

DERECHO DISCIPLINARIO – Pliego de cargos / DERECHO DISCIPLINARIO – Variación del pliego de cargos

El operador disciplinario procede a formular cargos al servidor público cuando surtida la etapa de indagación y la posterior de investigación, cerrada esta última, se encuentran objetivamente demostrados hechos que pueden constituir faltas disciplinarias, las cuales, a su vez, están tipificadas en disposiciones legales; así como porque aparecen elementos que demuestran la posible responsabilidad de dicho funcionario en su comisión, sin que de otra parte estén acreditadas a su favor causales de exclusión de responsabilidad. [...] «el pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original». [...] [T]al variación solo puede realizarse hasta antes del fallo de primera o única instancia, se debe notificar al implicado y permitir que ejerza su derecho de defensa y contradicción, y no puede sustituir en su integridad, el pliego de cargos inicialmente formulado de modo que no se sorprenda al implicado con una imputación diferente al momento de emitir el fallo. [...] [E]n el evento en que haya variación del pliego de cargos, siempre que se cumplan las formalidades que la ley exige para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del implicado, ésta haría parte integral del pliego de cargos inicialmente formulado y las dos decisiones deberán estar en plena armonía y consonancia con el fallo disciplinario, so pena de declarar inválida la actuación por violación del derecho al debido proceso del disciplinado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00108-00(0348-11)

Actor: MARÍA JOSEFINA PEÑA VAN-STRAHLEN

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - EN LIQUIDACIÓN

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del CCA, la señora María Josefina Peña Van-Strahlen presenta demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social, en liquidación.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

La parte actora solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Auto No. 000305 de 8 de octubre de 2009, proferido por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal E.I.C.E., en liquidación, por medio del cual se declaró disciplinariamente responsable y se le impuso sanción de destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 10 años; y ii) Resolución No. 0285 de 26 de febrero de 2010, emitida por el liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal E.I.C.E., en liquidación, a través de la cual confirmó la decisión inicial.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar su reintegro al cargo que estaba desempeñando en la entidad o a uno de igual o superior categoría; condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando fue destituida, esto es, 8 de octubre de 2010, hasta cuando sea efectivamente reintegrada; librar las comunicaciones pertinentes con el fin de que se surta la desanotación de la sanción disciplinaria; ordenar la actualización de las sumas que resulten de la condena, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; y disponer el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 *ibídem*.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron sus pretensiones, son los siguientes:

Es Psicóloga con maestría en Seguridad Social.

Se vinculó a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal E.I.C.E., en liquidación, que en adelante se denominará Cajanal E.I.C.E., desde el 1 de febrero de 1994, a través de contratos de prestación de servicios. El último cargo que desempeñó fue el de profesional especializado, Código 3010, Grado 19, mediante una relación legal y reglamentaria.

El 18 de febrero de 2002, fue designada Coordinadora y/o Líder del Programa del Adulto Mayor. Dicho empleo lo recibió por parte de la señora Liliana Márquez, quien en momento alguno le hizo la entrega formal de este.

El Programa de Adulto Mayor para el cual fue designada no tenía financiamiento alguno por Cajanal E.I.C.E., razón por la cual debía conseguir y proveer las sumas que demandara para su operación.

Mediante la Resolución No. 00936 de 22 de noviembre de 2006, su nombramiento fue declarado insubsistente.

En atención a ello, interpuso acción de tutela contra Cajanal E.I.C.E., con el fin de que se le amparan sus derechos fundamentales por ser madre cabeza de familia y que, en consecuencia, fuera reintegrada. En primera y segunda instancia, el juez de tutela amparó sus derechos y ordenó su reintegro, sin embargo, la entidad demandada nunca dio cumplimiento a la orden judicial.

Posteriormente, a través de informes de 5, 14 y 26 de febrero de 2007, Claudia Patricia Vélez Tobón, asesora de la Gerencia General de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, puso en conocimiento de la entidad presuntas irregularidades que se suscitaron al interior de la Sede de la Casa de la Tercera Edad, particularmente en lo relacionado a la inadecuada administración y el dudoso manejo de fondos en que había incurrido en su cargo como Coordinadora y/o Líder del Programa del Adulto Mayor.

En atención a lo anterior, la Oficina de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., dio apertura de investigación disciplinaria en su contra.

El 4 de mayo de 2007, al presentar su versión libre, manifestó que: i) en el lapso en que estuvo encargada del Programa de Adulto Mayor en la Sede de la Casa de la Tercera Edad recuperó el inmueble destinado para tal efecto; ii) existió una persecución en su contra para responsabilizarla de apropiación de dineros y malos manejos de la Casa, desconociendo la labor social que llevó a cabo al restaurarla y mejorarla, pese a que la entidad demandada nunca le dio presupuesto para ello; y iii) una vez su nombramiento fue declarado insubsistente, no se le permitió la entrada al inmueble, razón por la cual no pudo hacer la entrega del inventario correspondiente.

A través de auto de 30 de agosto de 2008, la Oficina de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., formuló pliego de cargos en su contra, sosteniendo que con su conducta había incurrido en las faltas gravísimas consagradas en los numerales 1 y 3 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, a título de culpa gravísima. En dicha oportunidad, se le hicieron los siguientes reproches: i) haber suscrito, el 3 de febrero de 2006, un convenio con RCN Televisión dentro del cual ella se irrogaba la calidad de propietaria y/o representante legal de la Casa de la Tercera Edad de Cajanal E.I.C.E.; ii) la compra de una impresora sin el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993; iii) carencia de soportes de compra de los elementos de fisioterapia, así como de las denuncias penales correspondientes por la pérdida de algunos de ellos; iv) cancelación de un anticipo por concepto de adecuación del salón de aeróbicos sin los respectivos soportes de legalización presupuestal; y v) el deterioro físico de las instalaciones.

Al ejercer su derecho de defensa desvirtuó, con el material probatorio pertinente, cada uno de los argumentos antes expuestos, demostrando que había actuado diligentemente y bajo el marco de legalidad.

Posteriormente, por auto de 7 de noviembre de 2008, la Oficina de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., varió el pliego de cargos, agravando la imputación inicialmente formulada.

Mediante Auto No. 000305 de 8 de octubre de 2009, proferido por la Oficina de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., en primera instancia, la declaró disciplinariamente responsable sancionándola con destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de 10 años.

En segunda instancia, a través de la Resolución No. 0285 de 26 de febrero de 2010, el Liquidador de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, confirmó la decisión inicial.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 2, 6, 29, 83, 122 y 209 de la Constitución Política; 8, 9, 13, 15, 17, 20 y 21 de la Ley 734 de 2002; y 8 del Código Penal.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que se vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que la variación del Auto de cargos no se hizo bajo los parámetros legales pertinentes, agravándose su situación.

Sostuvo que el juzgador disciplinario incurrió en falsa motivación, en tanto que: 1) fue investigada y sancionada disciplinariamente bajo las normas dispuestas en la Ley 734 de 2002, pese a que no le eran aplicables por cuanto tenía la calidad de contratista de Cajanal E.I.C.E.; y 2) se configuró una indebida valoración probatoria.

Lo anterior, por cuanto no se tuvo en cuenta que: i) en su gestión como Coordinadora de la Casa de la Tercera Edad recuperó el inmueble que le había sido entregado en una situación deplorable; ii) la intermediación con RCN Televisión para el uso de las dependencias fue iniciativa de la gerencia de Cajanal E.I.C.E.; iii) el error registrado en los convenios suscritos con RCN Televisión en los que ella apareció como propietaria y representante legal, fue a cargo de la programadora, razón por la cual los advirtió en su momento; iv) actuó de buena fe al abrir una cuenta de ahorros a su nombre para que ingresaran los pagos, bajo la suscripción de los convenios, por parte de RCN Televisión, en la medida en que no iban a tener una destinación diferente que para el adulto mayor; v) no se demostró que se hubiera apropiado de una suma de dinero; vi) sus antecesoras actuaron al igual que ella, pero en momento alguno se les inició investigación disciplinaria; vii) al momento de la declaración de insubsistencia de su nombramiento, no se le permitió la entrada a las instalaciones, por lo que no tuvo la oportunidad de hacer la entrega de su puesto con los documentos correspondientes; viii) una vez ella fue retirada del servicio, se desaparecieron documentos que le permitían acreditar su excelente gestión; ix) para la compra de la impresora, no era aplicable la Ley 80 de 1993; x) no efectuó ningún anticipo, debido a que no suscribió contrato alguno para el arreglo del salón de aeróbicos.

Manifestó, además, que Cajanal E.I.C.E. incurrió en desviación de poder, toda vez que existió una persecución en su contra para sancionarla disciplinariamente, sin observar que los informes presentados para que se iniciara la investigación disciplinaria contenían inconsistencias que fueron pasadas por alto.

1.2. Contestación de la demanda

Pese a que la entidad demandada fue notificada en debida forma, su apoderada judicial presentó la contestación de la demanda de manera extemporánea¹.

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. De la parte demandante²

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

1.3.2. De la parte demandada³

Afirmó que no se vulneró el derecho al debido proceso, por cuanto la variación de los cargos se hizo bajo los supuestos establecidos en el artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

Señaló que si bien su vinculación en la entidad, en principio, fue a través de contratos de prestación de servicios, tenía la condición de particular en ejercicio de funciones públicas y como tal le era aplicable la Ley 734 de 2002.

Agregó, además, que las pruebas obrantes dentro del expediente fueron debidamente apreciadas y que, en consecuencia, no se incurrió en falsa motivación.

Manifestó que el cargo de desviación de poder es una apreciación subjetiva de la parte actora, toda vez que no allegó prueba alguna que lo acreditara.

1.4. Concepto del Ministerio Público

La procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda⁴.

¹ Mediante Auto de 12 de diciembre de 2011, el Despacho admitió la demanda y, conforme a lo dispuesto en el artículo 207, numeral 5 del Código Contencioso Administrativo, se fijó en lista por el término de 10 días, desde el 28 de febrero hasta el 12 de marzo de 2012; siendo presentada la contestación de la demanda el 13 del mismo mes y año.

² Folios 450 a 458.

³ Folios 459 a 461.

⁴ Folios 463 a 471.

Consideró que los operadores disciplinarios garantizaron el derecho al debido proceso y defensa, en la medida en que a la parte actora se le brindaron las garantías procesales pertinentes para ejercer su derecho de defensa.

Sostuvo que la demandante ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como una tercera instancia, en tanto que en el escrito de la demanda expuso los mismos argumentos de inconformidad esbozados a lo largo de la investigación disciplinaria.

Finalmente señaló, que los operadores disciplinarios no incurrieron en falsa motivación ni desviación de poder, pues las actuaciones que adelantó la entidad demandada se hicieron bajo los parámetros de legalidad.

2. Consideraciones

2.1. De la competencia

De conformidad con los documentos obrantes dentro del expediente, la señora María Josefina Peña Van-Strahlen se vinculó laboralmente a Cajanal E.I.C.E., como trabajadora oficial, desde el 1.º de febrero de 1994 hasta marzo de 2005⁵.

Posteriormente, a partir del 6 de junio de 2005 y hasta el 30 de julio de 2006, suscribió órdenes de prestación de servicios con Cajanal E.I.C.E., con el siguiente objeto: «el contratista se obliga a prestar sus servicios con autonomía técnica y administrativa en casa de la tercera edad, desarrollando las actividades y requerimientos incluidos en el anexo⁶ y que hace parte integral de la presente orden de servicios»⁷.

Mediante Resolución No. 000741 de 31 de julio de 2006, aclarada con Resolución No. 00797 de 4 de agosto de 2006, la gerente general de Cajanal E.I.C.E. nombró

⁵ Folio 548 del Anexo No. 2.

⁶ Folio 40 del Anexo No. 1 «con la presente relaciono las actividades realizadas en la casa de la tercera edad en desarrollo del programa del adulto mayor (...)

- Realizar las inscripciones de los alumnos que participan en el programa.
- Reunión con el Comité Organizador integrado por los representantes de los pensionados.
- Planear, organizar y supervisar todas las actividades concernientes al programa.
- Organización de actividades culturales.
- Reunión con los profesores.
- Inducción y elaboración del programa de fisioterapia, psicología y salud para el programa del adulto mayor.
- Organizar los talleres de nutrición».

⁷ Folios 3 a 18 del Anexo No. 1.

a la señora Peña Van-Strahlen en el cargo de profesional especializado, Código 3010, Grado 19, del cual se posesionó el 1.º de agosto del mismo año⁸.

A través de Resolución No. 00936 de 22 de noviembre de 2006, la gerente general de Cajanal E.I.C.E., declaró insubsistente su nombramiento⁹.

El Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., a través de Auto de 13 de marzo de 2007, dio apertura de investigación disciplinaria en contra de la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, en su condición de profesional especializado con funciones de Coordinadora y/o Líder del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. – Casa de la Tercera Edad, por hechos ocurridos entre el 2005 y 2006¹⁰, para finalmente declararla responsable disciplinariamente y sancionarla con destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de 10 años.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la investigación disciplinaria se basó en una conducta de la parte actora que se mantuvo en el tiempo hasta su vinculación como empleada pública en Cajanal E.I.C.E.; que lo que se pretende es la nulidad de actos administrativos proferidos por la Oficina de Control Interno Disciplinario y el liquidador de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, por medio de los cuales se impuso sanción disciplinaria; y que los referidos actos fueron emitidos en ejercicio del control disciplinario a que están sujetos los servidores públicos, la competencia en el asunto sometido a consideración se encuentra en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa, según lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo¹¹.

2.2. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en: (i) violación al debido proceso, por agravar su conducta al momento de la variación de la formulación de los cargos; (ii) falsa motivación, por aplicación errónea de la Ley 734 de 2002 e indebida valoración probatoria; y (iii)

⁸ Folios 548 y 549 del Anexo No. 2.

⁹ Folio 283 del cuaderno No. 3

¹⁰ Folio 93 del cuaderno principal.

¹¹ «**ARTÍCULO 82.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.»

desviación de poder, por cuanto la investigación disciplinaria adelantada en su contra se hizo bajo criterios subjetivos.

2.3. Marco normativo

De conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política, 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».

En su artículo 6 se establece que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las Leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Ahora, dentro de las garantías del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política se encuentran las relacionadas a que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho».

Por su parte, el artículo 83 de la Carta Política, señala respecto a uno de los principios, como es el de la buena fe, que «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas».

Respecto a la función pública, comienza el artículo 122 de dicha normativa, diciendo que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o

reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente».

Finalmente, debe resaltarse que el artículo 209 *ibidem* dispone como principios de la función administrativa, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por otra parte, la Ley 734 de 2002 dispone en cuanto a alguno de los principios rectores de la Ley disciplinaria, lo siguiente:

Artículo 8°. Reconocimiento de la dignidad humana. Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 9°. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

(...)

Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

(...)

Artículo 15. Igualdad ante la ley disciplinaria. Las autoridades disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

(...)

Artículo 20. Interpretación de la ley disciplinaria. En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.

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

Ahora, en cuanto a las pruebas, el Código Disciplinario Único señaló en su artículo 128, que toda decisión proferida dentro de la actuación disciplinaria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por

petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa, correspondiéndole la carga de la prueba al Estado.

Finalmente, dispone en sus artículos 141 y 142, que deben apreciarse conjuntamente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, razón por la cual en toda decisión motivada el juzgador disciplinario tiene la obligación de señalar las pruebas en que ésta se fundamenta, sin que sea dable emitir un fallo sancionatorio en el que no obre prueba en el proceso que conduzca a la certeza en cuanto a la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.

2.4. Hechos probados

La Sala, previo a referirse a los supuestos fácticos acreditados, debe resaltar que en consideración a que dentro del expediente disciplinario no obraban, en su totalidad, los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos administrativos ahora demandados, a través de Auto de 22 de marzo de 2018, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal E.I.C.E en liquidación y a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP allegar original y/o copia de los antecedentes administrativos del proceso disciplinario No. 073-2007, en virtud del cual se declaró responsable a la demandante María Josefina Peña Van-Strahlen.

No obstante lo anterior, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP señaló que no contaba con ningún documento en su poder y, en consecuencia, remitió dicho requerimiento, por competencia, al Ministerio de Salud¹², entidad que manifestó que solamente tenía en su poder la Resolución No. 0285 de 26 de febrero de 2010¹³.

Mediante Auto de 14 de febrero de 2019, se requirió al Ministerio de Salud para que aportara los documentos solicitados, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2196 de 2009, los archivos de las historias laborales de los servidores públicos de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal EICE en liquidación, fueron entregados al Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud).

¹² Folio 524 del Cdno. Ppal.

¹³ Folio 568 del Cdno. Ppal.

Al respecto, a través de Oficio de 21 de marzo de 2019, el apoderado judicial del Ministerio de Salud allegó copia de algunas actuaciones surtidas dentro de la investigación disciplinaria referida y añadió: «Actualmente la entidad se encuentra realizando las gestiones y averiguaciones pertinentes respecto de la custodia de los antecedentes completos del proceso disciplinario No. 073-2007, según la información transferida y las actas de entrega efectuadas por Cajanal E.I.C.E extinta en la actualidad, teniendo pendiente la revisión de las unidades documentales»¹⁴.

Posteriormente, mediante memorial de 2 de abril de 2019, el apoderado judicial del Ministerio de Salud, sostuvo: «(...) tal y como se manifestó al Despacho, se encontraba pendiente la revisión de 4 unidades documentales según la entrega efectuada por Cajanal E.I.C.E, en Liquidación. Al respecto se informa que en la Unidad Documental (...) se encontraron 8 folios que dan cuenta de actuaciones del proceso disciplinario 073 de 2007 según lo ordenado a esta entidad. Anexo lo anunciado, siendo necesario preciso informar que esta es la única información a la que se logró tener acceso frente al particular»¹⁵.

Por esta razón, la decisión se proferirá con base en los documentos que hacen parte del expediente, así, de conformidad con las pruebas obrantes, puede establecerse lo siguiente:

2.4.1. En relación con la vinculación laboral de la demandante

De conformidad con certificación expedida el 14 de octubre de 2003, por el jefe de División de Desarrollo del Recurso Humano de la Caja Nacional de Previsión Social, se determinó: «Que María Josefina Peña Van-Strahlen (...) trabaja en esta entidad desde el 1.º de febrero de 1994. (...) En su condición de trabajador oficial (Ley 490/98), se encuentra desempeñando el cargo de profesional Especializado Código 3010 Grado 15, en el Grupo Bienestar Social del Pensional Seccional Cundinamarca»¹⁶.

Mediante Resolución No. 00255 de 19 de enero de 2004, el gerente general de la Caja Nacional de Previsión Social, de conformidad con lo dispuesto en los

¹⁴ Folio 616 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 618 a 628 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 262 del cuaderno No. 3.

Decretos 1777 de 26 de junio de 2003 y 00062 de 15 de enero de 2004, determinó como trabajadora oficial a la señora María Josefina Peña Van-Strahlen¹⁷.

Por Oficio de 27 de enero de 2004, el vicepresidente Administrativo y Financiero de Cajanal E.I.C.E le puso de presente a la señora Peña Van-Strahlen, lo siguiente: «(...) según lo dispuso en el párrafo del artículo 1.º de la Resolución No. 000235 del 19 de enero de 2004, deberá firmar el contrato de trabajo en la Vicepresidencia Administrativa y Financiera, la cual programará e informará la fecha en que deberán suscribir el contrato»¹⁸.

Mediante Oficio de 25 de febrero de 2005, el líder de Talento Humano de Cajanal E.I.C.E. le informó a la señora Peña Van-Strahlen que su cargo había sido suprimido de la planta de personal, a partir del 1 de marzo de 2005¹⁹.

Posteriormente, la señora María Josefina Van-Strahlen suscribió las siguientes órdenes de prestación de servicios con Cajanal E.I.C.E: i) No. 2456 de 6 de junio de 2005; ii) 2056 de 6 de octubre de 2005; iii) 245 de 2 de enero de 2006; y iv) 00926 de 23 de enero de 2006, cuyo objeto era: «el contratista se obliga a prestar sus servicios con autonomía técnica y administrativa en casa de la tercera edad, desarrollando las actividades y requerimientos incluidos en el anexo²⁰ y que hace parte integral de la presente orden de servicios»²¹.

Más adelante, mediante Resolución No. 000741 de 31 de julio de 2006, aclarada con Resolución No. 00797 de 4 de agosto de 2006, la gerente general de Cajanal E.I.C.E nombró a la señora Peña Van-Strahlen en el cargo de profesional especializado, Código 3010, Grado 19, del cual se posesionó el 1.º de agosto del mismo año²².

¹⁷ Folios 357 y 358 del cuaderno No. 3.

¹⁸ Folio 265 del cuaderno No. 3.

¹⁹ Folio 277 del cuaderno No. 3.

²⁰ Folio 40 del Anexo No. 1 «con la presente relaciono las actividades realizadas en la casa de la tercera edad en desarrollo del programa del adulto mayor (...)

- Realizar las inscripciones de los alumnos que participan en el programa.

- Reunión con el Comité Organizador integrado por los representantes de los pensionados.

- Planear, organizar y supervisar todas las actividades concernientes al programa.

- Organización de actividades culturales.

- Reunión con los profesores.

- Inducción y elaboración del programa de fisioterapia, psicología y salud para el programa del adulto mayor.

- Organizar los talleres de nutrición».

²¹ Folios 3 a 18 del Anexo No. 1.

²² Folios 548 y 549 del Anexo No. 2.

A través de Resolución No. 00936 de 22 de noviembre de 2006, la gerente general de Cajanal E.I.C.E, declaró insubsistente su nombramiento²³.

2.4.2. En relación con la actuación disciplinaria

Mediante Oficio de 28 de febrero de 2007, la asesora de la Gerencia General – Coordinadora Casa del Pensionado presentó el siguiente informe ante el jefe de Grupo de Control Interno Disciplinario de la Cajanal E.I.C.E., en el que indicó²⁴:

(...) me permito informar las situaciones encontradas en la Casa del Pensionado (...) esto como resultado del análisis realizado a la documentación entregada por el doctor Jorge Zea Arias, líder del grupo de talento humano.

1. Se tiene un convenio firmado con RCN Televisión para la grabación de la telenovela hasta que la plata nos separe, este convenio está vigentes desde febrero 3 del año 2006, por el periodo de un año a partir de la fecha de la primera grabación, que al parecer fue el 20 de marzo de 2006 (...)

2. Existen dos documentos del mismo convenio, uno donde aparece la señora María Josefina Peña Van-Strahlen como propietaria del inmueble donde funcionan los programas del pensionado y otro donde la misma señora aparece como representante de Cajanal EICE. Este documento fue entregado el día 1 de febrero de 2007 por el señor Luis Eduardo Chacón, representante de RCN Televisión. Al preguntar por la existencia de dos documentos relacionados con el mismo convenio, el señor Chacón argumenta que la señora Josefina le pidió a RCN cambiar el documento inicial el día 29 de noviembre de 2006.

(...)

3. En la cláusula tercera, valor y forma de pago. Como contraprestación por el uso del inmueble RCN Televisión se compromete a pagar por cada día de grabación la suma de \$1.000.000 el mismo día de la grabación con cheque girado a favor de la propietaria.

(...)

5. En la cláusula quinta. Obligaciones de la propietaria o representante de Cajanal EICE se compromete a que los días de grabación de escenas de la obra, no se dicten clases en el inmueble objeto del convenio, con el fin de que el equipo técnico, artístico y de producción de RCN Televisión, tenga disponibilidad de todas las áreas del inmueble.

(...)

7. Los dineros recaudados por efectos del convenio eran consignados en una cuenta personal de la señora María Josefina Peña Van-Strahlen (...) estos pagos ascienden a la suma de \$19.500.000 hasta el día 29 de noviembre de 2006, a estos pagos se les aplicó una retención de 4.466%, percibiendo un ingreso efectivo de \$18.591.300. De acuerdo con los documentos contenidos en la carpeta recibida, estos dineros fueron utilizados para el mantenimiento de la casa, las fiestas celebradas en el año 2006 y algunos elementos comprados para los diferentes programas.

El monto de la relación de compras y gastos realizados con este dinero es de \$14.661.752 la diferencia es de \$3.929.548.

²³ Folio 283 del cuaderno No. 3

²⁴ Folios 13 a 16 del cuaderno principal.

(...)

Entre los elementos comprados en el mes de noviembre de 2006, aparece una fotocopidora multifuncional marca Lexmark, por valor de \$446.600, a la firma Todo partes. El día 21 de febrero de 2007 fue necesario buscar asistencia técnica para la instalación de dicha impresora, ya que no se encontró el CD correspondiente, se procedió a ubicar telefónicamente al proveedor pero como no fue posible se tomó la decisión de enviar al señor Edison Araujo a la dirección que aparece en la factura, con la sorpresa de que no existe tal almacén. Se consultó con el 113 y este nombre corresponde a un almacén de repuestos para vehículo. Además el precio pagado por la impresora no corresponde al real en el mercado.

(...)

También se tiene un documento donde se hace un anticipo de \$1.000.000 por concepto de suministro e instalación de ventanas correspondientes al ítem 4.1 del presupuesto de adecuación salón de aeróbicos en la casa localizada en la carrera 6 No. 34-51. Este presupuesto no se encuentra en la carpeta. Se habló telefónicamente con el ingeniero Fernando Guevara Cortés quien manifestó tener los hierros requeridos para las ventanas porque nunca se realizó el trabajo.

En la carpeta reposan dos facturas a nombre de JC Turismo la numero 0442 con fecha 05/09/06 por valor de \$6.407.000 por concepto de salidas culturales y recreativas los días 28, 29, 30 y 31 de agosto de 2006 y la número 0523 con fecha 17/11/06 por valor de \$500.000 por concepto de abono a saldo pendiente. De acuerdo a conversación sostenida con la señora Sandra Mayerly Fajardo, representante de JC Turismo de este evento todavía se deben \$148.000, la misma señora manifestó que para estas salidas recreativas cada participante aportó \$12.000.000 lo que representa el recaudo de \$3.228.000, lo que significa que con recursos del convenio RCN Televisión solo se pagaron \$6.907.000 como aparece en la relación de gastos contenida en la carpeta.

Las puertas de una de las habitaciones de la casa se encuentran deterioradas por causa del préstamo de espacio a una persona particular para la grabación de un documental, supuestamente el señor tiene el compromiso de arreglarlas pero a la fecha él no se ha hecho presente para mirar cómo se va a gestionar esta reparación, ha enviado a un pintor para que se encargue del asunto, por recomendación del área de recursos físicos estas puertas requieren un tratamiento especial para volverlas a su estado original, no es simplemente pintarlas.

En atención a lo anterior, mediante Auto de 13 de marzo de 2007, el Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., dio apertura de investigación disciplinaria en contra de la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, en su condición de profesional especializada con funciones de Coordinadora y/o Líder del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. – Casa de la Tercera Edad²⁵.

²⁵ Folio 93 del cuaderno principal.

El 4 de mayo de 2007, la señora María Josefina Peña Van-Strahlen rindió su versión libre, en la que sostuvo²⁶:

(...) Preguntado. Indique si usted ejerció funciones como Coordinadora del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. al interior de la Casa de la Tercera Edad, para que en caso tal especifique durante qué tiempo, bajo qué calidad y cuáles eran las tareas que desarrollaba al respecto. Contestó. Estuve en la Casa de la Tercera Edad como coordinadora desde el mes de febrero de 2003, como la investigación disciplinaria se basa en los hechos ocurridos en el año 2006 durante esa época seguía ocupando el cargo de Coordinadora del Programa del Adulto Mayor de Cajanal, desde el mes de enero de 2006 hasta el 31 de julio de 2006, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y del 01 de agosto de 2006 al 22 de noviembre 2006 ocupando el cargo en planta como Profesional Especializado 3010-19. Desde que asumí la coordinación 2003 en Cajanal no existía presupuesto para el manejo para el programa, nunca se creó una caja menor, no existía reglamentación ni procedimientos, ni manual de funciones donde se plasmará el manejo administrativo de la casa de la tercera edad más si procedimientos reiterativos informales que venían de otras administraciones para la obtención de fondos que se convirtieron en costumbre, razón por la cual para el normal desarrollo e implementación del programa corría por cuenta de la coordinación generar sus propios recursos a través de actividades como fiestas, minitecas, grabaciones de comerciales y telenovelas con la debida autorización de la gerencia general de Cajanal E.I.C.E. Preguntado. Indique a este despacho si usted como Coordinadora del área en mención celebró convenios con programadoras de televisión para la grabación de seriados, novelas y/o documentales para que en caso afirmativo especifique con cuales de ellas, con base en facultades y el amparo de qué condiciones. Contestó. Durante el año de 2006 se realizó un convenio con la programadora de televisión RCN para la grabación de la telenovela hasta que la plata nos separe, con la debida autorización y visto bueno de la doctora Victoria Rosa López Colón gerente general de Cajanal para aquella época. Actúe en ese convenio en representación de Cajanal propietaria del inmueble. Las condiciones fueron consignadas en el correspondiente documento. Preguntado. Indique a este despacho si una de las firmas aparecen en el convenio de fecha 3 de febrero de 2006 celebrado con RCN Televisión – cuyo se le pone de presente (...) Contestó. Si me pertenece en la que aparece la acotación como propietaria. Preguntado. Con relación a este mismo interrogante identifica como suya una de las firmas que aparecen en el convenio celebrado con RCN según documento reposante (...) Contestó. Si en la que aparezco como representante de Cajanal E.I.C.E. propietario del inmueble. Preguntado. Cómo se explica el hecho de que en estos convenios de la misma fecha aparezca su firma como propietaria en el primero de ello y en segundo como representante de Cajanal E.I.C.E entidad propietaria del inmueble. Contestó. El convenio de locación con RCN Televisión para grabar la telenovela hasta que la plata nos separe, fue redactado y elaborado por RCN, aparecen dos convenios de locación, el primero de ellos donde aparezco como propietaria fue devuelto a la programadora – no recurso el día – para su corrección, toda vez que se observó un error al denominarme como propietaria del inmueble, por ese motivo fue devuelto a la programadora y se solicitó el cambio como aparece en el segundo convenio quedando aclarado que María Josefina (...) se

²⁶ Folios 4 a 10 del cuaderno principal.

denominará en el convenio de locación representante de Cajanal E.I.C.E propietario del inmueble. Este error lo advertí de manera inmediata, cuando ya lo había suscrito y lo leí con detenimiento observé el error y lo devolví. Ellos entonces lo corrigieron como quedó en el segundo convenio, a este mismo respecto quiero hacer mención del auto de apertura No. 299 del 13 de marzo de 2006 (sic) por el cual se dio inicio de investigación disciplinaria (...) el cual dice refiriéndose '(...) a la aparente suscripción y elaboración de convenios con la empresa RCN Televisión (...) habida cuenta del hallazgo de dos ejemplares de convenios diferentes en los que la servidora pública María (...) se acredita como representante legal de Cajanal' contrario a esta afirmación en el convenio de locación con RCN, queda establecido que yo actué en representación de Cajanal E.I.C.E. propietario del inmueble para la firma del convenio con RCN y no como representante legal ya que dicha responsabilidad compete al gerente general de Cajanal E.I.C.E, motivo por el cual se solicitó a la Dra. Victoria Rosa López Colón gerente para la época de los hechos su autorización y visto bueno para celebrar dicho convenio. Preguntado. Bajo que condición obró usted entonces para suscribir estos convenios, que recursos fueron obtenidos, en donde fueron depositados y cuál fue su destinación. Contestó. Como ya lo indique obre con la autorización y visto bueno de la gerente. Los recursos obtenidos como donación destinada al desarrollo del programa de adulto mayor – consecución de materiales, fiestas, paseos, etc, - se les planeó hacer un gimnasio. Para este fin se abrió una cuenta en (...) Davivienda a nombre mío, toda vez que los dineros se giraban a mi nombre y consignados al primer beneficiario y era por ello que no se podría abrir a nombre de Cajanal. En Davivienda quedó estipulado que los dineros provenían de las grabaciones que RCN Televisión estaba realizando en la Casa de la Tercera Edad, en los movimientos de cuenta pudieron haberse manejado unos \$15.000.000, ya que estos recursos se invertían permanentemente en el desarrollo del programa. (...) Preguntado. A raíz del convenio que se celebró con la programadora RCN Televisión indique durante qué tiempo perduró, cuales fueron específicamente las áreas cedidas y en qué horarios, habida cuenta de las actividades que cotidianamente podían efectuarse a favor de los pensionados de la entidad. Contestó. Tenía una duración de un año y si era su deseo prorrogarlo ellos se encargaban de solicitarlo directamente con la gerencia general, les fueron cedidas las dos salas del primer piso y una oficina, y solo las ocupaban cuando había ligar a las grabaciones, ellos mismos se encargaban de montar y desmontar la decoración. Preguntado. Qué tipo de control y/o informes realizaba usted para mantener al día las cuentas y el buen uso y destinación de los recursos recaudados en los convenios celebrados con las programadoras, particularmente con RCN. Contestó. De pronto yo pensé efectuar un informe final a la culminación del convenio pero cuentas al día no porque los gastos eran continuos e imprevistos. Con Caracol existió un acuerdo en el año 2005 para la ocupación de una oficina pero solo fue por una sola oportunidad, para la grabación de apartes de la novela por amor a gloria y de ello no aparece soporte documental que da cuenta del recibo de una suma por concepto de donación en cuantía de \$500.000. esta donación fue destinada a la recuperación del piso y goteras de una de las oficinas de la casa de la tercera edad que se encontraba en pésimo estado y que era necesario ponerla en funcionamiento con el fin de mejorar las condiciones en que se desarrollaban las actividades del programa. (...) Preguntado. Sujetos al interrogante anterior qué uso se dio a los mentados recursos frente a las actividades recreativas que fueron contratadas con la firma JC Turismo. Contestó. El programa para el adulto mayor de Cajanal E.I.C.E., además de

sus clases de educación no formal también se realizaba otras actividades de tipo cultural y recreativo, entre estas actividades se visitaban museos, iglesias, se iba a teatro, se organizaban paseos entre otras. En la casa de la tercera edad, se contaba con la colaboración de varias agencias de viajes entre ellas Viajes Paraíso y JC. Turismo, con las cuales se organizaban de manera periódica paseos (...) estas actividades siempre fueron independientes al programa de capacitación no formal que se dictaba en el programa para el adulto mayor. En el año 2006 para la celebración del mes del adulto mayor, con el dinero donado por RCN a través del convenio de locación y con el apoyo de JC Turismo se planeó un ciclo de salidas recreativas (...) para la realización de esos eventos los pensionados aportaron un valor de \$12.000 para cubrir los gastos de sus invitados y familiares que no pertenecían directamente al programa. (...) Preguntado. Indique a este despacho que gestión desarrolló para la adecuación y/o mejora de las instalaciones particularmente en lo que respecta a la instalación de ventanas y adecuación de salón de aeróbicos, y en qué estado fueron recibidas dichas obras. Contestó. Con parte de los dineros obtenidos del convenio se planeó la construcción de un salón para aeróbicos y danzas que quedaría ubicado en el garaje de la casa que se encuentra totalmente lleno de basura y escombros, para darle utilidad a este espacio y optimizar el programa del adulto mayor se pidieron tres cotizaciones – las cuales aportaré a este proceso – donde se especificaba cuanto costaba la obra. Se aprobó una de ellas por ajustarse al presupuesto. El arquitecto encargado de este proyecto – Fernando Guevara – me preguntó que cuando podía comenzar las obras toda vez que los materiales subían y no quería cambiar el valor de la cotización. Le contesté que las obras no se podían iniciar hasta tanto no terminara el convenio con RCN porque no se podían cambiar las fachadas o la estructura, entonces me comentó que el hierro iba a subir –con lo que se pretendía cambiar las puertas de los garajes que se encontraban oxidadas y amarradas con alambre- y la única solución que vimos viable para conservar el valor de la cotización era comprar el hierro y guardarlo hasta que se pudiera hacer la obra y para la compra del hierro se entregó \$1.000.000 para lo cual acuso recibo. La obra como tal no pudo culminarse. (...) Preguntado. Indique a este despacho en qué condiciones se ejecutó la compra y/o adquisición de una fotocopiadora multifuncional marca Lexmark, cuál fue su proveedor y que garantía y/o asistencia se acordó para su adecuado funcionamiento. Contestó según consta en los inventarios de Cajanal E.I.C.E., la impresora fue comprada con el dinero donado por el convenio de locación RCN al señor Efraín Robayo quien expidió una factura de compra por la suma de \$446.600 con la razón social ‘Todo partes’ (...) me comuniqué con el señor Robayo el cual me informó que había liquidado el negocio y que ya no se encontraba despachando en ese lugar, pero que con el mayor gusto acudiría a realizar la asistencia técnica que se requiriera. (...) Preguntado. Desea agregar o enmendar algo a la presente diligencia. Contestó. Es del caso anotar que para el funcionamiento del programa para el adulto mayor de Cajanal E.I.C.E. se requerían los mínimos elementos (...) los que nunca fueron suministrados por la entidad. El programa no contaba con un computador hasta que se obtuvo a través de una donación, como igual aconteció con un televisor, la impresora, el equipo de sonido, el microcomponente, etc, todos ellos obtenidos a través de donaciones como consta en los inventarios.

A través de Auto de 30 de enero de 2008, el Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E. formuló pliego de cargos en contra de la señora María Josefina

Peña Van-Strahlen, en su condición de profesional especializado, Código 3010, Grado 19 con funciones de Coordinadora y/o Líder del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. – Casa de la Tercera Edad, imputándole la comisión de una falta grave por incumplimiento de deberes y prohibiciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 34 numerales 1, 2, 21, 22, 24 y 25, y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002²⁷.

Posteriormente, mediante Auto de 7 de noviembre de 2008, el Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., varió el pliego de cargos formulado, así²⁸:

(...) para la época de los hechos, tipifica su conducta en las causales de falta disciplinaria que a continuación se exponen:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Lo anterior en el entendido de que atribuyó calidades del todo infundadas – llámese propietaria y/o representante legal de Cajanal E.I.C.E. para celebrar convenio con la programadora RCN, cuyos efectos nocivos no solo se hicieron latentes desde el instante de su suscripción y durante su permanencia en la institución, sino que además hicieron posible la percepción a mutuo propio de dineros que por su misma fuente se predicaban de propiedad de Cajanal E.I.C.E., agravado en el vacío e imprecisión que se palpa respecto de su verdadero destino, además de la no claridad en el cruce de cuentas y la carencia de soportes contables.

Situación que dejó al descubierto la falta de diligencia y/o cuidado en el ejercicio de la gestión que como coordinadora de la Casa de la Tercera Edad de Cajanal E.I.C.E. le fuera confiada, las cuales exigían de su parte el máximo de atención y vigilancia para la puesta en marcha de los programas para el bienestar de los pensionados de la Institución, sin que bajo esta óptica se encontrara habilitada para suscribir documento alguno que legalmente comprometiera a la entidad ni que recibiera dineros por su propia cuenta y riesgo desconociendo en prevención los conductos regulares, los métodos y los procedimientos institucionales para la legalización de dichas sumas.

2. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del estado o a cargo del mismo (...) cuya administración y custodia se la haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a 500 salarios mínimos legales mensuales (...)

Causal que puntualmente se sustenta en la disparidad que se detectó entre los recursos cancelados por la programadora RCN (\$32.500.000) y aquéllos que realmente ingresaron a la tesorería de la institución (\$9.000.000), elementos ‘donados’ registrados como compra, valor sobrestimado en la compra de fotocopiadora – cuyo proveedor por demás se desconoce, registro de gastos por la suma de \$6.407.000 cancelados a la firma J.C. Turismo sin contar con el sustento necesario y con saldo pendiente para cubrir, faltantes de elementos carentes de los respectivos denuncios que justifiquen su

²⁷ Folios 93 a 109 del cuaderno principal.

²⁸ Folios 151 a 168 del cuaderno principal.

aparente pérdida por hurto y/o extravío, cancelación de anticipo por concepto de adecuación del salón de aeróbicos sin los respectivos soportes de legalización presupuestal y deterioro físico sufrido al interior de las instalaciones cifrado en el daño causado por terceros a una de las puertas de habitación sin que se tenga conocimiento del más mínimo hallazgo que precie el agotamiento de los trámites de reclamo y posterior arreglo.

(...)

Forma de culpabilidad

Dando alcance a lo expuesto en los acápites que anteceden, queda claro que las conductas presuntamente lesivas derivadas del comportamiento de la implicada (...) revistieron culpa gravísima, reflejada en la falta de previsión del resultado previsible, medida en la omisión subjetiva encaminada a la afectación del bien jurídico protegido como lo es el ejercicio de la función pública y el respeto por las garantías que el mismo ordenamiento consagra para la protección de los intereses estatales, aun a expensas de la descripción de los deberes y prohibiciones que taxativamente fueron consagradas en el régimen disciplinario vigente.

Dentro del término legal, la señora María Josefina Peña Van-Strahlen presentó sus descargos²⁹.

A través de Auto No. 000305 de 8 de octubre de 2009, la Oficina de Control Interno de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, en primera instancia, declaró responsable disciplinariamente a la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, en su condición de profesional especializado, Código 3010, Grado 19 con funciones de Coordinadora y/o Líder del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. – Casa de la Tercera Edad, sancionándola con destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de 10 años³⁰. Lo anterior, con base en las siguientes pruebas³¹:

- Oficio de 16 de enero de 2006, emitido por la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, como coordinadora de la Casa de la Tercera Edad de Cajanal E.I.C.E., dirigido a la Gerencia General de la entidad, en el que solicitó el visto bueno «para servir de intermediaria ante las programadoras que requieran el uso de dependencias de la Casa de la Tercera Edad para la filmación de audiovisuales, cuyo procedimiento según su dicho consistiría en recibir aportes, registrarlos debidamente en los libros de contabilidad de la Casa (...), los cuales se someterían a verificación de las personas que designen las Asociaciones de Pensionados – Comité de Veeduría, cuyos

²⁹ Folios 173 a 187 del cuaderno principal.

³⁰ Folios 188 a 215 del cuaderno principal.

³¹ No se señalaron los folios de las pruebas a las que se hará referencia, en tanto que estas no se encuentran dentro de los documentos obrantes en el expediente, sino que están enlistadas en el fallo de primera instancia.

recursos que demás se destinarían a la adquisición de elementos y mejoras a las instalaciones de la referida sede; soporte cuyo visto bueno se encontraba sujeto a la siguiente anotación en manuscrito: 'Dra. Peña por favor revisar el contrato cuando sea pertinente con el jurídico'».

- Escrito de fecha de 30 de marzo de 2006, suscrito por la señora María Josefina Peña Van-Strahlen en el cual constata «el recibo a título de donación de un televisor de marca LG pantalla plana de 21 pulgadas como contraprestación de la grabación de Floricienta el 21 de marzo de 2006 con lo cual se beneficiara el desarrollo del programa del adulto mayor de Cajanal E.I.C.E.; elemento que a contrario sensu aparece reportado a título de compra en la relación de informe audiovisuales de 2006 de la Casa de la Tercera Edad de Cajanal E.I.C.E., según factura 791211 por valor de \$489.900 de fecha 30 de marzo de 2006».
- Oficio No. OCIG-1219 de 19 de diciembre de 2006, proferido por la asesora de la Gerencia General con funciones de Control Interno de Gestión de Cajanal E.I.C.E, en el que se señaló que «revisados los archivos que recientemente fueron entregados, no se observa informe de gestión alguno atinente al Programa del Adulto Mayor años 2005 y 2006».
- Oficio de 8 de febrero de 2007, suscrito por el representante legal de RCN Televisión, en el que se afirmó que «dicha programadora tan solo celebró un convenio con Cajanal el 3 de febrero de 2006 apareciendo María Josefina Peña Van-Strahlen como propietaria del inmueble, cuya situación fue subsanada con la autorización dada por la Gerencia General de la Entidad con el oficio de fecha 16 de enero de 2006 y que en tal sentido se acordó el pago de \$1.000.000 por grabación cancelándose hasta la fecha de este documento – 8 de febrero de 2007 – la suma de \$32.5000.000 de acuerdo a las cuentas de cobro (...)».
- Oficio No. 84111 sin fecha, emitido por la Contraloría General de la República, «en donde se hace manifiesto el adelantamiento de una visita fiscal adelantada al interior de la Casa de la Tercera Edad el 10 de mayo de 2007 con el fin de conocer los libros contables de los años 2005 y 2006 en donde se relacionen los ingresos causados por el arrendamiento de dicho inmueble y donaciones recibidas – entre otros – detectándose irregularidades en el manejo de los recursos al no estar debidamente

relacionados, carencia de soportes que justifiquen los gastos efectuados y manejos de recursos en cuentas personales de la encargada de coordinar dicha sede».

- Oficio No. GTP-597 de 12 de mayo de 2008, suscrito por el tesorero general (E) de Cajanal E.I.C.E. a través del cual se señala: «los recursos que pertenecen e ingresan a la entidad, deben ser manejados a través de las cuentas bancarias a nombre de la institución a través de la Tesorería General, cuya utilización debe programarse bajo la denominación de 'presupuesto de gastos' por ende solo se autoriza el manejo de recursos al personal ajeno a la Tesorería para el caso de las cajas menores, previa autorización otorgada mediante acto administrativo emitido por la Gerencia General y con la consecución de la apropiación presupuestal».
- Oficio No. GP-019 de 14 de mayo de 2008, suscrito por el Líder del Grupo de Presupuesto, en el que afirma que «de acuerdo a la programación presupuestal en rubro denominado 'bienestar social del pensionado' el cual corresponde a servicios sociales complementarios para la tercera edad en materia de educación, cultura, recreación, turismo y de preparación a la jubilación dirigido tanto a pensionados como a prepensionados; ejecución presupuestal que se maneja de acuerdo al Estatuto Orgánico de Presupuesto en cabeza del ordenador del gasto».
- Oficio No. 3108 de 19 de mayo de 2008, emitido por el jefe de la oficina Asesora Jurídica de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, en el que sostiene que al interior de dicha dependencia no aparece ningún antecedente que dé cuenta de las consultas jurídicas elevadas por la señora María Josefina Peña Van-Strahlen en relación con el convenio suscrito con RCN.
- Oficio No. 9715 de 22 de mayo de 2008, proferido por la Jefatura del Departamento de Procesos Masivos de Davivienda, en la cual se indica que la señora María Josefina Peña Van-Strahlen:

(...) a la fecha reporta la cuenta individual No. 006400606932 que no pertenece a nómina ni pensionados, no registrando ninguna otra cuenta de ahorros ni corriente; información a la cual se anexaron los correspondientes

extractos desde la fecha de su apertura a partir del 01 de julio de 2006, destacándose desde el mes de agosto a noviembre de 2006 los siguientes movimientos.

1. Del 01 al 31 de julio de 2006. Saldo anterior: 0 Más: Créditos: \$6.299.791.78 Menos: Débitos: \$6.038.400. Nuevo saldo: \$261.391.78.
2. Del 01 al 31 de agosto de 2006. Saldo anterior: \$261.391.78 Más: Créditos: \$2.911.053.52 Menos: Débitos: \$2.259.860. Nuevo saldo: \$912.585.30.
3. Del 01 al 30 de septiembre de 2006. Saldo anterior: \$912.585.30 Más: Créditos: \$3.802.394.27 Menos: Débitos: \$1.000.660.00 Nuevo saldo: \$3.714.319.57.
4. Del 01 al 31 de octubre de 2006. Saldo anterior: \$3.714.319.57 Más: Créditos: \$2.548.42 Menos: Débitos: \$809.900.00. Nuevo saldo: \$2.906.967.99.
5. Del 01 al 31 de noviembre de 2006. Saldo anterior: \$2.906.967.99 Más: Créditos: \$5.022.382.19 Menos: Débitos: \$7.898.852.05 Nuevo saldo: \$30.498.13.

- Oficio de 24 de junio de 2008, suscrito por el representante legal suplente de RCN Televisión dirigido a la Oficina de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., en Liquidación, en el que indica que «las grabaciones de la novela ‘hasta que la plata nos separe’ en el inmueble ubicado en la carrera 6 No. 34-51 de esta ciudad fueron iniciadas el 20 de marzo de 2006, indicando de manera discriminada la totalidad de los pagos que fueron efectuados a María Josefina Peña Van-Strahlen, particularmente para el tiempo comprendido entre los meses de agosto a noviembre de 2006».

- Declaración rendida el 20 de junio de 2008 por el señor Juan Fernando Urueta López, en la que adujo:

Se firmó la utilización del inmueble ubicado en la carrera 6 No. 34-51 de Bogotá en el que aparecía la señora María Josefina Peña Van-Strahlen como propietaria. La información que tengo es que posteriormente se aportó una carta de autorización para que la citada señora (...) actuara como intermediaria de Cajanal por cuanto el inmueble referido era de propiedad de cajanal E.I.C.E. Me permito aportar una copia de dicha autorización de fecha 16 de enero de 2006, razón por la cual fue necesario elaborar un nuevo documento que firmó María Josefina en representación de Cajanal. Por esta razón existen dos contratos. De acuerdo con una revisión de algunos documentos que me presentaron en mi oficina, unos pagos aparecen a nombre de la señora María Josefina y otros a Cajanal (...).

- Declaración presentada el 26 de agosto de 2008, por la señora Claudia Patricia Vélez Tobón, en la que aseveró:

A mí me asignaron la coordinación de la casa del pensionado, eso implica la organización de los talleres que se ofrecen, la responsabilidad sobre las instalaciones físicas y lo que allí se encuentra, ninguna concesión para firmar contratos ni acuerdos ni convenios, no manejo recursos financieros, porque solo se tenían asignados por presupuesto de Cajanal \$4.000.000 que solo debían ser utilizados para la capacitación de los pensionados y los talleres pero no para eventos sociales ni salidas recreativas ni nada de eso. Tampoco tenía autorización para manejar los recursos de ellos, ya que ellos son los que costean los talleres por cuanto los \$4.000.000 de presupuesto no alcanzaban. Además respondo por el inventario, por la labor del personal de aseo, eso básicamente como coordinadora de la casa, no estoy tampoco autorizada para abrir cuentas, la cuenta bancaria se encuentra abierta a nombre de los pensionados (...) nunca le he impedido el acceso a dicha señora. (...) la señora nunca se acercó a mí para pedirme que le permitiese verificar archivos, documentos ni absolutamente nada. De hecho nunca se presentó para este propósito (...).

- Declaración rendida el 1 de septiembre de 2008, por parte de la señora Victoria Rosa López Colón, en la que mencionó:

Yo autoricé las negociaciones que pudieran realizarse con las distintas empresas que pudieran estar interesadas en la casa y para ello autoricé a la Dra. Josefina para las negociaciones, es decir, a que ejerciera todo lo relacionado con la logística y valores que se hubieran podido ofrecer o cobrar por el uso de la casa considerando e incluso con el documento que tengo a la vista y al cual le puse el visto bueno, era algo que se venía haciendo con anterioridad. Ya lo expliqué anteriormente y que cualquier trámite fuera concertado y valorado por el jurídico para actuar conforme a derecho como se venía haciendo en la entidad, yo no volví a preocuparme por la negociación ni como se realizó, porque justamente la delegación hacía que yo confiara plenamente en los trámites que se hacían en la entidad (...) en ningún momento me detuve a autorizar expresamente procedimientos sobre la firma sobre el convenio por cuanto si no era yo el que lo iba a firmar el detalle le correspondía a quien tenía la delegación para la revisión del trámite que correspondiera (...)

Mediante Resolución No. 0285 de 26 de febrero de 2010, el liquidador de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, en segunda instancia, confirmó la decisión inicial³².

Por Resolución No. 0322 de 11 de mayo de 2010, el liquidador de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, ejecutó la sanción disciplinaria impuesta a la señora María Josefina Peña Van-Strahlen³³.

3. Caso concreto

³² Folios 246 a 281 del cuaderno principal.

³³ Folios 454y 455 del Anexo No. 2.

3.1. Análisis integral de la actuación disciplinaria, dentro del proceso contencioso administrativo

En primer término la Sala considera indispensable precisar que el control de legalidad de los actos de carácter sancionatorio y de los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, comporta un control judicial integral. Así lo sostuvo recientemente la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de unificación:

b) El control judicial integral de la decisión disciplinaria - criterios de unificación-. El control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos disciplinarios, es integral. Ello, por cuanto la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales.

(...)

Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva³⁴.

En consecuencia, el estudio integral de los actos disciplinarios cuestionados en esta controversia, se hará dentro del marco planteado en la sentencia previamente transcrita.

3.2. Violación del derecho al debido proceso

³⁴ Sentencia del 9 de agosto de 2016, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, consejero ponente: William Hernández Gómez, referencia: 11001032500020110031600, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz.

Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio.

La Corte Constitucional respecto al mencionado derecho, ha manifestado que en materia disciplinaria las actuaciones deben estar acordes, en garantía de un orden justo, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales del investigado y el control de la potestad estatal disciplinaria³⁵.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el «conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con

³⁵ Sentencia C-708 de 22 de septiembre de 1999, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas»³⁶.

Frente a este cargo, la demandante sostuvo que el operador disciplinario al variar el pliego de cargos, agravó la imputación de la falta que se le había hecho en un principio, vulnerándole así el derecho al debido proceso.

3.2.1. De la formulación de cargos

El operador disciplinario procede a formular cargos al servidor público cuando surtida la etapa de indagación y la posterior de investigación, cerrada esta última, se encuentran objetivamente demostrados hechos que pueden constituir faltas disciplinarias, las cuales, a su vez, están tipificadas en disposiciones legales; así como porque aparecen elementos que demuestran la posible responsabilidad de dicho funcionario en su comisión, sin que de otra parte estén acreditadas a su favor causales de exclusión de responsabilidad.

Ahora, en el auto de formulación de cargos deben establecerse los siguientes elementos: «La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó; Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta; La identificación del autor o autores de la falta; La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta; El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados; La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código; La forma de culpabilidad; y El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales»³⁷.

En cuanto al Auto de Formulación de Cargos, el Consejo de Estado en la Sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente No. 1817-04, consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, manifestó lo siguiente:

(...)el Auto de Formulación de Cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el

³⁶ Sentencia C- 341 de 4 de junio de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

³⁷ Artículo 163 de la Ley 734 de 2002.

órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cuál es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa. (...).

Por su parte, el inciso final del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, prevé que «el pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original».

Al respecto, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de dicha norma, manifestó³⁸.

En primer lugar, la calificación que se realiza en el pliego de cargos es provisional, y es de su esencia que así sea. En efecto, la finalidad del proceso disciplinario es la de esclarecer lo ocurrido, buscar la verdad real y formular un reproche en tal sentido. De lo anterior se desprende que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso.

En segundo lugar, el carácter provisional de la calificación de una falta disciplinaria se aviene con la garantía del debido proceso, toda vez que mantiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto a la falta por la cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante el fallo disciplinario por medio del cual se impone una determinada sanción.

Así, si bien es cierto la ley permite la variación del pliego de cargos, ello no implica la sustitución total de la imputación inicialmente formulada, pues la conducta no puede ser modificada.

Ahora bien, tal variación solo puede realizarse hasta antes del fallo de primera o única instancia, se debe notificar al implicado y permitir que ejerza su derecho de defensa y contradicción, y no puede sustituir en su integridad, el pliego de cargos inicialmente formulado de modo que no se sorprenda al implicado con una imputación diferente al momento de emitir el fallo.

En todo caso, incluso en el evento en que haya variación del pliego de cargos, siempre que se cumplan las formalidades que la ley exige para el ejercicio del

³⁸ Sentencia C-1076 de 2002, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

derecho de defensa y contradicción del implicado, ésta haría parte integral del pliego de cargos inicialmente formulado y las dos decisiones deberán estar en plena armonía y consonancia con el fallo disciplinario, so pena de declarar inválida la actuación por violación del derecho al debido proceso del disciplinado.

Al analizar el asunto sometido a consideración se observa que el Grupo de Control Interno Disciplinario, mediante Auto de 30 de enero de 2008, consideró que, presuntamente, la señora María Josefina Peña Van-Strahlen había incurrido en una falta grave por el incumplimiento de deberes y prohibiciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 numerales 1, 2, 21, 22, 24 y 25, y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002. Lo anterior, bajo el siguiente análisis³⁹:

1. La falta de diligencia y/o prudencia en el ejercicio de las funciones que como Coordinadora de la Casa de la Tercera Edad de Cajanal E.I.C.E. le fueron confiadas, las cuales exigían de su parte el máximo de atención y vigilancia para la puesta en marcha de los programas diseñados para el bienestar de los pensionados de la institución, sin que bajo esta óptica se encontrara habilitada para suscribir acuerdo y/o convenio alguno en el que se comprometiera la razón social de la institución, así como tampoco el recaudo de los recursos que de estos mismo podían derivarse como efectivamente se observó respecto de los convenios suscritos en conjunto con las programadoras de televisión RCN y Canal Caracol, sobre las cuales se otorgó la posibilidad de utilizar dichas instalaciones, sin prever que dichos acuerdos podían representar la afectación para el adecuado desarrollo de las actividades previamente programadas para el beneficio de los pensionados de Cajanal E.I.C.E.
2. La falta de precaución y cuidado en el adelantamiento de los procesos de adquisición de equipos y/o suministros con los cuales podía contar la Casa de la Tercera Edad adscrita Cajanal E.I.C.E. para el satisfactorio logro de las metas propuestas en los programas de bienestar, habida cuenta de las extrañas condiciones en que se efectuó la compra de una fotocopidora multifuncional marca Lexmark, la carencia del total de los soportes que justificaran la adquisición total de elementos de fisioterapia y cancelación de unos anticipos por concepto de adecuación del salón de aeróbicos sin soportes de legalización de índole presupuestal.
3. La falta de interés de reparación de daños causados por terceros al interior de las instalaciones de la Casa de la Tercera Edad, sumado a la omisión en la conservación de bienes muebles y/o equipos que por razón de su destinación se entendían inherentes a la ejecución de los programas de bienestar diseñados a favor de los pensionados de la institución; imputación que se funda en el daño y/o deterioro físico sufrido al interior de las instalaciones, particularmente en una de las puertas (...).

Posteriormente, a través de Auto No. 2561 de 7 de noviembre de 2008, el Grupo de Control Disciplinario Interno de Cajanal E.I.C.E., varió el pliego de cargos, considerando que la disciplinada con su conducta había incurrido en la falta

³⁹ Folios 93 a 109 del cuaderno principal.

gravísima consagrada en el artículo 48 numerales 1 y 3 de la Ley 734 de 2002, a título de culpa gravísima, con base en el siguiente análisis:

Vale decir entonces que la doctora María Josefina Peña Van-Strahlen ejecutó conductas de apropiación con relación a los recursos arriba discriminados, al suscribir con su puño y letra los respectivos recibos de cancelación de sumas y de aceptar que los títulos valores que para ese mismo propósito fueron girados aparecieran también a su nombre, precisamente por la calidad que infundadamente se atribuyera como propietaria del inmueble y/o como representante legal de la entidad, sin ostentar las condiciones mínimas.

Asunto que se entiende aún más gravoso sobre la base de que esta misma implicada carecía en toda su extensión de las facultades de representación institucional y de aquellas relativas a la 'ordenación del gasto', pues su vinculación como profesional, tan solo le impartía el deber de adelantar labores de control y coordinación al interior de dicha sede –sujetas a las directrices impartidas por las directivas de la entidad – más no el de forjarse atribuciones que no eran inherentes a su clase de vinculación como contratista ni al cargo oficial al cual accedió con posterioridad, y menos aun cuando al interior de la entidad efectivamente se contaba con la estructura y el dispositivo financiero y contable que como tal se encargaba de agotar los procesos de recaudo y legalización de los recursos económicos generados a favor de la institución y a los que sin duda alguna debieron someterse los recursos que por concepto de alquiler del inmueble fueron cubiertos por RCN.

Así mismo no se acredita ni advierte de manera alguna, sobre la existencia de soportes contables que diáfamanamente confirmen el destino que se brindó al total de los recursos en cuestión, pues en el plenario tan solo reposa una relación que presuntamente no se ajusta a la realidad, dados los hallazgos que a título de inconsistencia fueron detectados por la Contraloría General de la República en la visita efectuada el 10 de mayo de 2007 y que se resumen en aspectos tales como: 1. Que de los \$32.500.000 que RCN canceló por concepto locación para grabación, se registran solo \$9.000.000 como ingreso a Tesorería de Cajanal. 2. Se relacionan elementos comprados cuando realmente se trata de donaciones por contraprestación (...). 3. Valor sobreestimado en la compra de una fotocopiadora, cuyo proveedor asimismo desconoce. 4. Registro de gastos por la suma de \$6.407.000 cancelados a la firma JC Turismo, cuando supuestamente los pensionados cubrieron este mismo valor con el aporte de cuotas. 5. Falta de soportes que acrediten la adquisición de elementos de fisioterapia. 6. Faltantes en elementos reportados como hurtados sin contar con los respectivos denuncios. 7. Cancelación de un anticipo por concepto de adecuación del salón de aeróbicos sin los respectivos soportes de legalización presupuestal destinada para tal fin, desconociéndose el resultado final de esta gestión. Y 8. Deterioro sufrido al interior de las instalaciones, particularmente en una de las puertas (...)

Variedad de conductas que no solo tienen su incidencia en el ámbito disciplinario, sino que además pueden llegar a repercutir potencialmente en comportamientos catalogados como delitos de modalidad dolosa cuya calificación sin duda alguna resulta ser de exclusivo resorte y decisión de la competencia en materia penal, pero que para el propósito trazado en este pliego apuntan de manera objetiva y presunta a conductas descritas en el Código Penal referentes al peculado por apropiación (...) peculado por uso (...) y peculado culposo (...) además de usurpación de funciones públicas (...) simulación de investidura o cargo (...) y abuso de función pública,

además de falsedad ideológica en documento público (...) y falsedad en documento privado (...).

Así las cosas, se observa que si bien la formulación de cargos fue variada por el operador disciplinario, esta se hizo bajo los parámetros establecidos en la normativa aplicable, esto es, luego de concluida la práctica de pruebas y antes del fallo de primera instancia, permitiéndosele a la disciplinada ejercer su derecho de defensa.

Es de resaltar, además, que dicha variación se hizo bajo la misma conducta que le fue reprochada a la disciplinada en una primera oportunidad y que ello obedeció a un error en la calificación jurídica inicial, dado que el Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E, consideró que las actuaciones en que había incurrido la señora María Josefina se enmarcaban en una falta gravísima por la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo y el incremento injustificado del patrimonio; circunstancias que de manera alguna trasgreden el derecho al debido proceso, por cuanto es claro que dicha variación se encuentra permitida en el Código Único Disciplinario, que esta se hizo bajo los requisitos legalmente establecidos, y que frente al cambio realizado, a la disciplinada se le dio la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

3.3. Falsa motivación

La doctrina ha definido la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos⁴⁰:

Después de señalar que el vicio en el contenido es un caso de violación de la Ley, agrega que esto puede ocurrir en los siguientes supuestos: a) porque el acto fue dictado contra un precepto de la Ley, o porque al dictarlo la administración consideraba como existente una norma que no existía o viceversa, consideraba como no existente una norma que, en realidad, existía, o porque en la interpretación de la norma jurídica se le da un contenido distinto del que realmente tenía; b) porque si bien la norma jurídica fue correctamente interpretada, se la aplica a un caso que no había contemplado; c) porque la aplicación de una norma jurídica se hace en forma de alcanzar consecuencias jurídicas contrarias a las que ésta quería, se trataría en este supuesto de una falsa aplicación de la Ley.

⁴⁰ Teoría degli Atti. Ranelletti. Página 330.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar falsa motivación, debe señalar que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión un hecho o hechos que en realidad no existieron, o en qué consiste su errada interpretación.

Frente a este cargo sostiene la demandante que: i) fue investigada y sancionada disciplinariamente bajo las normas dispuestas en la Ley 734 de 2002, pese a que no le eran aplicables por cuanto no era servidora pública sino contratista de Cajanal E.I.C.E., en liquidación; y ii) se configuró una indebida valoración probatoria.

3.3.1. Aplicabilidad de la Ley 734 de 2002

El régimen disciplinario en Colombia ha tenido una evolución tanto constitucional como legal, toda vez que su origen se fundamentó en los deberes que tenía un empleado público y cómo su incumplimiento generaba un reproche por parte de la Administración, para luego llegar a establecer los principios rectores de toda actuación disciplinaria, faltas y sanciones específicas, los procedimientos a través de los cuales se surte la investigación disciplinaria, contenido de cada una de las actuaciones que se surten, entre otros. Fue así como se expidió, finalmente, la Ley 734 de 2002 con el fin de «armonizar la legislación disciplinaria y la dotaba de una estructura lógica que garantiza a sus destinatarios la seguridad jurídica que se deriva de interpretaciones inspiradas en criterios uniformes y coherentes»⁴¹.

A su turno, el artículo 25 del Código Único Disciplinario señala que «son destinatarios de la ley disciplinaria los **servidores públicos** aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del libro tercero de este código».

Por su parte, la Constitución Política dispone que «son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios».

⁴¹ Exposición de motivos del proyecto de ley reformativo del Código Disciplinario Único, presentado por el Procurador General de la Nación.

En tal sentido, la Ley disciplinaria contenida en la Ley 734 de 2002, se aplica para los servidores públicos, esto es, empleados públicos y trabajadores oficiales, y particulares en ejercicio de funciones públicas⁴².

Ahora, de conformidad con las pruebas obrantes dentro del asunto sometido a consideración, se observa que la señora María Josefina Peña Van-Strahlen se vinculó laboralmente a Cajanal E.I.C.E., en liquidación, como trabajadora oficial, desde el 1.º de febrero de 1994 hasta marzo de 2005.

Posteriormente, suscribió órdenes de prestación de servicios con Cajanal E.I.C.E. desde el 6 de junio de 2005 hasta el 30 de julio de 2006, con el siguiente objeto: «el contratista se obliga a prestar sus servicios con autonomía técnica y administrativa en casa de la tercera edad, desarrollando las actividades y requerimientos incluidos en el anexo y que hace parte integral de la presente orden de servicios», actuando así como particular en ejercicio de funciones públicas.

Finalmente, mediante Resolución No. 000741 de 31 de julio de 2006, aclarada con Resolución No. 00797 de 4 de agosto de 2006, la gerente general de Cajanal E.I.C.E. nombró a la señora Peña Van-Strahlen en el cargo de profesional especializado, Código 3010, Grado 19, del cual se posesionó el 1.º de agosto del mismo año⁴³; y a través de Resolución No. 00936 de 22 de noviembre de 2006, la gerente general de Cajanal E.I.C.E. declaró insubsistente su nombramiento⁴⁴.

Luego de que la actora fuera retirada del servicio, el Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E. consideró oportuno dar apertura de investigación disciplinaria en su contra por presuntas irregularidades acaecidas en el 2005 y 2006 en su cargo de profesional especializado con funciones de Coordinadora y/o Líder del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. – Casa de la Tercera Edad, siendo aplicable para el efecto la Ley 734 de 2002, en el entendido de que la conducta presuntamente reprochable había sido cometida en su ejercicio como servidora pública.

⁴² «El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tiene que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado».

⁴³ Folios 548 y 549 del Anexo No. 2.

⁴⁴ Folio 283 del cuaderno No. 3

Ahora bien, el operador disciplinario investigó y sancionó a la actora como profesional especializada con funciones de Coordinadora y/o Líder del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. – Casa de la Tercera Edad, pese a su vinculación como trabajadora oficial y contratista, en atención a que su conducta irregular fue continuada y se mantuvo hasta el momento en que su nombramiento en dicho cargo de origen legal y reglamentario, fue declarado insubsistente.

Para el efecto, es dable resaltar que el Código Único Disciplinario prevé la existencia de faltas instantáneas y de carácter permanente o continuado. Las primeras, se presentan cuando la realización de la conducta se agota o perfecciona en el momento mismo en que se revela la acción u omisión descrita en el tipo disciplinario, y las segundas, cuando la consumación de la conducta se mantiene en el tiempo, lo cual hace que la comisión de la falta se extienda de igual manera.

La Corte Constitucional, en relación con esta clasificación de las faltas disciplinarias ha precisado lo siguiente:

6.3.1. Retomando la clasificación de las faltas, se reseña la postura establecida por la Procuraduría General de la Nación, institución que en el ejercicio de su control disciplinario prevalente, ha ordenado los tipos sancionatorios conforme “a las circunstancias modales y temporales en que se presentan, como de: i) Mera conducta, donde el comportamiento se adecua al incumplimiento simple y llano de la norma; ii) De resultado en las que necesariamente se presenta un resultado o efecto naturalístico ; iii) Instantáneas cuando la realización del comportamiento descrito como ilícito se agota en un solo momento, es decir cuando se exterioriza la acción o la omisión y, iv) Permanente o continuada, cuando el comportamiento se prolonga en el tiempo, de manera que la consumación de la falta se prolonga o perdura entre tanto dure la conducta”.

Igualmente, el ente de control ha manifestado que “la conducta se puede agotar con una única actividad que despliegue el autor en un solo momento o por el contrario, se suceda durante un periodo de tiempo y solo al cabo del mismo puede decirse que el hecho se ejecutó. En los delitos instantáneos la lesión del derecho ajeno se agota cuando se consuman, como ocurre con el homicidio. **En los delitos permanentes o crónicos la lesión del derecho ajeno se prolonga durante todo el tiempo que dura la consumación, como en el secuestro, la detención arbitraria, etc. No debe confundirse el delito permanente con el delito instantáneo de efectos permanentes (que algunos llaman sucesivo). En el primero lo que se prolonga no es el efecto del delito sino el estado de la consumación. En el segundo la consumación es instantánea pero los efectos son más o menos largos.** La clasificación anterior tiene importancia para determinar el momento en que principia a correr el término para la Prescripción de la

acción penal. **En los delitos permanentes el término de la prescripción penal principia a contarse el día en que termina el estado de consumación. En cambio si el delito es instantáneo, pero de efectos permanentes, el término de prescripción corre desde el día de la consumación** (Negrilla fuera de texto)⁴⁵.

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que la norma aplicable sí era la Ley 734 de 2002, pues, como se señaló, primero, los destinatarios de la Ley disciplinaria son los servidores públicos, esto es, trabajadores oficiales y empleados públicos, así como los particulares en ejercicio de funciones públicas; y, segundo, se encontró plenamente acreditada la continuidad en el tiempo de la conducta reprochable en materia disciplinaria de la parte actora, la cual se llevó a cabo, finalmente, en su condición de empleada pública. Al respecto, el Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., en liquidación, sostuvo en el fallo de primera instancia, lo siguiente⁴⁶:

Vale aclarar, que el número plural de inconsistencias que en esta providencia se reseñan, apuntan a la gestión desarrollada por la Doctora María Josefina (...) como líder de la Casa de la Tercera Edad dentro de una vigencia específica –año 2006-, lo que hace entrever, que las labores de confianza y manejo que le fueron encomendadas desde el mismo instante en que se vinculó como contratista durante el primer semestre del año 2006, no pueden deslindarse de aquella que como servidora pública abordó en este periodo, precisamente por la continuidad y el efecto que reflejaron, haciéndole viable la posibilidad de subsumir en una sola exposición las actividades realizadas, a la condición que ostentó como Profesional Especializada código 3010 grado 19, más aun cuando no existe indicio que denote cambios en los propósitos trazados durante la vigencia del año 2006 ni la adopción de correctivos que aminoraran o redujeran las consecuencias adversas derivadas de su gestión.

3.3.2. De la valoración probatoria

Al respecto, la señora María Josefina Peña Van-Strahlen manifestó que la entidad demandada incurrió en indebida valoración probatoria, por no tener en cuenta, que: i) en su gestión como Coordinadora de la Casa de la Tercera Edad recuperó el inmueble que le había sido entregado en una situación deplorable; ii) la intermediación con RCN Televisión para el uso de las dependencias fue iniciativa de la gerencia de Cajanal E.I.C.E., en liquidación; iii) el error registrado en los convenios suscritos con RCN Televisión en los que ella apareció como propietaria y representante legal, fue a cargo de esta última, razón por la cual los advirtió en

⁴⁵ Sentencia T-282A de 2012. Corte Constitucional. Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁶ Folios 213 y 214 del cuaderno principal.

su momento; iv) actuó de buena fe al abrir una cuenta de ahorros a su nombre para que ingresaran los pagos, bajo la suscripción de los convenios, por parte de RCN Televisión, en la medida en que no iban a tener una destinación diferente que para el adulto mayor; v) no se demostró que se hubiera apropiado de una suma de dinero; vi) sus antecesoras actuaron al igual que ella, pero en momento alguno se les inició investigación disciplinaria; y vii) al momento de la declaración de insubsistencia de su cargo, no se le permitió la entrada a las instalaciones, por lo que no tuvo la oportunidad de hacer la entrega de su puesto con los documentos correspondientes.

La Sala, antes de entrar a pronunciarse de fondo frente a este cargo, debe advertir que el escrito de la demanda fue presentado solamente con algunos documentos que hicieron parte de la investigación disciplinaria, razón por la cual el Despacho de origen solicitó a la entidad demandada, en reiteradas oportunidades, la remisión en original y/o en copia, en su totalidad, del expediente disciplinario No. 073-2007, dentro del cual resultó sancionada la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, con el fin de resolver los cargos planteados en el escrito introductorio.

No obstante lo anterior, como se mencionó, las entidades correspondientes, esto es, Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP y el Ministerio de Salud, manifestaron que en sus archivos no obran los documentos referidos, por lo que el fondo del asunto se resolverá con base en lo obrante dentro del expediente, no sin antes resaltar que el Consejo de Estado, ha sostenido en reiteradas oportunidades, que es el demandante quien tiene la carga de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos que son materia de impugnación.

Dicho en otras palabras, en casos como el aquí planteado, se aplica el aforismo latino **«onus probando incumbe actori»**, teniendo en cuenta el artículo 177 del C.P.C. en el que se dispone, que «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

Así las cosas la carga de la prueba le corresponde a la parte actora en lo concerniente a la pretendida nulidad de los actos administrativos citados, como en lo que atañe a los perjuicios reclamados.

En el *sub examine* el juzgador disciplinario de segunda instancia consideró, finalmente, que la parte actora con su conducta incurrió en la falta gravísima consagrada en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que dispone:

Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Ahora bien, los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada, son: 1) un verbo rector consistente en **realizar** objetivamente una conducta descrita en la Ley como **delito**; 2) que este haya sido cometido a título de **dolo**; y 3) que la conducta sea con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo.

Las conductas delictivas que se consideraron realizadas por la disciplinada fueron: peculado por apropiación⁴⁷; peculado por uso⁴⁸; peculado culposo⁴⁹; y simulación de investidura o cargo⁵⁰. Lo anterior, en consideración a lo siguiente:

1) Haber firmado un convenio con RCN, por el término de 1 año, a través del cual autorizaba a la programadora a utilizar la Casa de la Tercera Edad perteneciente a Cajanal E.I.C.E., para efectos de grabar un programa de televisión. Ello, pese a que la suscripción de un contrato o convenio a nombre de una entidad pública le corresponde al representante legal de aquella, o al funcionario, del nivel directivo, a quien este haya delegado su función.

Para el efecto, de las pruebas que tuvieron en cuenta los operadores disciplinarios, se logró establecer que la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, inicialmente, suscribió el convenio referido en calidad de propietaria y, posteriormente, en la condición de representante legal, generando obligaciones a cargo de la entidad, sin que ella ostentara la facultad para comprometer la responsabilidad de Cajanal E.I.C.E.

⁴⁷ Código Penal. Artículo 397: «El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones».

⁴⁸ Código Penal. Artículo 398: «El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones».

⁴⁹ Código Penal. Artículo 400: «El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen».

⁵⁰ Código Penal. Artículo 426: «El que simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública».

Aunado a ello, si bien la demandante solicitó a la Gerencia General de la entidad demandada la autorizara para suscribir dicho convenio, también lo es, que la gerente general de la época antes de dar el visto bueno, le puso de presente a la señora Peña Van-Strahlen «por favor revisar el contrato cuando sea pertinente con el jurídico», sin que obre prueba alguna que la actora haya seguido las instrucciones pertinentes.

2) Haber recibido sumas de dinero como consecuencia de la celebración del convenio señalado.

En tal sentido, se encontró plenamente acreditado (con la certificación expedida por el Banco Davivienda, la declaración realizada por el representante legal de RCN y la versión libre rendida por la disciplinada), que la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, una vez suscribió el convenio con la programadora, recibió en una cuenta individual y personal, los valores que como contraprestación pagó RCN, por la utilización de la Casa de la Tercera Edad perteneciente a Cajanal E.I.C.E.

Frente al erario público, la doctrina señala que «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política se considera tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. Los recursos administrados por una entidad pública cualquiera que sea su origen se consideran recursos públicos. De la misma forma todos los recursos que administren los particulares que provengan del ejercicio de la soberanía del Estado se consideran recursos públicos y deben destinarse para los fines que establezca la Ley que los crea»⁵¹.

En consideración a ello, primero, los servidores públicos que manejan recursos públicos se encuentran sometidos a la Constitución Política y a la Ley y, segundo, su administración debe regirse por las normas de carácter presupuestal que regulan el presupuesto de ingresos y gastos del erario público.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado en cuanto al patrimonio público, lo siguiente⁵²:

⁵¹ El Laberinto Fiscal. Mario Mejía Cardona. Página 204.

⁵² C-046 de 1994.

El erario no puede ser fuente de enriquecimiento y no es posible que a partir de **la deshonestidad, la corrupción y el fraude se generen derechos o expectativas que el ordenamiento y la sociedad tengan que irremediablemente tolerar.** (...)

La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que **abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes.**

A su turno, la Ley 115 de 1996⁵³, establece en cuanto al presupuesto de gastos e ingresos de las empresas industriales y comerciales del Estado⁵⁴, que:

ARTICULO 12. El presupuesto de ingresos comprende la disponibilidad inicial, los ingresos corrientes que se esperan recaudar durante la vigencia fiscal y los recursos de capital. El presupuesto de las empresas podrá incluir la totalidad de los cupos de endeudamiento autorizados por el Gobierno.

ARTICULO 13. El presupuesto de gastos comprende las apropiaciones para gastos de funcionamiento, gastos de operación comercial, servicio de la deuda y gastos de inversión que se causen durante la vigencia fiscal respectiva. La causación del gasto debe contar con la apropiación presupuestal correspondiente, así su pago se efectúe en la siguiente vigencia fiscal. El pago deberá incluirse en el presupuesto del año siguiente como una cuenta por pagar.

ARTICULO 14. En el presupuesto de gastos sólo se podrán incluir apropiaciones que correspondan a:

- a) Créditos judicialmente reconocidos;
- b) Gastos decretados conforme a la ley anterior;
- c) Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y
- d) Las normas que organizan las empresas.

ARTICULO 15. La disponibilidad final corresponde a la diferencia existente entre el presupuesto de ingresos y el presupuesto de gastos.

(...)

ARTICULO 19. La responsabilidad de la desagregación del presupuesto de ingresos y gastos, conforme a las cuantías aprobadas por el Confis o quien éste delegue, será de los gerentes, presidentes o directores, quienes presentarán un informe de la desagregación a la junta o consejo directivo, para sus observaciones, modificaciones y refrendación mediante resolución o acuerdo, antes del 1o de febrero de cada año. En la distribución se dará

⁵³ « Por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquéllas, dedicadas a actividades no financieras. »

⁵⁴ La Caja Nacional de Previsión Social, fue creada mediante la Ley 6ª de 1945 como un establecimiento público, el cual fue transformado en una empresa industrial y comercial del Estado, a través de la Ley 490 de 1998.

prioridad a los sueldos de personal, prestaciones sociales, servicios públicos, seguros, mantenimiento, sentencias, pensiones y transferencias asociadas a la nómina. La ejecución del presupuesto podrá iniciarse con la desagregación efectuada por los gerentes, presidentes o directores de las empresas. El presupuesto distribuido se remitirá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto y al Departamento Nacional de Planeación a más tardar el 15 de febrero de cada año.

En el *sub examine* se observa que a través del Oficio No. GTP-597 de 12 de mayo de 2008, el tesorero general (E) de Cajanal E.I.C.E. manifestó: «los recursos que pertenecen e ingresan a la entidad, deben ser manejados a través de las cuentas bancarias a nombre de la institución a través de la Tesorería General, cuya utilización debe programarse bajo la denominación de 'presupuesto de gastos' por ende solo se autoriza el manejo de recursos al personal ajeno a la Tesorería para el caso de las cajas menores, previa autorización otorgada mediante acto administrativo emitido por la Gerencia General y con la consecución de la apropiación presupuestal».

En el mismo sentido, mediante Oficio No. GP-019 de 14 de mayo de 2008, suscrito por el Líder del Grupo de Presupuesto, este afirmó «de acuerdo a la programación presupuestal en rubro denominado 'bienestar social del pensionado' el cual corresponde a servicios sociales complementarios para la tercera edad en materia de educación, cultura, recreación, turismo y de preparación a la jubilación dirigido tanto a pensionados como a prepensionados; ejecución presupuestal que se maneja de acuerdo al Estatuto Orgánico de Presupuesto en cabeza del ordenador del gasto».

Así las cosas, los dineros provenientes del Convenio suscrito con RCN debían ingresar al presupuesto de ingresos, a través de una cuenta bancaria a nombre de Cajanal E.I.C.E., y los gastos que se requerían para el funcionamiento de la Casa de la Tercera Edad debían efectuarse por el rubro denominado «Bienestar Social del Pensionado», del presupuesto de gastos, previa aprobación presupuestal para tal fin y autorización del ordenador del gasto de la entidad pública.

No obstante lo anterior, la disciplinada recibió a título personal los dineros antes referidos, los manejó en una cuenta individual y los administró por fuera del presupuesto de Cajanal E.I.C.E., incurriendo así en el claro desconocimiento de la Constitución Política y la Ley y en la falta disciplinaria que le fue imputada.

Aunado a ello, la entidad demandada consideró que la señora María Josefina Peña Van-Strahlen incurrió en falta de transparencia en el manejo de los recursos referidos, por lo siguiente:

A folio 30 del expediente obra el documento titulado 'relación de documentos reportados a 01 de diciembre de 2006, elaborado por Josefa González en el que se hace una relación de gastos que totalizan \$10.840.392 y se relacionan el cheque de gerencia por valor de \$3.821.360 para un total de \$14.661.752. es de anotar que frente a la relación de gastos efectuados que hace la doctora Josefina Peña hay una diferencia de \$745, lo que hace presumir que se trata simplemente de un error aritmético al sumar los valores, por lo que se tendrá en cuenta la relación que hace la señora Josefa González, pues es el que se ha tenido en cuenta en el transcurso del proceso.

En este orden de ideas, tenemos que de la suma recibida por RCN que es de \$18.591.300, restamos los \$14.661.752 correspondientes a los gastos realizados para el desarrollo del programa del adulto mayor y el cheque de gerencia girado a nombre de Cajanal E.I.C.E., lo que da una diferencia de \$3.929.548 cuya destinación no ha sido justificada por la disciplinada, ni obran en el plenario soportes contables que permitan establecer el fin que se le dio a dichos recursos.

En atención a lo anterior, observa la Sala que Cajanal E.I.C.E. le endilgó a la actora una conducta relacionada con la apropiación de dineros públicos, de lo cual si bien no se tiene absoluta certeza porque no se cuenta con los documentos pertinentes, teniendo en cuenta que, como se dijo anteriormente, la carga de la prueba en esta instancia le corresponde a la parte actora que acude a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro del presente asunto no se hará un análisis de fondo al respecto, estándose a lo resuelto en su momento por la entidad demandada en los actos acusados.

En ese orden de ideas, con el fin de resolver los argumentos planteados por la demandante en el escrito de la demanda y así desvirtuar la presunta ilegalidad de los actos administrativos acusados, por indebida valoración probatoria, es oportuno resaltar:

i) La supuesta recuperación del inmueble «Casa de la Tercera Edad», que ella alega, no es óbice para justificar su comportamiento reprochable disciplinariamente, en la medida en que, como se señaló, incurrió en una falta consagrada en la Ley disciplinaria y desconoció lo establecido en la Constitución y la Ley en relación con el manejo de los recursos públicos.

ii) Pese a que la intermediación con RCN Televisión para el uso de las dependencias referidas hubiera sido iniciativa de la Gerencia General de Cajanal E.I.C.E. como ella argumenta, esto no acredita de manera alguna que hubiera sido delegada para la firma del convenio, o que la Gerencia General haya dado el visto bueno para su suscripción, máxime cuando se encontró acreditado que en dicha dependencia le manifestaron que antes de aprobar la firma del contrato era dable que pusiera en conocimiento el asunto ante la Oficina Jurídica para que emitiera un concepto, circunstancia que nunca realizó y que prefirió pasar por alto, celebrando un acuerdo con una facultad que no le correspondía.

iii) Si bien el error inicial en el convenio relacionado con su calidad de propietaria de la Casa de la Tercera Edad, fue responsabilidad de la programadora, debe tenerse en cuenta que este fue corregido, en el sentido de brindarle a ella la condición de representante de Cajanal E.I.C.E., siendo este otro error que ella nunca advirtió y, aun así, firmó el acuerdo dándole plena validez.

iv) En cuanto al argumento de la parte actora de que actuó de buena fe al abrir una cuenta de ahorros a su nombre porque los dineros recibidos del convenio tendrían una destinación diferente a la del adulto mayor; debe decirse que como servidora pública con manejo de recursos públicos debía estarse a lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley, en el sentido de que la administración de recursos públicos debe hacerse a través de un presupuesto de ingresos y gastos de la entidad pública, para lo cual se señala las destinaciones específicas de cada rubro, no pudiendo ella irrogarse de manera alguna tal atribución.

v) Ahora, si bien dentro de la presente acción, con los documentos obrantes dentro del expediente, no se observa una clara apropiación de los dineros públicos, aun si esta conducta fuera desvirtuada ello no la exonera de la falta gravísima que le fue endilgada y de las conductas que se encontraron plenamente acreditadas.

vi) La parte actora señala que sus antecesoras actuaron al igual que ella, pero en momento alguno se les inició investigación disciplinaria, argumento que no es exonerativo de su responsabilidad disciplinaria, en tanto que una vez ella ocupó el cargo en el que fue sancionada y cumplió las funciones para las que fue designada, debió hacerlo conforme a lo previsto en la Constitución Ley y reglamentos.

vii) Respecto al argumento de que no entregó su puesto de trabajo con los informes pertinentes, porque no se le permitió la entrada a las instalaciones, una vez su nombramiento fue declarado insubsistente; esto no justifica el que haya suscrito un convenio sin tener la facultad para el efecto, y el manejo individual de los recursos públicos, lo cual fue acreditado con la certificación suscrita por el Banco Davivienda en la que se hizo relación a la cuenta individual de la señora María Josefina Peña Van-Strahlen y a los movimientos de esta, en las que aparecen las consignaciones realizadas por la programadora; la declaración del representante legal de RCN Televisión en la que afirmó que los pagos se hicieron a la cuenta inscrita a nombre de la parte actora; y la versión libre rendida por la disciplinada, en la que señala que efectivamente incurrió en dicha atribución.

Es de resaltar, además, que contrario a lo sostenido por la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, la funcionaria que fue designada con posterioridad a ella en dicho cargo, señaló en su declaración que en momento alguno prohibió la entrada de la demandante a las instalaciones de Cajanal E.I.C.E.

Ahora, de ser cierto que no se le permitió entregar los inventarios correspondientes y que por tal razón no pudo demostrar que actuó conforme a derecho, al momento de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no allegó ningún documento con el cual demostrara que efectivamente tenía todos los soportes contables que justificaran su conducta o que desvirtuaran lo mencionado por los operadores disciplinarios.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta las consistencias en las declaraciones rendidas dentro de la investigación disciplinaria, la coherencia del relato de los hechos, y los documentos obrantes, resulta clara la conducta endilgada a la ahora demandante.

Lo anterior, permite considerar que Cajanal E.I.C.E. sí tenía los elementos de juicio suficientes para endilgar responsabilidad a la actora, que las pruebas fueron valoradas en el marco de las reglas de la sana crítica y que la interpretación que de ellas hizo el juzgador disciplinario, llevaron a la conclusión de que la falta disciplinaria sí se cometió y que la señora María Josefina Peña Van-Strahlen fue responsable de ella.

Es importante advertir que al revisar la actuación disciplinaria no se vislumbra sesgo en el decreto y práctica de las pruebas; por el contrario, se hizo evidente que el único objetivo del investigador disciplinario consistía en encontrar la verdad real de los hechos y para ello hizo uso de todos los medios que estimó pertinentes y conducentes para su esclarecimiento. Ahora bien, una vez realizó la valoración integral de las pruebas, concluyó que la demandante no logró desvirtuar el cargo que le fue endilgado. Así bajo tales circunstancias, no se demuestra que los actos acusados hayan carecido de pruebas suficientes, sino, por el contrario, las recaudadas fueron valoradas dentro del marco de autonomía y sana crítica del operador disciplinario.

Por último, debe resaltarse que si bien en los fallos disciplinarios se hace referencia a otras conductas irregulares cometidas por la señora María Josefina Peña Van-Strahlen, la Sala no se pronunciara frente a aquéllas, toda vez que se encontró fehacientemente acreditada la comisión de la falta disciplinaria por las conductas referidas; y porque, además, se insiste, no se cuenta con la totalidad del expediente disciplinario que permita analizar los demás reproches.

3.4. Desviación de poder

La doctrina ha definido la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

Desviación de poder: para determinar este vicio es necesario puntualizar lo que denominamos el elemento psicológico del acto administrativo. Este es el fin del agente administrativo, el fin pensado y querido por éste, o sea, el móvil o deseo que ha inspirado al autor del acto. Sostiene Eisenmann⁵⁵ que “lo que generalmente llamamos fin del acto es un cierto contenido de la conciencia del agente. No debemos equivocarnos a este respecto. Cuando se habla del fin del acto, se sigue con ello un atributo del acto en sí mismo considerado, un dato objetivo inherente al acto” (...)

Por lo tanto, para que se presente la desviación de poder es necesario que el acto de apariencia sea totalmente válido. El acto tiene una máscara de legalidad. Ningún otro elemento ha sido descuidado, pero presenta un fin espúreo visible al observar los resultados obtenidos. Así, con este vicio se controla lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron la actuación de la administración, la intención de ésta. Es la fiscalización de las intenciones subjetivas del agente administrativo.
(...)

⁵⁵ Eisenmann. Citado por Julio A. Prat. Op. Cit., página 103.

En suma, la desviación de poder obedece a la necesidad de someter al principio de legalidad a la administración en todos sus aspectos y con miras a la protección de los particulares ante los abusos de aquella⁵⁶.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión»⁵⁷.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales.

Respecto a este cargo la señora María Josefina Peña Van-Strahlen manifestó que el juzgador disciplinario incurrió en una desviación de poder, por cuanto la investigación se debió a una persecución laboral en su contra.

La Ley 1010 de 2006, «Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo», en el artículo 2º de manera expresa definió y estableció las modalidades de acoso laboral, así: «Se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo».

De lo anterior, para que el comportamiento o conducta de un servidor público o particular constituya acoso laboral debe reunir unos requisitos establecidos en la normativa aplicable, que no son otros, que haber verificado conductas

⁵⁶ Causales de anulación de los Actos Administrativos, 1ª Edición. Autores: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posee Velásquez.

⁵⁷ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

persistentes, reiteradas y demostrables, ejercidas sobre un trabajador, por el empleador, un jefe o compañero de trabajo dirigidas a intimidar, desmotivar, o causar un perjuicio laboral, o inducir a renuncia; circunstancias que no se encuentran demostradas en el asunto sometido a consideración y, que en consecuencia, desvirtúan la afirmación de la actora relacionada con una persecución laboral en su contra.

Ahora bien, debe resaltarse frente al adelantamiento de investigaciones disciplinarias, que el legislador consagró un régimen disciplinario, Ley 734 de 2002, que es aplicable a los servidores públicos y que en el momento de ser incumplido, el Estado, en virtud de la potestad disciplinaria, debe iniciar las correspondientes actuaciones administrativas tendientes a esclarecer las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y su responsabilidad, proceso que debe estar presidido de todas las garantías constitucionales y legales que garanticen el ejercicio al derecho de defensa y debido proceso.

En el caso bajo estudio, aprecia la Sala que la sanción impuesta es el resultado de una decisión administrativa, en donde a la demandante se le respetaron las garantías fundamentales al debido proceso y defensa, en tanto: i) el trámite administrativo se adelantó de cara a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002; ii) se le permitió ejercer su derecho de contradicción formulando descargos, alegando de conclusión, apelando el fallo de primera instancia, es decir, permitiendo su participación activa ante el operador disciplinario; iii) se efectuó una adecuada individualización de la conducta objeto de reproche; y, iv) la sanción impuesta atendió a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Lo anterior demuestra que la investigación disciplinaria adelantada en contra de la parte actora, no estuvo amparada en circunstancias subjetivas de la entidad demandada, sino que se adelantó con base en el principio de legalidad, en la cual finalmente se demostró el acaecimiento de faltas disciplinarias cuya sanción era la destitución y la inhabilidad en el ejercicio de funciones públicas, motivo por el cual este cargo no está llamado a prosperar.

4. Conclusión

Con base en los anteriores planteamientos se concluye que la parte actora no logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, por lo que, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

DENEGAR las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora María Josefina Peña Van-Srtrahlen en contra de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal E.I.C.E., en liquidación, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y ejecutoriada, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GMSM