Corte Constitucional que, como órgano límite, debía fijar la interpretación legal acorde con los postulados constitucionales⁷, dentro del amplio rango de sus facultades, especialmente el de guardiana de la constitución.

Quedó, entonces, plasmada la perención con la reforma realizada a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, a través de la Ley 1285 de 2009, resultando viable y procedente decretar la perención en los procesos Ejecutivos, aun cuando en estos asuntos se hubiere dictado Sentencia, conllevando como sanción la consiguiente devolución de la demanda y sus anexos, y si fuere el caso, el levantamiento de las medidas cautelares con la consecuente condena en costas a la parte ejecutante.

Entendiéndolo la Perención o al Desistimiento tácito como formas anormales de terminación del proceso en el derecho procesal civil colombiano, se puede considerar que, en últimas, corresponden a una misma figura que opera ante la inactividad de una de las partes y que puede ser declarada por el Juez a instancia de las partes o de manera oficiosa. Ahora bien, la institución de la perención tiene una larga historia en el proceso civil, llegándose a remontar hasta el derecho romano, y su vigencia hoy día se encuentra en otras especialidades del derecho, como el de familia y administrativo, y con la entrada en vigencia del Código General del Proceso se empezó a aplicar en los asuntos de familia, agrarios, civiles y comerciales la cual se reafirmó bajo la denominación de "desistimiento tácito".

6. SITUACIÓN ACTUAL DEL DESISTIMIENTO TÁCITO.

El Código General del Proceso en su artículo 317, regula la forma de aplicación del Desistimiento tácito, tanto para las demandas, el llamamiento en garantía, el incidente u otra actuación promovida a instancia de parte, que requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella (numeral 1º), o para los procesos o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas que permanezca inactivo en la secretaría del despacho porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año, en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación (numeral 2º).

Esta disposición nos ofrece dos panoramas para su aplicación, de una parte cuando se está adelantando la demanda y no hay sentencia, y de la otra, cuando ya ha sido proferido el fallo, pero el proceso continúa, como acontece generalmente con los procesos Ejecutivos. En el primer evento, el numeral 1º del artículo 317 nos ubica dentro de una demanda donde no se ha proferido una Sentencia, situación en la cual se hace necesario continuar el trámite de la misma, del llamamiento en garantía, de un incidente o cualquier otra actuación promovida a instancia de parte, donde el Juez le requerirá cumplirla en un término perentorio de treinta (30) días mediante notificación que se surte por estado, a partir del cual empieza a correr dicho término. La no realización de la carga procesal conlleva a que el Juez tenga por desistida tácitamente la demanda o actuación declarando el desistimiento en una providencia donde impondrá condena en costas.

Consagra la regla, que en este suceso, no podrá ordenarse el requerimiento al demandante para que inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, siempre que estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas.

Para el evento señalado en el numeral 2º, nos ubica la norma en un proceso con Sentencia que ha permanecido inactivo en la secretaría del despacho, ya porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año, en primera o única instancia, procediendo por solicitud de parte o de manera oficiosa a decretarse la terminación del proceso por desistimiento tácito, sin lugar a condenar en costas o perjuicios.

Acorde con el numeral 2º del artículo 317 del Código General del Proceso, el desistimiento tácito deberá ser decretado, sin necesidad de requerimiento previo, "cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación (...)"

De acuerdo a lo previsto en el numeral 1º del artículo 62º del Código General del Proceso, y la corrección que le hizo el artículo 14 del Decreto 1736 de 2012, los plazos previstos en los dos numerales del artículo 317 de esa codificación, se contarán a partir de la entrada en vigencia de esta norma, es decir, a partir del 1º de octubre de dicha anualidad (CGP, art. 627-2).

Por mandato del literal c) del inciso 2º del referido artículo 317, "cualquier actuación, de oficio o a petición de parte de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo", por lo que el juzgador no sólo debe reparar en los referidos plazos objetivos (1 o 2 años, según el caso) sino también en las demás actuaciones "de cualquier naturaleza" llevadas a cabo por las partes durante el trámite del juicio, puesto que el desistimiento tácito constituye una forma anormal de terminación de los procesos que sólo sanciona la absoluta inactividad de las partes.

Se deduce entonces, que el desistimiento tácito sólo tiene lugar, en la hipótesis del numeral 2º del inciso 1º del artículo 317 del CGP, cuando el proceso ha sido completamente abandonado, o lo que es igual, cuando la inactividad total de las partes revela en forma inequívoca su desinterés en el pleito. Por esa razón, la disposición tiene como presupuesto que el proceso o actuación, por un lado, "permanezca inactivo en la secretaría del despacho" y, por el otro, que esa situación obedezca a que "no se solicita o realiza ninguna actuación ...".

Ahora bien, esta institución se encuentra regida por unas reglas expresamente consagradas en el artículo 317 y que deben ser tenidas en cuenta para su aplicación.

6.1. Análisis del artículo 317 numeral segundo literal b) que regula los casos en donde el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el cual fue objeto de demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.

En el caso abordado por la Corte, la demandante centró su hipótesis legal argumentando que se debe aplicar la figura del desistimiento tácito en cualquier etapa procesal, incluyendo aquella en la cual ya existe sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución. Pues considera se afecta el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes previstos en la Carta, ya que ello permitiría desconocer la efectividad de un derecho adquirido, si dentro de un tiempo preciso su titular no solicita o realiza ninguna actuación en el proceso, es decir, si éste permanece inactivo.

Se indica que la hipótesis en comento vulnera el principio de cosa juzgada y, por ende, la seguridad jurídica, pues permitiría reabrir el proceso y, por lo tanto, facultaría a los funcionarios judiciales a conocer, tramitar y fallar sobre un asunto ya resuelto, pues se trata de un proceso que tiene identidad en su objeto, en su causa pretendida y en sus partes, sustento que indica a la Sentencia C-543 de 1992.

La Corte Constitucional resolvió declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la constitucionalidad de las expresiones "en cualquiera de sus etapas" y "b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años", contenidas en el numeral 2 del artículo 317 de la Ley 1564 de 2012, por "definitiva sustancial de la demanda".

Para su decisión consideró la Corte que: "La interpretación de la norma demandada es subjetiva en cuanto la aplicación de ésta no afecta el derecho reconocido en la sentencia judicial en firme, sino su ejecución, objetos jurídicos que son diferentes y separables" y que "La interpretación de la norma demandada es injustificada porque ninguna de las hipótesis antedichas implica per se la extinción o afectación del derecho, sea que esté reconocido en la sentencia en firme o sea que esté incorporado a un título que preste mérito ejecutivo".

En concepto de ese Tribunal, al partir de interpretaciones subjetivas e injustificadas, la argumentación de la demanda resulta incierta, en tanto no corresponde en realidad ni a la norma demandada ni a la norma que se señala como vulnerada y, además, esta carencia le impide mostrar y demostrar cómo la primera podría vulnerar a la segunda.

Respecto de los efectos de la prelación decretada dentro del proceso ejecutivo, la Corte explicó que en el caso del proceso ejecutivo, tanto singular como prelatario o hipotecario, no extingue el proceso, tampoco el derecho pretendido, mucho menos el gravamen. Su efecto se traduce en el



desembargo de los bienes, con la consecuencia gravosa para el ejecutante de no poder pedir de nuevo el embargo sino transcurrido un (1) año.

Sobre los efectos de la perención una vez declarada, la doctrina fue unánime al reconocer que la caducidad era indivisible, es decir, que beneficia o perjudica a todos los intervinientes dentro de la relación procesal.

Con el artículo 317 de la ley 1564 de 2012, nuevo Código General del Proceso se ratifica la figura del desistimiento tácito, que según su artículo 1º entra a regular la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, permitiendo en esta clase de procesos la aplicación de esta figura de terminación anormal del proceso.

La Corte Constitucional se pronunció sobre este particular tema en la sentencia C-713 de 2008⁷² donde considero que son los procesos ejecutivos los que atiborran los anaqueles judiciales por el abandono de quienes están legalmente obligados a su impulso, circunstancia que permite el restablecimiento de la perención para este tipo de procesos como mecanismo idóneo y constitucionalmente admisible como medio de descongestión del aparato judicial.

El fundamento jurídico del desistimiento tácito, para los procesos ejecutivos donde hay Sentencia o auto de seguir adelante, es que el proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación.

La situación fáctica que se plantea con este documento, se remite exclusivamente a los eventos en los cuales a la parte demandante le ha sido difícil, por no decir imposible, hacer embargado bienes a su deudor con los cuales puede hacer efectivo el pago de la obligación cobrada. No en todos los eventos tiene el ejecutante la posibilidad de embargar bienes con los cuales pueda cobrar la deuda, de ahí que las medidas cautelares se constituyen en aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esta forma el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.

No obstante considera la Corte Constitucional que los procesos Ejecutivos son los que atiborran los anaqueles judiciales por el abandono de quienes están obligados a impulsarlos, no son muchas las situaciones que se presentan donde un demandante, luego de agotar todo un trámite ante la jurisdicción civil, con todos los inconvenientes procesales que ello en muchas ocasiones representa, acude al estamento judicial para que mediante la vía ejecutiva se dicte una Sentencia o auto de seguir adelante, no logra hacer efectivo el pago de la obligación cobrada, ante la renuencia del deudor, ya por falta de pago en efectivo o por la fuerza coercitiva mediante la entrega de bienes o el remate de estos.

El demandante al ver frustrada la posibilidad de materializar la ejecución del cobro, ante la imposibilidad de rematar los bienes de su deudor por no haber podido embargarlos, aunado a la sanción que le aplica la Ley, al decretarlo un desistimiento tácito por "no impulsar el proceso", realmente viene a representar una sanción a quien ha acudido a los instalamientos judiciales en busca de una tutela judicial efectiva y una justicia pronta y oportuna.

Si bien la Corte Constitucional ha manifestado que el desistimiento tácito es la consecuencia jurídica que ha de seguirse, si la parte que promovió un trámite debe cumplir con una carga procesal -de la cual depende la continuación del proceso- y no la cumple en un determinado acto, debe plantearse dicho concepto por el Juez de conocimiento cuando nos encontramos ante la situación especial que se configura porque el demandante no ha podido hacer el embargo de bienes de propiedad del demandado. Y es que cabe preguntarse, ¿Qué actuación puede desplegar la parte actora después de haberse proferido Sentencia o auto de seguir adelante la ejecución, cuando no hay bienes embargados, que pueda representar un impulso procesal?

No olvidemos que el proceso Ejecutivo termina con el pago total de la obligación, más las costas del proceso, y si quien ejecutó no cuenta con bienes embargados con los cuales hacer efectivo el pago de la deuda, solo su obligación procesal se limitaría a presentar una Liquidación del Crédito y Costas, con lo cual estaría cumpliendo con el único acto procesal a su cargo, puesto que el adelantar el remate de bienes se vería frustrado por sustracción de materia.

⁷² Sentencia C-713 de 2008, "Tal como se planteó reiteradamente en la exposición de motivos y en el trámite del proyecto de ley en el Congreso de la República. Una parte muy significativa de los procesos que atiborran los anaqueles judiciales corresponde a acciones ejecutivas que fueron abandonadas durante su trámite por quienes están legalmente obligados a propiciar su impulso. Ante esta circunstancia, considera la Corte que el restablecimiento de la perención en los procesos ejecutivos, como medida derivada de la injustificada inactividad de la parte actora, constituye un mecanismo idóneo y constitucionalmente admisible para contribuir eficazmente a la descongestión del aparato judicial, dentro del margen de configuración propio del Legislador.



CUNDINAMARCA
REGIÓN
Progreso

Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.

Sede Administrativa

Código Postal: 111221 - Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov

www.cundinamarca.gov.co

marca

SE CUNDINAMARCA

Así las cosas, en este puntual caso debe propugnarse por la administración de justicia a garantizarle al demandante su derecho a la tutela judicial efectiva⁷³ y brindarle la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

De esta forma se le garantiza realmente su derecho constitucional de acceso a la administración de justicia⁷⁴, derecho medular, es decir como la garantía real y efectiva que el Estado le ofrece al individuo, de poder acudir, para resolver las controversias que han surgido con otros individuos u organizaciones y con el mismo Estado, ante un juez, con miras a obtener una resolución motivada, ajustada a derecho, y dictada de conformidad con el procedimiento y las garantías constitucionales previstas en la Constitución y en la ley.

6.2. Lineamiento para la defensa judicial teniendo en cuenta el anterior caso:

Intentando responder al interrogante planteado inicialmente y, en particular, a la cuestión de la contraproducción de la figura de desistimiento tácito para algunas de las eventualidades contempladas por el legislador, es necesario resaltar que el proceso ejecutivo constituye el único medio con que cuenta el titular de una relación jurídica que genera obligaciones para obtener el cumplimiento de ellas.

A través de este proceso y con la intervención del Estado, el acreedor acude a los despachos judiciales para ejecutar la prestación a su cargo, obligando al deudor a cubrir su deuda, contando para ello con el patrimonio de este, el cual le garantizará el cumplimiento de esas obligaciones.

En el caso de las obligaciones nacidas de una acción personal, el cumplimiento de estas liga solamente a la persona que la contrae y a sus herederos. Por tanto, no puede concebirse sino en función del deber jurídico del deudor hacia el acreedor, y quien tiene esta acción tiene entendido que si se va precisado a utilizarla, el demandado es una persona determinada.

Por sus características, las obligaciones personales comprometen al deudor en lo personal, lo que las hace siempre obligaciones determinadas, que comprometen el patrimonio del deudor, ya que si no cumple, puede demandarse su cumplimiento en ejecución forzosa, toda vez que el principio que la rige es que el deudor responde de sus obligaciones de crédito con sus bienes.

En estos casos es donde resulta contraproducente la figura del desistimiento tácito dado que el acreedor no tiene garantizado el pago de su deuda sino cuenta con el embargo de bienes de su deudor. Caso distinto acontece con las obligaciones reales donde el derecho es distinto porque el ser titular de un derecho real transmite las obligaciones reales -iure iura-.

La obligación real afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de esta. Se dirige en primera línea hacia la cosa que es el objeto del derecho pretendido, y el demandado solo es un obstáculo que se interpone entre el actor y la cosa, pero no impide que el acreedor aprehenda la cosa contra la que se utilizara dicho accionar real.

No olvidemos que el proceso Ejecutivo termina con el pago total de la obligación, más las costas del proceso⁷⁵, y si quien ejecutó no cuenta con bienes embargados con los cuales hacer efectivo el pago de la deuda, solo su obligación procesal se limitaría a presentar una Liquidación del Crédito y Costas, con lo cual estaría cumpliendo con el único acto procesal a su cargo, puesto que el adelantar el remate de bienes se vería frustrado por sustracción de materia.

⁷³ Sentencia C-279/13 Magistrado Sustanciador: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

⁷⁴ Sentencia T-476/98 Magistrado Ponente: Dr. FABIÓ MORÓN DÍAZ

⁷⁵ ARTÍCULO 46°. TERMINACIÓN DEL PROCESO POR PAGO. Si antes de iniciada la audiencia de remate, se presentare escrito proveniente del ejecutado o de su apoderado con facultad para recibir, que acredite el pago de la obligación demandada y las costas, el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente. Si existieren liquidaciones en firme del crédito y de las costas, y el ejecutado presenta la liquidación adicional a que hubiere lugar, acompañada del título de consignación de dichos valores a ordenes del juzgado, el juez declarará terminado el proceso una vez sea aprobada aquella, y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente. Cuando se trate de ejecuciones por sumas de dinero, y no existan liquidaciones del crédito y de las costas, podrá el ejecutado presentarlas con el objeto de pago, su importe, acompañadas de título de su consignación a ordenes del juzgado, con especificación de la tasa de interés o de cambio, según el caso. Sin que se suspenda el trámite del proceso, se dará traslado de ella al ejecutante por tres (3) días como dispone el artículo 1°0. objetarla o no, el juez la aprobará cuando la encuentre ajustada a la ley. Cuando haya lugar a aumentar el valor de las liquidaciones, si dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecución del auto que las aprueba no se hubiera presentado el título de consignación adicional a ordenes del juzgado, el juez dispondrá por auto que no tiene recursos, continuar la ejecución por el saldo y entregar al ejecutante las sumas depositadas como abono a su crédito y las costas. Si la consignación se hace oportunamente el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente. Con todo, continuará tramitándose la rendición de cuentas por el secuestro si estuviere pendiente, o se ordenará rendirlas si no hubieren sido presentadas.



[Handwritten signature]

El desistimiento tácito, por la no ejecución de alguna de las obligaciones procesales en cabeza del ejecutante, termina constituyendo un grave problema para quienes ven en él, la denegación de justicia o un impedimento al acceso material a la jurisdicción con pretensión de resolver conflictos por la vía ejecutiva, máxime cuando dichos procesos ya tienen una sentencia o un auto que ordena seguir el trámite de ejecución.

Toda norma tiene su excepción, y para el caso esbozado, podría plantearse la opción de no sancionar con la aplicación del desistimiento tácito aquellos procesos Ejecutivos que cuentan con Sentencia o auto que ordena seguir adelante con la ejecución, donde el demandante pretende la ejecución de una obligación derivada de una acción personal y donde no ha podido ubicar bienes del demandado con que hacer efectivo el pago de su deuda. En buena parte, el presente trabajo aspira a solventar el inconveniente que plantea la figura de terminación anormal del proceso como sanción por el incumplimiento procesal denominado desistimiento tácito.

6.2. Lineamiento del caso en sentencia C-173 de 2019. se declarará la exequibilidad del artículo 317, numeral 2º, literal "g" de la Ley 1564 de 2012.

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS- *Reiteración de jurisprudencia*

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMALIDADES- *Contenido y alcance*

Se trata de un principio que se proyecta sobre el ámbito de las regulaciones procesales, para adecuarlas a la búsqueda de la vigencia de un orden justo, y tiene por destinatario, principalmente, a los jueces. Supone que "el proceso [judicial] es un medio", que se fundamenta en el carácter instrumental de las normas procedimentales, razón por la cual deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo: el de la efectividad de los derechos y garantías reconocidos en las "leyes sustantivas".

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL EN NORMA PROCESAL- *Alcance*

El principio de prevalencia del derecho sustancial, no implica, en forma alguna, que los jueces puedan desconocer las formas procesales y mucho menos que puedan discutir la validez de las normas que establecen requisitos y formalidades. Dichas normas también cuentan con un firme fundamento constitucional y deben ser fielmente acatadas por los jueces, salvo que estos adviertan la necesidad de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en casos concretos. Solo así resulta posible garantizar la igualdad de las partes en el terreno procesal, posibilitar el derecho de defensa en condiciones de equidad, dar seguridad jurídica y frenar posibles arbitrariedades o actuaciones parciales de los funcionarios judiciales.

DESISTIMIENTO-Definición

Es un acto procesal dirigido a eliminar los efectos de otro acto procesal ya realizado; por tanto, debe ser asumido como una declaración de voluntad al interior del proceso, bien de forma expresa (desistimiento expreso) o de forma tácita (desistimiento tácito).

DESISTIMIENTO TÁCITO-Concepto

Este es consecuencia de la falta de interés de quien demanda para continuar con el proceso, pues se estructura sobre la base de una presunción respecto de la negligencia, omisión, descuido o inactividad de la parte.

DESISTIMIENTO TÁCITO-Modalidades/DESISTIMIENTO TÁCITO-Implicaciones

El desistimiento tácito, además de ser entendido como una sanción procesal que se configura ante el incumplimiento de las cargas procesales del demandante, opera como garante de: (i) el derecho de todas las personas a acceder a una administración de justicia diligente, celeres, eficaz y eficiente; (ii) la posibilidad de obtener pronta y cumplida justicia y (iii) el acceso material a la justicia, en favor de quienes confían al Estado la solución de sus conflictos. Todo esto en el entendido de que la racionalización del trabajo judicial y la descongestión del aparato jurisdiccional, finalidades a las que aporta la decisión de terminar anticipadamente un trámite judicial, contribuyen significativamente a hacer más expedito el trámite de los litigios judiciales.

De la demanda. Se demandó el literal "g" (parcial) del numeral 2º del artículo 317 de la Ley 1564 de 2012, por considerar que vulnera el artículo 228 de la Constitución (único cargo), en la medida en que crea lo que este denomina una "nueva forma de extinción del derecho", a pesar de que el objeto de dicha norma por su carácter procesal, es hacer efectivos los

erechos y no extinguirlos. Igualmente, considera que la norma acusada desconoce el principio de primacía del derecho sustancial sobre el derecho procesal.

Consideraciones de la Corte:

Según lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, el desistimiento tácito, además de ser entendido como una sanción procesal que se configura ante el incumplimiento de las cargas procesales del demandante, opera como garante de: (i) el derecho de todas las personas a acceder a una administración de justicia diligente, celerada, eficaz y eficiente; (ii) la posibilidad de obtener pronta y cumplida justicia y (iii) el acceso material a la justicia, en favor de quienes confían al Estado la solución de sus conflictos. Todo esto en el entendido de que la racionalización del trabajo judicial y la descongestión del aparato jurisdiccional, finalidades a las que aporta la decisión de terminar anticipadamente un trámite judicial, contribuyen significativamente a hacer más expedito el trámite de los litigios judiciales.

La norma acusada plantea, entonces, una tensión entre los principios de diligencia, celeridad, eficacia y eficiencia judicial, de un lado, y el derecho al acceso material a la administración de justicia y la efectividad de los derechos sustanciales que se definen ante los jueces, del otro. Esto debido a que la norma demandada dispone la extinción del derecho objeto del litigio en aquellos casos en los que se acredite, de una parte, que se hubiere decretado un primer desistimiento tácito, y, de otra, que se promueva un nuevo proceso judicial entre las mismas partes y por las mismas pretensiones, y respecto del cual se decretare la configuración de un nuevo (o segundo) desistimiento tácito.

Lo que corresponde, entonces, para resolver la tensión antes referida, es determinar si dicha medida es o no solo razonable sino también proporcional, es decir, si la extinción del derecho en litigio se encuentra justificada por la importancia de realizar los fines que persigue el desistimiento tácito.

Para tales efectos, tal como lo ha considerado, entre otras, en la sentencia C-1186 de 2008, la Corte debe realizar un juicio de proporcionalidad de intensidad débil el cual exige, en primer lugar, realizar un examen acerca de si la medida cuyo juzgamiento se pretende está o no proscribida por la Constitución -razonabilidad- y si persigue una finalidad constitucionalmente legítima (infra num. 5.1.1). Luego, en caso de que así sea, determinar si el medio puede considerarse idóneo para alcanzar la finalidad previamente identificada (infra num. 5.1.2); además, debido a que la norma demandada puede llegar a comprometer el derecho de acceso a la administración de justicia e, indirectamente, la exigibilidad de los derechos sustanciales que se pretende hacer valer en los procesos judiciales, la Sala debe establecer si esta comporta una limitación excesiva de los derechos fundamentales constitucionales (infra num. 5.1.2).

5.1.1. De la razonabilidad y de la finalidad constitucionalmente legítima de la disposición demandada

Valorar la razonabilidad de la disposición que aquí se demanda supone establecer si la medida adoptada por el legislador, consistiente en declarar la extinción del derecho pretendido, se encuentra constitucionalmente proscribida. La Corte Constitucional no encuentra disposición constitucional alguna a la que pueda adscribirse tal prohibición.

Por el contrario, los artículos 29, 97.5 y 229 de la Constitución Política, según la interpretación que de los mismos ha hecho este Tribunal, establecen, de un lado, el deber de todas las personas de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia y, del otro, protegen el derecho que tiene todo ciudadano de acceder a una justicia pronta, diligente, eficaz, eficiente, ágil y sin retrasos indebidos.

Así mismo, encuentra la Corte que las medidas de terminación del proceso en las que el legislador sanciona con la extinción del derecho pretendido se armonizan con los mandatos constitucionales que le imponen al Estado el deber de asegurar la justicia dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

Igualmente, por un lado, medidas de tal naturaleza evitan que el proceso judicial dure indefinidamente, esto es, garantizan el principio de seguridad jurídica. Por otro lado, permiten que el juez cumpla con sus deberes de dirigir el proceso, velar por su rápida solución e impedir su paralización.

[Handwritten signature]



CUNDINAMARCA
REGION
Progresamos!

Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 111321 Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov

www.cundinamarca.gov.co

marca

www.cundinamarca.gov.co

Por último, la Corte ha considerado que aquellas contribuyen al propósito de adoptar medidas de descongestión judicial y de racionalización de la carga de trabajo del aparato jurisdiccional.

El desistimiento tácito, en criterio de la Sala, cumple dos tipos de funciones (supra num. 5.1): de un lado, sancionar la negligencia, omisión o descuido de la parte demandante y contribuir a conseguir una tutela judicial efectiva. De otro lado, garantizar el derecho de acceder a una administración de justicia diligente, celerada, eficaz y eficiente; el acceso al debido proceso, entendido como la posibilidad de obtener pronta y cumplida justicia; la certeza jurídica; la descongestión y racionalización del trabajo judicial y la solución oportuna de los conflictos. Con relación a las primeras, como lo recuerda el Ministerio Público, la finalidad de la disposición demandada es obtener el cumplimiento del deber constitucional de "Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia" (artículo 95.7 C.P.). Con relación a las segundas, tales finalidades, para la Sala, son legítimas y además, imperiosas a la luz de la Constitución, primero, porque no están prohibidas explícita o implícitamente por la Carta y, segundo, porque lo que persiguen es la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los usuarios de la justicia, la cual encuentra respaldo en los principios antes referidos.

Puede decirse, entonces, que la disposición que se acusa es razonable. Además, tal y como lo plantearon algunos intervinientes, persigue finalidades compatibles con la Constitución. Si bien es cierto que dicha norma puede llegar a incidir en algunos derechos subjetivos al declararse la extinción de los mismos, lo cierto es que al garantizar finalidades que la Constitución estima como permitidas e imperiosas, como se señaló en los párrafos precedentes. Por tanto, es necesario ahora establecer si la norma es idónea y si limita derechos fundamentales de forma excesiva.

De la idoneidad del medio elegido y de la limitación de derechos fundamentales

La intervención en los derechos fundamentales constitucionales debe ser adecuada para la obtención de fines constitucionalmente legítimos. La primera exigencia de este principio se encuentra acreditada pues, se insiste, los fines que persigue el desistimiento tácito son legítimos e imperiosos desde una perspectiva constitucional. Lo que se debe establecer, entonces, es si la medida de extinción del derecho contribuye de algún modo a la obtención de estos, para valorar su idoneidad.

La tutela judicial efectiva es una finalidad que debe perseguir el Estado, tal como lo ordenan la Constitución (cfr., num. 5.1.1 supra) y diferentes tratados internacionales. Dentro de estos últimos, el artículo 25.^{1º} de la Convención Americana sobre Derechos Humanos^[22], 14.^{1º} del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[23], 8.^º y 10.^º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 18.^º (XVIII) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

El análisis de la idoneidad del medio elegido por el Legislador, entonces, debe hacerse teniendo en cuenta la relevancia de dicha finalidad y, sobre todo, la complejidad que conlleva su satisfacción, que se traduce en la necesidad de implementar medidas de distinta índole. A este, en efecto, le corresponde adoptar las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento del aparato judicial, lo que supone establecer todo un esquema normativo de competencias y procedimientos para hacer efectivos los derechos. Dentro de aquellas, es razonable que regule los derechos de los sujetos procesales y vincule a los usuarios de la justicia para que colaboren en su funcionamiento, lo que supone el cumplimiento de determinadas cargas procesales. También puede adoptar aquellas medidas que considere apropiadas para solucionar problemáticas estructurales de la Rama Judicial, como es el caso de su congestión.

Si la finalidad que persigue la norma que se acusa es que se cumpla con el deber constitucional de "Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia" (artículo 95.7 C.P.), lo cierto es que esta guarda una relación de causalidad positiva con la consecución de dicha finalidad.

Lo anterior, dado que la norma sanciona al usuario de la justicia que incumpla con una determinada carga procesal (supra num. 5.1) esto es, con su deber de impulsar el proceso que ha iniciado a instancia suya, bien sea aportando elementos de juicio o respondiendo a solicitudes del juez frente a actuaciones que le compete adelantar.



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 11321 - Teléfono: 339 3150

 /CundiGob  @CundinamarcaGob

www.cundinamarca.gov.co

www.cundinamarca.gov.co

marca

La sanción procesal que surge con ocasión del desistimiento tácito, entonces, adquiere un carácter persuasivo frente al demandante para que este cumpla con su papel colaborador dentro del proceso, pues si reconoce sus cargas y, sobre todo, las consecuencias de su falta de cumplimiento, lo que se espera, en principio, es que aquellas se cumplan.

El referido deber de colaboración tiene dos ámbitos de aplicación: (i) el de la persona que acciona el aparato judicial para hacer efectivo un derecho subjetivo; y (ii) el del tercero que es llamado al proceso judicial pero que no tiene interés, como el del testigo no cubierto por la garantía que regula el artículo 33 de la Constitución. En el primero de los eventos, a juicio de la Sala, es que cobran importancia las cargas procesales y las consecuentes sanciones por su inobservancia. Así, cuando el legislador establece una carga procesal e impone una consecuencia por su incumplimiento, para el caso, la extinción del derecho pretendido, materializa el deber constitucional de "Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia" en otras palabras, contribuye a la obtención de un fin constitucional.

El establecimiento de reglas mínimas procesales, entre ellas la imposición de cargas y la determinación de sanciones por su incumplimiento, es una competencia exclusiva del legislador⁶⁸, tal como lo que establecen los numerales 1º y 2º del artículo 150 de la Constitución. Según estos, el Congreso cuenta con una amplia facultad discrecional para instituir las formas, con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas que surjan entre las personas⁶⁹.

La imposición de este tipo de cargas a los usuarios del aparato judicial no vulnera su derecho de acceso a la administración de justicia. Este derecho, como todos los demás, no es absoluto y, por ende, puede ser limitado por el Legislador; para el caso, con la imposición de unas cargas mínimas de diligencia en cabeza de quien activa el aparato judicial, las cuales, para la Sala, se traducen en deberes correlativos al derecho de acceder al sistema de justicia.

Por otro lado, si se asume que la finalidad que persigue la disposición acusada desde una perspectiva general, es la garantía de la tutela judicial efectiva, se considera que esta contribuye, igualmente, a la materialización de tal finalidad. A juicio de la Sala, facultar al juez de conocimiento para decretar la terminación anormal del proceso y, además, para declarar la extinción del derecho pretendido contribuye de forma relevante a la descongestión y a la racionalización del trabajo judicial, principalmente, por dos razones. De un lado, debido a que la terminación de un proceso judicial le permite al juez iniciar el estudio del negocio que sigue en turno y, del otro, porque la medida indirectamente contribuye a disminuir la litigiosidad y la carga laboral de los funcionarios judiciales, en el entendido que la extinción del derecho pretendido, que se da por haber decretado por segunda vez el desistimiento tácito, impide que la misma parte vuelva a iniciar el proceso en una tercera ocasión. En ambos casos se logra un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y físicos del aparato judicial del Estado, pues una menor carga de trabajo incrementa el tiempo que el funcionario judicial puede dedicar a otras causas, lo cual, para la Sala, impacta la calidad de la decisión judicial y, por ende, la tutela judicial efectiva a favor de los usuarios de la administración de justicia. Esto, claro está, sin pasar por alto el impacto que tiene la complejidad del caso en el tiempo que utilizan los funcionarios judiciales para la sustanciación de las distintas causas.

Por otra parte, mediante la extinción del derecho pretendido, la definición de la controversia genera certeza jurídica en la contraparte y en los terceros que pudieran llegar a tener intereses en el litigio, toda vez que estos pueden confiar en que el litigio no estará indefinidamente suspendido. En ese sentido, la posibilidad de ser sancionado con la extinción del derecho pretendido es una motivación razonable para que la parte interesada imprime diligencia a su actuar, buscando la solución de la controversia y evitando maniobras dilatorias. (negrita fuera de texto)

La norma que se demanda, entonces, conduce a un aumento significativo en la realización de los fines perseguidos y como quiera que este aumento es ordenado por causa de la adscripción del fin a unos principios constitucionales (supra num. 5.1.1), entonces, también es idónea la adopción de la norma.

68. En suma, para la Sala la disposición demandada contribuye a los fines perseguidos, primero, debido a que fomenta la colaboración de las partes con el buen funcionamiento de



CUNDINAMARCA
REGION
Progresas!

Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 111321 Teléfono: 339 0130

[CundiGov](#) [@CundinamarcaGov](#)
www.cundinamarca.gov.co

marca

www.cundinamarca.gov.co

la administración de justicia y, segundo, debido a que potencializa el acceso a una tutela judicial efectiva y material.

En un caso similar la Corte consideró que este tipo de medidas se ajustaba a la Constitución. En dicha ocasión le correspondió a la Sala el estudio del artículo 1º de la Ley 1194 de 2008, que regulaba el desistimiento tácito en la codificación procesal civil anterior. En la sentencia C-1186 de 2008, señaló:

"En cuanto a la idoneidad del desistimiento tácito para alcanzar los fines señalados, debe indicarse que en la regulación acusada el legislador previó que antes de que el juez disponga la terminación del proceso, debe ordenar que se cumpla con la carga procesal o se efectúe el respectivo 'acto de parte' dentro de un plazo claro: treinta (30) días. De esta manera, se estimula a la parte procesal concernida a ejercer su derecho de acceso a la administración de justicia, a que respete el debido proceso y a que cumpla sus deberes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. Ello, a su turno, promueve las finalidades mencionadas, sin sorprender a la parte ni desconocer sus derechos procesales.

[...]

El legislador ha acudido a diversas figuras procesales para lograr los cometidos antes mencionados. A pesar de reformas sucesivas, la congestión procesal, las dilaciones prolongadas y la incertidumbre de las partes sobre sus derechos son problemas que continúan. Por eso, el legislador estimó necesario acudir a la figura del desistimiento tácito para ciertos procesos. Es esta una conclusión plausible ante la persistencia de los problemas mencionados, sin que ello signifique que por sí sola la figura del desistimiento tácito agota las medidas legislativas que podrían adoptarse para superar las fallas tradicionales de la justicia civil, ni que ella sea el único medio para lograr los fines mencionados."

La extinción del derecho, por otro lado, no es una decisión intempestiva o arbitraria. En efecto, dicha consecuencia está precedida, de una parte, de una declaratoria previa de desistimiento tácito y, de la otra, de un término de 30 días sin que la parte hubiera atendido un requerimiento del juez para que cumpla una determinada carga procesal o realice un "acto de parte", o bien de un término de 1 o 2 años sin que el proceso tuviere impulso procesal. En ninguno de los eventos el juez actúa sin darle a conocer a las partes sus decisiones o, eventualmente, los requerimientos concretos que hace. Puede decirse, entonces, que los efectos nocivos frente a los derechos pretendidos únicamente son imputables a la conducta propia del demandante, más no a la naturaleza sustantiva o procesal de la disposición que aquí se cuestiona. (Negrilla fuera de texto)

Según dispone el literal "e", numeral 2º, del artículo 317 del CGP, la providencia que decreta el desistimiento tácito se debe notificar por estado y es susceptible del recurso de apelación. Este recurso, además, se concede en el efecto suspensivo, lo que implica, entre otras cosas, que se suspende el cumplimiento de la decisión hasta tanto se resuelve el recurso. El superior que conoce del recurso puede, entre otras valorar las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito para determinar si hay lugar o no a decretar el desistimiento tácito, lo que implica, en tales escenarios, que el actor pueda alegar dichas razones. Inclusive, ante la pérdida de competencia por parte del juez, en los términos del artículo 121 del CGP, lo cierto es que el demandante conserva plenamente sus garantías procesales y el desistimiento tácito no se torna en sorpresivo o arbitrario, pues el funcionario judicial que recibe el expediente, si lo considera procedente, debe avocar el conocimiento del proceso, notificar la decisión a las partes y, luego, si, adoptar las decisiones que estime procedentes.

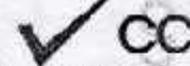
Síntesis de la decisión

79. La Sala Plena decidió la demanda de inexecutableidad propuesta en contra del literal "g", inciso 2º, del artículo 317 del CGP, en la que se alegó que dicha disposición desconocía lo dispuesto por el artículo 228 de la Constitución.

A juicio del accionante, la finalidad de las normas procesales es la realización del derecho material y, en esa medida, el literal cuestionado establecía una medida irrazonable y desproporcionada.

De manera preliminar, la Sala determinó que, aunque fuese posible predicar la identidad de objeto frente a la sentencia C-1186 de 2008, en el entendido de que el texto allí sometido a control constitucional resultaba ser el mismo que el que en esta ocasión se demandaba, lo cierto era que no podía concluirse lo mismo respecto de la identidad de cargos. Aunque podría eventualmente asumirse la existencia de cosa juzgada formal, lo cierto es que no era procedente hablar de la configuración de cosa juzgada absoluta porque la sentencia C-1186 de 2008 no agotó el debate sobre la constitucionalidad de la norma que aquí se cuestiona.

Luego de precisar lo dicho, le correspondió a la Sala determinar, en primer lugar, si la medida adoptada por el legislador era razonable y perseguía finalidades constitucionalmente legítimas. Por un lado, no encontró alguna disposición constitucional a la que pudiera atribuirse prohibición para



Calle 39A #13-75 Bogotá D.C.
Sede Administrativa
Código Postal: 111321 - Teléfono: 339 0150

 CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

www.cundinamarca.gov.co

declarar la extinción de un derecho como consecuencia del desistimiento tácito. De otro lado, la Sala

constató que las finalidades que perseguía la norma cuestionada eran legítimas y, además, imperiosas, a la luz de la Constitución.

En segundo lugar, la Sala tenía que establecer si la intervención en los derechos fundamentales constitucionales era o no adecuada para la obtención de los fines constitucionalmente legítimos que perseguía la disposición demandada. Concluyó que esta contribuía a los fines perseguidos, por una parte, debido a que fomentaba la colaboración de las partes con el buen funcionamiento de la administración de justicia y, por la otra, debido a que potencializaba el acceso a una tutela judicial efectiva y material. En ese mismo sentido, la Sala pudo establecer que la limitación que imponía la medida legislativa, en relación con los derechos de acceso a la administración de justicia y a la efectividad de los derechos sustanciales que se debían definir ante los jueces, se encontraba justificada por la importancia de la realización de los fines constitucionales perseguidos y porque no resultaba excesiva.

Por lo anterior, el descuido del proceso en las diferentes etapas de mismo conlleva entre otras "sanciones procesales" a instituciones que podrían generar incentivos positivos para que los usuarios asuman un papel activo en el proceso judicial. Entre estas, podría valorarse la imposición de "sanciones pecuniarias, disciplinarias y/o procesales, o la prescripción, la caducidad y la suspensión e interrupción del proceso. Estas últimas sin embargo, son instituciones que no contribuyen a la descargación judicial y a la racionalización de la carga de trabajo de los despachos, así como tampoco contribuyen de forma relevante para la garantía de la tutela judicial efectiva de los usuarios de la administración de justicia, por lo menos en los términos en los que tal principio ha sido desarrollado en providencia anterior. Esto es así primero, porque deben ser decretados en sede judicial, esto es, se convierten en un proceso judicial más del inventario de los jueces y, segundo, porque de todas formas, si lo que se busca es celeridad y eficacia a los procesos judiciales, desde una perspectiva temporal, el desistimiento tácito produce los mejores resultados. A las mismas conclusiones podría arribarse respecto de posibles sanciones de tipo pecuniario.

ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente
COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL

Elaboró: Sandra Patricia Mendoza G. Abogada de Apoyo-Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Julián Duarte C. Jefe Oficina Jurídica

5.) PROPOSICIONES Y VARIOS

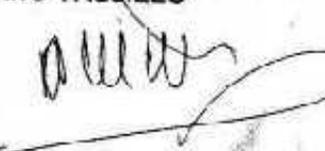
El doctor JULIAN DUARTE CASTELLANOS, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica eleva a proposición, el hecho de que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial apruebe el Manual de la Política del caño antijurídico conforme lo establece el decreto No.1069 de 2015 y no la Junta Directiva de la Corporación Social de Cundinamarca como se había solicitado en reunión efectuada anteriormente en reunión del Comité de Conciliación y a su vez solicita que e mismo faculte a la presidente del

Comité para que emita las circulares que contienen los respectivos lineamientos sobre prevención del daño antijurídico. Ante lo cual se somete a consideración de los integrantes, quienes aprueban por mayoría la citada proposición.

Siendo las 8.54 a.m del treinta (30) de noviembre del 2020 se da por terminado la reunión del comité.



ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
PRESIDENTE



JULIAN DUARTE CASTELLANOS
SECRETARIO TECNICO AD-HOC

