



**Función Pública**

# Sentencia 199 de 2010 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

BOGOTÁ, D.C., VEINTINUEVE (29) DE ABRIL DE DOS MIL DIEZ (2010)

MAGISTRADA PONENTE (E): MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

RADICADO N°. 250002324 0002005 00199 01

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: FERNANDO ALFONSO BAYONA RINCÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 8 de marzo de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, por medio de la cual declaró la nulidad del artículo segundo de la Resolución N° 0155 del 11 de junio y el artículo 2° de la Resolución N° 0338 del 14 de octubre, ambas de 2004, proferidas por el Superintendente de Subsidio Familiar en lo que respecta al demandante, ordenó a título de restablecimiento del derecho, que la citada entidad reintegre el valor pagado debidamente indexado, desde el momento en que se realizó el pago hasta que quede ejecutoriada la sentencia, de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y negó la pretensión relacionada con los perjuicios morales.

[Ver Ley 734 de 2002](#)

## ANTECEDENTES

### I. LA DEMANDA

El señor Fernando Alfonso Bayona Rincón, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A. presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra la Superintendencia de Subsidio Familiar y además en forma solidaria contra La Nación – Ministerio de la Protección Social, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1. Que es nulo el artículo 2° de la Resolución 0155 del 11 de junio de 2004, expedida por la Superintendencia de Subsidio Familiar, mediante la cual se impuso una multa de 500 salarios mínimos legales diarios (\$ 5'966.666), a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo, que hubiera constituido la Cajade Compensación Familiar de Boyacá COMFABOY, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 789 de 2002, a cada uno de los señores ..... FERNANDO ALFONSO BAYONA ....., ex Consejeros Directivos de la citada Caja de Compensación.
2. Que es nulo el artículo 2° de la Resolución N° 0338 del 14 de octubre de 2004, expedida por la misma entidad, mediante la cual se confirmó la anteriormente citada, en cuanto se refiere a las sanciones que se le impusieron.
3. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades demandadas a pagar a favor del actor la suma equivalente en pesos, a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

El actor señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que la Caja de Compensación Familiar de Boyacá COMFABOY, para los años 2001 y antes, venía presentando gravísimos y complejos problemas administrativos y financieros.

El demandante relató que el 3 de abril de 2001 fue elegido miembro del Consejo Directivo de dicha Caja, se posesionó el 10 del mismo mes y año y desempeñó sus funciones hasta la sesión del día 25 de julio de 2002, cuando fue removido del cargo sin ningún aviso ni notificación, de lo cual se enteró en la sesión del 29 de agosto siguiente, cuando ya estaba sesionando en su reemplazo el señor Carlos A. Mateus y sólo después de avanzada la sesión se enteró que ya no hacía parte del Consejo.

Señaló que durante el tiempo en que se desempeñó como Consejero de Comfaboy, todos sus actos y decisiones fueron éticas, de buena fe y de

lealtad hacia esta Caja y sus afiliados, atendiendo los preceptos legales; que en esta actividad no recibió ninguna remuneración u honorario, pese a la agotadora actividad.

Que la Superintendencia de Subsidio Familiar, con falsa motivación y desvío de poder lo sancionó en su condición de Ex Consejero Directivo de Comfaboy por supuestas conductas irregulares que no le son imputables y además por hechos que ocurrieron con posterioridad a su retiro.

Que las funciones que como Consejero ejercía, según los estatutos, no tienen nada que ver con las funciones administrativas que otros desempeñaban y que la demandada mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2003 exp. 022 2003 le corrió pliego de cargos en los que describió 39 hechos en los que presuntamente se incurrió en irregularidades, pero sin hacer una imputación clara y personal acerca del grado de su responsabilidad; agrega que el 20 de noviembre de 2002 se descorrió el pliego de cargos e invitó a la demandada para que hiciera claridad acerca de las circunstancias objetivas que lo involucran en los hechos y le advierte que de los 39 hechos únicamente 2 tenían relación con sus funciones y que respecto a éstos no ha ejercido ninguna conducta reprochable.

Que el ente de control lo sancionó por considerarlo responsable, porque durante su tiempo de servicios, de 1 año y 4 meses, no logró estabilizar o sanear una entidad con más de 20 años de desorden administrativo.

#### **B. NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

El actor citó como vulneradas las disposiciones contenidas en los artículos 4 y 29 de la C.P. y el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.

Argumentó que los actos acusados imponen una sanción que no es proporcional con el grado de su responsabilidad funcional, su tiempo de servicios, las labores que efectivamente ejecutó, sus múltiples ocupaciones en la empresa donde trabajaba que lo postuló como miembro del Consejo Directivo; que además la empresa violó el principio de tipicidad punitiva de que trata el artículo 29 de la C.P., porque las conductas que se le endilgan no son objeto de sanción alguna.

Consideró que la demandada expide los actos acusados, sin tener en cuenta el grado de responsabilidad legal y estatutaria y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ejecutaron las conductas irregulares, que no indicaron de forma clara, precisa e individual el grado de responsabilidad en relación con los hechos endilgados; que además hubo falsa motivación porque no se puede sancionar a una persona por hechos ocurridos cuando no ejercía el cargo.

Que los eventos señalados en los actos administrativos, constituyen faltas cuyas sanciones podrían consistir en amonestaciones, puesto que no se generó perturbación en la buena marcha de la actividad ni hubo reincidencia.

#### **C. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó que en varias ocasiones le había hecho a COMFABOY observaciones que no fueron acatadas, que hacían relación a las actas del Consejo Directivo, manejo y entrega de documentos por parte del mismo, cumplimiento de la ley en cuanto a sanción y expulsión de las empresas, programa de recuperación de carteras morosas por aportes, manejo adecuado de la contratación, incumplimiento de los manuales y procedimientos y el incumplimiento de las circulares emitidas por el ente de control.

Adujo que el artículo 1° de la Ley 31 de 1984 dispone que todos los miembros del Consejo Directivo de las Cajas de Compensación Familiar tienen iguales derechos y obligaciones y el artículo 54 de la Ley 21 de 1982 establece que entre las funciones de dicho organismo se encuentra la de “vigilar y controlar la ejecución de los programas, la prestación de los servicios y el manejo administrativo y financiero de la Caja.

Que respecto de cada uno de los cargos y descargos y del acervo probatorio existe un análisis y pronunciamiento expreso debidamente soportado, que analiza la situación de cada uno de los miembros de la junta que fueron multados y por lo tanto la sanción no es ilegal ni se expidió con falsa motivación.

Relató que en la visita que realizó a COMFABOY que fue la que dio lugar a la investigación administrativa, se da cuenta pormenorizada de la situación de las áreas legal, administrativa, contable-financiera, servicios sociales y estadística y de adjudicación de subsidios familiares de vivienda; que no es cierto que de los 39 hechos que se endilgaron al actor sólo 2 tuvieran relación directa con sus funciones.

Sostuvo que no es cierto que la entidad hubiera sancionado al señor Fernando Bayona porque no logró sanear o estabilizar una entidad con más de veinte años de desorden administrativo o por el actuar o no actuar de los antecesores; arguyó que sí hay una imputación objetiva y que la conducta generó un daño patrimonial y/o administrativo en contra de Comfaboy, por la naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las cajas de compensación familiar, cuyos fondos se revierten en la misma.

Que la Resolución N° 0155 del 11 de junio de 2004 se encuentra fundamentada y soportada en 103 páginas en las cuales se analiza la situación general del Consejo Directivo en cada una de sus áreas y en donde se observan las deficiencias que originaron la medida, toda vez que se demostró que ésta no dio cumplimiento total a las directrices impartidas por el ente de control y vigilancia en virtud de la primera visita ni adoptó los correctivos necesarios y por lo tanto impuso la sanción de multa.

Explicó que mediante la Circular Externa N° 015-98 el Superintendente de Subsidio Familiar hizo algunas precisiones con el objeto de recordar, de un lado el marco normativo dentro del cual corresponde a los miembros del Consejo Directivo cumplir sus funciones, y, de otro, analizar su

gestión dentro de una concepción moderna, dinámica, responsable, eficiente y eficaz y por lo tanto debe concientizarse que su gestión se centra en ocuparse de las decisiones estratégicas que se deben adoptar al interior de la Caja, con el esfuerzo de cada uno de sus miembros.

## **II. FALLO IMPUGNADO**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo que se recurre aceptó las pretensiones de la demanda y, por lo tanto, declaró la nulidad del artículo segundo de la Resolución N° 0155 del 11 de junio y del artículo segundo de la Resolución N° 0338 del 14 de octubre, ambas de 2004, en lo que respecta al demandante.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la Superintendencia de Subsidio Familiar que reintegre el valor pagado debidamente indexado, desde el momento en que se realizó el pago hasta que quede ejecutoriada la sentencia, de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y negó el reconocimiento de perjuicios morales.

Resaltó que en el pliego de cargos la entidad debe ser absolutamente clara y precisa en señalar todos y cada uno de los hechos, normas y conductas que pueden ser objeto de sanción, para así garantizar los derechos del administrado, puesto que éste debe conocer exactamente sobre qué recaerá la sanción y así poder rendir los respectivos descargos de una manera adecuada; que dicho pliego es confuso y además no satisface la exigencia general de motivación de los actos administrativos, como garantía del adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Sostuvo que si bien es cierto que en el pliego de cargos, hay un aparte llamado “normas reguladoras de la conducta”, en el cual se hizo una descripción de las funciones de los consejeros directivos de las cajas de compensación familiar y se reseñaron otros artículos sustento del mismo, no se le endilgó a cada uno de los investigados la responsabilidad en cada hecho aducido; que pese a que los investigados pertenecían a un mismo órgano directivo, no todos lo fueron en el mismo periodo, ni ejercieron las mismas actividades, por lo tanto, debió detallarse la responsabilidad de cada uno en cada hecho investigado y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada uno de los hechos objeto de sanción.

Que tampoco hubo una descripción detallada de las normas sobre las cuales se sustentó la sanción impuesta, sino que la entidad se limitó a decir que se violaron las normas que rigen el sistema de subsidio familiar y otras directrices impartidas por el ente de control y vigilancia.

Consideró que se violó el debido proceso, porque no se dieron garantías para que el procesado contara con la tranquilidad de poder responder a las acusaciones que se formularon en su contra, porque no conoció a ciencia cierta por cuáles hechos, acciones u omisiones se les estaba investigando ni qué grado de responsabilidad tenía frente a cada asunto ni por cuáles normas se le acusaba.

## **III .FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

La parte demandada solicita la revocatoria del fallo apelado.

Se refiere de manera extensa al origen, funciones, objeto y naturaleza jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar como ente de control y vigilancia y de las cajas de compensación familiar y sus recursos, a la naturaleza del subsidio familiar, señalando las normas y la jurisprudencia pertinente.

Considera que el debido proceso que se debe agotar en cumplimiento de su función de inspección, vigilancia y control, se encuentra consagrado en los artículos 77 a 101 del Decreto 0341 de 1988, el cual se surte a través de las visitas ordinarias o especiales que la misma ordena practicar para adelantar su gestión, concordante con el artículo 24 numeral 14 de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002.

Relata que con fundamento en el informe de visita que se practicó a Comfaboy entre el 1° y el 6 de septiembre de 2003 se endilgó responsabilidad al ex Director Administrativo y a otros en su condición de ex directivos, que representaron tanto a los empleadores como a los trabajadores, entre ellos al actor.

Que el 23 de octubre de 2003 se formuló pliego de cargos a los ex Consejeros Directivos, porque presuntamente desconocieron lo dispuesto en los artículos 35, 45, 54 numerales 1, 6 y 8 de la Ley 21 de 1982, 46 del Decreto 0341 de 1988, 3° numeral 6 de la Ley 789 de 2002, Decretos N°s 1585 de 2001, 2480 de 2002, 2488 de 2002 y Ley 812 de 2003, reguladores de los Subsidios Familiares de Vivienda de Interés Social y las Circulares Externas N°s 015 de 1998, 026 de 1996, 004 de 1995.

Señala innumerables irregularidades que se presentaron en cada una de las áreas, que afirma, aparecen en el pliego de cargos y por los cuales investigó la conducta de los ex Consejeros Directivos; en síntesis se refirió, entre otras, a:

En el área legal, manifiesta que la Corporación no dio cumplimiento a sus directrices, como ocurrió cuando no convocó a la elección de Consejeros a la Asamblea que correspondía al año 2002, pese a los oficios N°s 2259 del 8 de marzo y 3109 del 25 de abril de 2002.

Que no dio cumplimiento a las recomendaciones de la visita ordinaria del año 2002, en lo que respecta a actas del Consejo, manejo y entrega de documentos por parte de éste, cumplimiento de la ley en cuanto a suspensión y expulsión de empresas, programa de recuperación de cartera morosa por aportes, manejo adecuado de la contratación, incumplimiento de manuales y procedimientos y de las circulares de la Superintendencia.

El libro de Actas a la fecha de la visita no se encontraba al día y su contenido no ofrece claridad, se pasa de un tema a otro y no quedan

registrados los aspectos más importantes; que la organización carece de comités, que con independencia, orienten y soporten la toma de decisiones de carácter administrativo y financiero, por lo que las decisiones están llevando a una coadministración por la injerencia de los consejeros, que han invadido espacios propios de las áreas operativas y misionales de la Corporación, restándole autonomía, independencia y poder de decisión a sus directivas, cuyas funciones están contempladas en el numeral 4° del artículo 55 de la Ley 21 de 1982 y los Estatutos de la Caja; que esta intrusión de los miembros del Consejo Directivo en actividades que no le son propias, se haya plasmada en el Acuerdo N° 005 del 28 de agosto de 2003 (folio 1 al 19) que faculta a un número entre 3 y 4 consejeros para estudiar y evaluar asuntos que posteriormente deberán ser puestos en conocimiento del Consejo para su aprobación, constituyéndose en juez y parte del accionar de la entidad.

Relata además algunas situaciones irregulares que se han presentado por la conducta de algunos de los sancionados, entre los cuales no se encuentra el actor.

Señala otras irregularidades tales como no haber cumplido con el contrato que se celebró con la empresa Coverall cuyo objeto era sistematizar la autoliquidación de aportes parafiscales, pues de acuerdo con la información de la revisora fiscal no hubo ningún control ni se cumplió con los procedimientos establecidos para realizarlo.

Como prueba de las irregularidades en los contratos, relata lo sucedido con los contratos para adquirir los kits escolares.

En el área administrativa relata que hubo falta de planeación desde que se llevó a cabo la reestructuración administrativa, que derivó en la provisionalidad o vacancia en los cargos de áreas fundamentales y en la improvisación y adopción de medidas transitorias, suspensión transitoria del manual de funciones, evaluación y selección de directivos que fue autorizada por el Consejo Directivo en marzo de 2003 y carencia de licencias antivirus suficientes.

En el área contable manifiesta que por el programa de mercadeo, COMFABOY presentó por el ejercicio de los años 2000 a 2002, pérdidas netas por un valor mayor a \$ 2.000.000, en la ARS en el año 2002 por \$2.997.100 y en el año 2001 por \$1.110.852 y por IPS reveló una pérdida neta de \$113.866.000 a 31 de diciembre de 2002 y \$23.232.000 por el ejercicio de 2001; que hay irregularidades en el manejo bancario, en el manejo de inventarios de mercadeo y señala otras irregularidades en los estados financieros, en el sistema de control interno y en el personal de auditoría.

En el área de servicios sociales y estadística señala irregularidades en relación con los aportes, auxilios educativos, proyectos iguales que se realizaron en forma simultánea, contratos que no representan beneficio para la población objeto, algunos giros al Fosyga estaban pendientes, etc.

En cuanto al Fondo de Vivienda de interés social -FOVIS, señala, entre otras irregularidades, que el manual de procedimientos no contempla la nueva normatividad establecida en los Decretos 1585 de 2001, 2480 y 2488 de 2002 y la ley 2003, no establece la elaboración de un acta para la asignación de los subsidios e incluye al Consejo Directivo dentro de los procesos operativos, el Director Ejecutivo no acata lo establecido en los acuerdos del Consejo Directivo, se observa desgreño administrativo en cuanto a la actualización de los manuales de procedimientos pese a que al Director Administrativo se le hizo una propuesta, se suscribieron contratos con personas sobre las cuales no existe certificación sobre el conocimiento y la experiencia que puedan tener los contratistas, etc.

Menciona que entre las normas que se consideran violadas están el artículo 54 de la Ley 21 de 1982 que se refiere a las funciones de los Consejeros Directivos, los artículos 35 y 45 *idem* y el numeral 6° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, relacionados con el subsidio extraordinario en caso de muerte de un trabajador beneficiario y a la pérdida de la calidad de afiliado a una caja de compensación familiar, el artículo 46 del Decreto 0341 de 1988 que regula lo relativo a la suspensión y expulsión de los afiliados por mora en el pago de los aportes, los Decretos N°s 1585 de 2001, 2480 y 2488 de 2002 y la Ley 812 de 2003, reguladores de la asignación de Subsidios Familiares de Vivienda de Interés Social por parte de las Cajas de Compensación Familiar y las Circulares Externas N°s 015 de 1998 sobre responsabilidad de los Consejos Directivos, 026 de 1996 que trata de las suspensiones y expulsiones de empresas morosas y 004 de 1995 que se refiere a la leyenda “vigilado por la Superintendencia del Subsidio Familiar”.

Informa acerca de las pruebas que soportaron la formulación de los pliegos de cargos, tales como, el informe de visita ordinaria por parte de la entidad, el reglamento y actas del Consejo Directivo, oficio de recomendaciones, contratos, resultado de inventarios, comunicaciones y certificaciones, cuadros estadísticos, entre otros muchos documentos.

Informa que efectuada la notificación personal de los respectivos pliegos de cargos, a cada uno de los implicados entre ellos al actor, éste presentó dentro del término legal el escrito con sus correspondientes descargos, en el cual aduce *“Con base en el pliego de cargos; de los 39 hechos señalados en él, haré referencia únicamente al uno y tres del ÁREA LEGAL, y no a los demás, ya que no veo que tengan que ver con mi función y pueden vincular a otras personas u obedece a temas de carácter administrativo; operativo; a contratos suscritos o a programas que son administrados o adelantados por las áreas respectivas o porque acaecieron con posterioridad a mi salida”*.

Que la División Legal de la entidad, profirió el 30 de enero de 2004, auto de pruebas, que fue notificado personalmente al actor, sobre el cual éste no interpuso recurso alguno y que mediante la Resolución acusada N° 0155 del 11 de junio de 2004, se impuso sanción pecuniaria al ex Director Administrativo y a los ex Consejeros Directivos de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá COMFABOY, entre ellos al actor, acto que le fue notificado y contra el cual interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante el otro acto acusado, Resolución N° 0338 del 14 de octubre de 2004 que resolvió confirmar el anterior.

Asevera que en las dos resoluciones acusadas se analizó de manera individual la conducta del actor y transcribe algunos apartes de las mismas.

Considera que lo expuesto demuestra que en este caso se respetó en todo momento el debido proceso, pues se agotaron todas las etapas procedimentales que señalan los artículos 77 a 101 del Decreto 0341 de 1988, se realizó una visita ordinaria en la cual se detectaron todas las irregularidades, se establecieron responsabilidades, se otorgó al actor la oportunidad de ser parte activa de la actuación administrativa puesto que siempre fue citado y notificado de las actuaciones pertinentes y por ello presentó descargos e interpuso los recursos procedentes que fueron resueltos.

Trae a colación una sentencia de la Sección Primera, en la cual se manifestó que el acta de visita y el informe rendido por el funcionario comisionado constituyen en conjunto, un medio de prueba previsto en la normatividad para establecer los hechos relacionados con la constitución y funcionamiento de las Cajas de Compensación Familiar y para deducir si estas entidades y sus funcionarios actuaron de conformidad con la ley, los decretos y sus propios estatutos y en consecuencia verificar si incurrieron en hechos irregulares que ameriten la formulación de cargos y, eventualmente la imposición de sanciones.

Anota que el actor ejerció el cargo como Consejero Directivo, en representación de los trabajadores, desde el 3 de abril de 2001 hasta el 6 de agosto de 2002, durante 16 meses aproximadamente, período que cubrió la visita de control que sus funcionarios realizaron entre el 1° y el 6 de septiembre de 2003 y que de conformidad con el artículo 54 de la Ley 21 de 1982 tiene funciones específicas y la responsabilidad legal y social que la aceptación de su designación les implica.

Que la función del Consejero Directivo no es simplemente adoptar la política administrativa y financiera de la Caja de Compensación, sino que se complementa con la obligación legal que igualmente le asiste de vigilar y controlar la ejecución de los programas, la prestación de los servicios y el manejo administrativo y financiero, por lo que no se puede argumentar que se esté eximido de responsabilidad.

Considera que se debe tener presente que en la estructura del pliego de cargos se da cuenta pormenorizada de los hechos, las pruebas, las normas reguladoras presuntamente infringidas por los investigados y que en el caso del señor Bayona Rincón, se le respetó el debido proceso y el derecho a la defensa.

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora solicita que se confirme la sentencia apelada, para lo cual reitera lo expuesto en la demanda e insiste en el hecho de que la decisión tomada por la entidad demandada no tuvo en cuenta las circunstancias de grado de responsabilidad legal y estatutaria, circunstancias de modo en que se ejecutaron las conductas narradas en el pliego de cargos y en los actos acusados, circunstancias de tiempo pues ejerció el cargo durante un año y 2 meses y circunstancias de lugar; que el acto administrativo no es claro, pues hace relación a una generalidad de omisiones sin establecer el grado de responsabilidad funcional o estatutaria.

La entidad demandada y el señor Agente del Ministerio Público no presentaron alegato de conclusión.

#### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se concreta el problema jurídico en establecer si con la expedición de las resoluciones acusadas, por medio de las cuales se impuso y confirmó una sanción administrativa al actor, la Superintendencia de Subsidio Familiar, violó los artículos 4 y 29 de la Constitución Política que respectivamente se refieren a la supremacía de la Constitución y al debido proceso y a la toma de decisiones motivadas, por parte de la administración, con base en las pruebas allegadas.

Los actos acusados fueron expedidos con fundamento en el Decreto 341 de 1998, Decreto 2150 de 1992, Ley 789 de 2002 y el Código Contencioso Administrativo.

De conformidad con el Decreto 341 de 1998 "Por el cual se reglamenta la Ley 25 de 1981 por la cual se crea la Superintendencia del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones", y la Ley 21 de 1982 "por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones", la entidad demandada ejerció sus funciones de vigilancia y control en relación con COMFABOY.

Si bien estas funciones no están en discusión, la Sala transcribe la parte pertinente del Decreto 341 de 1998:

#### "CAPITULO IX

##### *Control de la Superintendencia del Subsidio Familiar*

*Art. 77.\_ Corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar, con el propósito de que su constitución y funcionamiento se ajusten a las leyes, los decretos y a los mismos estatutos internos de la entidad vigilada.*

*Art. 78.\_ El control administrativo, financiero y contable que ejerza el superintendente del subsidio familiar con desarrollo del literal n) del artículo 60. de la ley 25 de 1981, deberá efectuarse con respeto de la autonomía que las entidades vigiladas tienen para establecer sus sistemas de administración financiera y contable.*

....

*Art. 79.\_ Las visitas que practique la Superintendencia del Subsidio Familiar en cumplimiento de su función de inspección y vigilancia serán ordinarias y especiales.*

....

Art. 80.\_ *Durante las visitas ordinarias se verificarán entre otros aspectos: los relacionados con la situación general de la entidad vigilada, el cumplimiento de los porcentajes legales en el manejo de los recursos, la adecuada prestación de los servicios a su cargo, y el acatamiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades*

*La superintendencia podrá formular recomendaciones tendientes a preservar el buen funcionamiento de las entidades vigiladas.*

Art. 88.\_ *De las visitas practicadas por la Superintendencia del Subsidio Familiar a las entidades por ella vigiladas, se levantará acta en la que se especificarán las situaciones investigadas, las constancias que quieran dejarse, y demás pormenores pertinentes de lo realizado. El acta será firmada por quienes hayan intervenido en la visita. Una copia de la misma deberá ser entregada al representante de la entidad visitada.*

Art. 90.\_ *Si del informe presentado se concluye que hay violación de normas legales o estatutarias, el Jefe de la Sección de Visitaduría de la Superintendencia del Subsidio Familiar, dentro de los diez (10) días siguientes correrá pliego de cargos a los presuntos responsables, quienes dispondrán de un término de diez (10) días para presentar los respectivos descargos y las pruebas que pretendan hacer valer.*

*Recibidos los descargos y practicadas las pruebas que se consideren conducentes, el jefe de la Sección de Visitaduría rendirá informe evaluativo al superintendente del subsidio familiar, dentro de los diez (10) días siguientes, quien dentro de los quince (15) días siguientes tomará las medidas administrativas a que haya lugar, de conformidad con los artículos 13 del decreto 2463 de 1981 y 15 de la ley 25 de 1981. Si no hubiere mérito para imponer sanciones, ordenará el archivo del expediente.*

Art. 91.\_ *El informe evaluativo que presente el Jefe de la Sección de Visitaduría al Superintendente del Subsidio Familiar, deberá contener:*

*-Descripción sucinta de los hechos materia de investigación.*

*- Análisis de los cargos, de los descargos y de las pruebas en que se funde o desvirtúe la responsabilidad de los investigados.*

*- Las normas que considere infringidas”.*

El Decreto 2150 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia del Subsidio Familiar, reitera en su artículo 2°, como uno de los objetivos de la entidad, la de ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar, con el propósito de que su constitución y funcionamiento se ajusten a la ley y a sus estatutos internos.

La Ley 489 de 2002 por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo, reitera como función de la Superintendencia de Subsidio Familiar, practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de los negocios, o de aspectos especiales que se requieran, para lo cual se podrán recepcionar declaraciones, allegar documentos y utilizar los demás medios de prueba legalmente admitidos y adelantar las investigaciones a que haya lugar.

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 2463<sup>1</sup> al que se refiere el artículo 90 del Decreto 341 de 1998, dispone:

*“ARTICULO 13. Se aplicarán, en lo pertinente a los miembros de juntas o consejos directivos, revisores fiscales y gerentes o directores administrativos de las cajas o asociaciones de cajas, los artículos 62, 57, 200, 211, 214, 216, 255, 292 del Código del comercio”.*

*La imposición de las sanciones que puedan derivarse del presente artículo, que no revisaran carácter penal, corresponderá a la Superintendencia del Subsidio Familiar.*

Y el artículo 15 de la Ley 25 de 1951, al que también alude el artículo 90 *ídem*, se refiere a la facultad que tiene el Superintendente de Subsidio familiar para imponer multas.

Sobre las funciones de control y vigilancia que tiene la Superintendencia de Subsidio Familiar ha dicho esta Sección<sup>2</sup>:

*“El ejercicio de las funciones comentadas lo realiza la Supersubsidio a través de la práctica de las visitas, tanto las ordinarias, cuyo objeto es comprobar el cumplimiento de los porcentajes legales en el manejo de los recursos, la adecuada prestación de los servicios a su cargo y el acatamiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como de las especiales, destinadas a la verificación de aspectos específicos de los programas adelantados por las entidades vigiladas o de su administración.*

*Si del informe escrito de la visita se desprende la violación de las normas legales o estatutarias, debe formularse pliego de cargos a los presuntos responsables para que, dentro de los 10 días siguientes, presenten las respectivas exculpaciones y aporten las pruebas que pretendan hacer valer. Al no desvirtuarse los cargos formulados, el Superintendente puede adoptar las medidas administrativas previstas en el artículo 7º del decreto 2150 de 1992, ya antes transcritas, de contenido meramente disciplinario y, si la situación lo amerita y antes de que se surta el trámite descrito, puede adoptar las medidas provisionales de cautela que consagra la ley, tendientes a precaver perjuicios mayores...”.*

*Del análisis normativo que se hizo en la precitada sentencia se colige que existen dos clases de competencias por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar: la disciplinaria, que concluye con la sanción de intervención administrativa y la policiva, que le permite a la entidad, antes de que se surta el trámite descrito, adoptar medidas provisionales de cautela cuando la situación lo amerita y para precaver perjuicios mayores.*

*De tal manera que si en este caso, conforme se infiere del texto de los actos acusados, la Superintendencia de Subsidio Familiar hizo uso de la facultad que tiene para decretar medidas cautelares, por no estar ejerciendo su poder disciplinario sino policivo, y no tener dichas medidas el carácter de sanción, no estaba obligada a formular pliego de cargos ni a seguir el procedimiento previsto en el Decreto 0341 de 1988. En consecuencia, el cargo por violación del debido proceso, en lo que a la aplicación del procedimiento previsto en el Decreto 0341 de 1988 se refiere, no está llamado a prosperar”.*

En el caso de la sentencia transcrita, la Superintendencia de Subsidio Familiar estaba ejerciendo su poder policivo y fue expresa la Sala en afirmar, que en el caso del ejercicio del poder disciplinario se debe seguir el procedimiento del Decreto 341 de 1998.

Vista la facultad que tiene la Superintendencia de Subsidio Familiar para ejercer el control y vigilancia de las Cajas de Compensación Familiar y para sancionar, es claro que, de conformidad con el artículo 91 del Decreto 341 de 1998, el informe evaluativo que presente el Jefe de la Sección de Visitaduría al Superintendente del Subsidio Familiar, debe contener, la descripción de los hechos materia de investigación, el análisis de los cargos, de los descargos y de las pruebas en que se funde o desvirtúe la responsabilidad de los investigados y las normas violadas.

El informe evaluativo que el Jefe de la División Legal presentó al Superintendente de Subsidio Familiar, correspondiente a la visita efectuada a las instalaciones de COMFABOY, que dio origen y se transcribió en las resoluciones acusadas, reposa a folios 1 a 177 del cuaderno N° 24, en resumen, señaló todos los hechos irregulares que se presentaron al interior de la Caja de Compensación Familiar, en las áreas legal, administrativa, contable-financiera y servicios sociales y estadística; las normas, reglamentos y circulares presuntamente violados; los cargos y descargos y las pruebas y finalmente, recomienda al Superintendente imponer la sanción que estime pertinente. Este informe no hace un análisis de imputabilidad de la conducta del actor.

#### EL ACTO ACUSADO

A folio 32 a 144 reposa copia auténtica de la Resolución acusada N° 0155 del 11 de julio de 2004, en la cual, de manera clara y extensa se explican los hechos irregulares que dieron origen a la sanción impuesta al ex Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá y a unos exdirectivos, entre ellos al actor, que se refieren a violación de normas legales relacionadas entre otras con la elección, las actas y las funciones del Consejo Directivo; violación al régimen de inhabilidades e inhabilidades; aportes que se adeudan; contratos sin control, que no siguieron los procedimientos ni tenían documentos soportes ni cumplieron su cometido; procesos disciplinarios por conductas irregulares que se quedan sin sancionar, entre otros.

En el área administrativa se refiere a irregularidades tales como, la falta de planeación, suspensión de los manuales de funciones, evaluación y selección y deficiencias en materia tecnológica e informática.

También se refiere a irregularidades en materia contable – financiera, porque, entre otras, se presentaron pérdidas en el programa de mercadeo, las cuentas corrientes y de ahorros presentan saldos diferentes en los extractos y en los libros, existen problemas en los inventarios y el sistema de control interno es deficiente.

En el área de servicios sociales y estadística se encontraron irregularidades tales como, que las cifras de aportes y subsidios no coinciden, los dineros para auxilios educativos no coinciden, el proceso de contratación de los kids escolares fue irregular, se adelantaron dos proyectos iguales en forma simultánea para el desarrollo del Programa de Atención Integral a la Niñez; en cuanto al FOVIS, Fondo de Vivienda de Interés Social señaló entre otras anomalías que el manual de procedimientos para la asignación de subsidios del Fondo de Vivienda de Interés Social no contempla la nueva normatividad, se ponen en riesgo sus recursos que tienen destinación específica, porque se suscriben contratos cuyo pago se carga a los gastos operativos del Fondo; en el tema de la salud, se refiere, a situaciones tales como, que el contrato con Comfenalco Antioquia y Comfaboy no tuvo estudio que lo justifique, no existen pólizas de seguros que cubran el riesgo de las enfermedades de alto costo; se refiere en el área en comentario a deficiencias frente al control presupuestal, control de la correspondencia, control de la gestión y control de autorización, inversiones y gastos. (todo lo anterior consta en 11 cuadernos)

La resolución en comentario señala, que la Superintendencia ya había advertido a la Caja de algunas irregularidades y da cuenta de que inició la investigación administrativa correspondiente, porque se violaron las siguientes normas que hacen relación a las funciones del actor, en su calidad de Consejero Directivo:

- LEY 21 DE 1982:

*“Artículo 35. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, el empleador dará aviso inmediato del hecho a la Caja de Compensación. Familiar a que estuviere afiliado, y ésta continuará pagando durante doce (12) meses el monto del subsidio a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de las personas a cargo del fallecido.*

*Artículo 45. La calidad de miembro o afiliado de la respectiva Caja se suspende por mora en el pago de los aportes y se pierde en virtud de la resolución dictada por el consejo Directivo de la misma, por causa grave, se entiende como tal, entre otras, el suministro de datos falsos por parte del empleado a la respectiva Caja, la violación de las normas sobre salarios mínimos, reincidencia en la mora del pago de los aportes y el envío de informes que den lugar a al disminución de aportes o al pago fraudulento del subsidio.*

*Las Cajas de Compensación Familiar tiene obligación de dar el correspondiente informe a las Superintendencias del Subsidio Familiar, que será previo en los casos de pérdida de la calidad de afiliado, a efecto de que se adopten las providencias del caso.*

*Sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley, el empleador que incurra en desafiliación por el no pago de aportes o por el fraude de éstos, no será aceptado por otra Caja de Compensación Familiar hasta tanto no satisfaga los aportes debidos o reintegre los valores cobrados fraudulentamente a las respectiva Caja.*

*“Artículo 54. Son funciones de los Consejos Directivos:*

*1º. Adoptar la política administrativa y financiera de la Caja teniendo en cuenta el régimen orgánico del subsidio familiar y las directrices impartidas por el Gobierno Nacional.*

*....*

*6º. Visitar y controlar la ejecución de los programas, la presentación de los servicios y el manejo administrativo y financiero de la Caja.*

*.....*

*8º. Evaluar los informes trimestrales de gestión y de resultados que debe presentar el Director Administrativo.*

- Decreto 341 de 1988 artículo 46 que regula lo relativo a la suspensión y expulsión de los afiliados, por mora en el pago de los aportes.

- Decretos N°s 1585 de 2001, 2480 de 2002, 2488 de 2002 y Ley 812 de 2003, reguladores de la asignación de subsidios familiares de vivienda de interés social por parte de las Cajas de Compensación Familiar.

- Circulares Externas N°s 015 de 1998 que se refiere a la responsabilidad de los Consejos Directivos, 026 de 1996 relativa a las suspensiones y expulsiones de empresas morosas y 004 de 1995 que trata de lo relativo a incluir “vigilado por la Superintendencia del Subsidio Familiar”.

Acto seguido enumera las pruebas que obran en el proceso, tales como, el informe de visita, contratos, actas de la Junta Directiva, oficios internos, reglamentos internos, documentos soportes, certificaciones, relación de pagos, comprobantes, inventarios etc.

En el acápite de los cargos<sup>3</sup> se lee:

*“Por lo antes expuesto, el 21 de octubre de 2003, se resolvió formular pliego de cargos al Doctor Francisco Javier García García, Ex Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá COMFABOY, por presunta violación a lo establecido en....*

*Al igual que a los señores .....FERNANDO ALFONSO BAYONA ..., Ex Consejeros Directivos de COMFABOY, porque presuntamente al actuar en su condición de tales, desconocieron lo dispuesto en los artículos 35, 45, 54 numerales 1, 6 y 8 de la Ley 21 de 1982, 46 del Decreto 0341 de 1988, numeral 6 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002, los Decretos N°s 1585 de 2001, 2480 de 2002, 2488 de 2002 y Ley 812 reguladores de los Subsidios Familiares y Vivienda de Interés Social y las Circulares Externas N°s 015 de 1998, 026 de 1996, 004 de 1995”. (resalta la Sala).*

Frente a los descargos presentados por el actor la citada resolución menciona lo siguiente:

*“Ahora, frente a los argumentos del Consejero FERNANDO ALFONSO BAYONA RINCÓN, quien además, se debe resaltar, sólo se pronuncia en sus descargos respecto de los numerales 1 y 3 del área legal, por considerar que respecto a los demás nada tienen que ver con su función; por tanto frente a este cargo argumenta que: “Distintas razones jurídicas tuvimos en cuenta para decidir no incluir en el orden del día de la asamblea, la elección de los Consejeros y fueron tomadas de los conceptos de personas con experiencia en el ejercicio del derecho y la administración y jamás pretendimos faltar a la ética o a la ley”. Y a su afirmación que: “De hecho en la Asamblea General Ordinaria celebrada el 30 de abril, ningún afiliado reclamó por no haber incluido en el orden del día la elección de Consejeros y la sesión se desarrolló tranquilamente en lo que respecta al tema, y sin mayores contratiempos”. Consideramos que estas argumentaciones en momento alguno desvirtúan el cargo endilgado, y si por el contrario lo que hacen es confirmar su ocurrencia, además extraña que para el efecto se hayan tenido en cuenta conceptos de especialistas y no los emitidos frente al tema por el Ente de Control y Vigilancia. Debiéndose exonerar de responsabilidad frente a este cargo a los Consejeros..., quienes votaron en contra de la proposición de no incluir dentro del orden del día de la Asamblea a realizarse el 30 de abril de 2002, la elección de Consejeros ...”.*

En el documento de descargos<sup>4</sup> menciona el actor que aunque entiende que las normas legales deben guiar sus actos, cuando se asumió el cargo dedicó mucho tiempo a explorar cada una de las áreas y se encontraron muchas deficiencias, pérdidas y serias dificultades por la anarquía que se vivía, por lo que se reglamentaron las funciones del Consejo Directivo, se redefinió el área contable y la de control interno, la Secretaría General, entre otros que cita, sobre lo cual anota el esfuerzo, dedicación y los resultados que se logró obtener en el corto tiempo en que fue miembro. Alegó que el principio de legalidad debe ser una garantía y que el debido proceso es un derecho que se compone de reglas y principios que garantizan que la acción punitiva y sancionadora del estado no resulte arbitraria.

La Resolución acusada N° 0338 que confirma la anterior, en relación con el actor, señala:

*“Frente al argumento de los Ex Consejeros ...FERNANDO ALFONSO BAYONA RINCÓN, relativo a que el Ente de Control y Vigilancia realizó una globalización al señalar que como los cargos hacían relación a los mismos hechos el análisis se haría en forma conjunta, lo cual a su juicio incluyó una conclusiones generalizadas, si bien evidentemente se hizo referencia en la Resolución N° 0155 a este aspecto, ello en momento alguno pretendía significar que se realizaría el estudio de manera global como se pretende hacer ver sino que por razones de orden y secuencia en el análisis de cada cargo se examinó la situación de todos y cada uno de los implicados, además que es la misma resolución la que da cuenta del análisis efectuado, donde se analizó la situación de cada Consejero frente a sus descargos y a las pruebas que consideraron oportuno aportar, de modo que no les asiste razón cuando efectúan tal afirmación, pues ello se desvirtúa con el contenido de la misma resolución que ahora impugnán”.*

De lo anterior se observa que el pliego de cargos contiene un exhaustivo análisis, dividido por áreas, sobre diferentes situaciones y hechos irregulares que devienen en cargos y pruebas de su ocurrencia; no obstante los descargos presentados por el actor, los cargos se confirman.

Sin embargo, observa la Sala que, las resoluciones acusadas formularon cargos de manera genérica, señalaron normas violadas y analizaron pruebas que llevaron a una sanción a todos los investigados; pero bien es sabido que en la valoración de las pruebas se debe llegar a la certeza no sólo de los anteriores elementos, sino también de la responsabilidad del implicado y por ello debe hacerse un juicio de imputabilidad, como lo ordena el artículo 91 del Decreto 341 de 1998, pues en el derecho sancionatorio disciplinario está proscrita la responsabilidad objetiva.

En otras palabras en materia sancionatoria debe existir exactitud y precisión no solo sobre los hechos, cargos y pruebas que se aducen como motivos de una infracción, sino que debe existir certeza acerca del sujeto contra quien se dirigen, para lo cual no basta citar las facultades sancionatorias, las normas violadas y las pruebas, sino que se debe analizar de manera específica cada conducta, puesto que la sanción no puede aplicarse de manera general por el hecho de que los autores formen parte de un mismo cuerpo colegiado.

Como bien lo anotó el fallo apelado, es claro que existió una violación al debido proceso y al derecho de defensa, puesto que no se individualizó la responsabilidad del actor, como tampoco se señalaron las normas que infringió y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos; más aún, en este caso, en el cual su actuación como miembro del Consejo Directivo de COMFABOY, se ejerció en periodos diferentes al de los otros investigados.

En efecto, el debido proceso para el actor, se limitó a la expedición de un pliego de cargos y a un acto administrativo por medio del cual se sancionó a todos los investigados por igual, sin tener en cuenta que éste ejerció el cargo de Consejero Directivo, en condiciones y características que debieron precisarse. La administración debió concretar en qué consistió la infracción y de qué manera sucedió, frente a la conducta del investigado, lo cual se echa de menos en las resoluciones acusadas.

En la forma en que fue formulado el pliego de cargos, no era posible determinar la responsabilidad del demandado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 8 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SE DEJA CONSTANCIA DE QUE LA ANTERIOR SENTENCIA FUE LEÍDA, DISCUTIDA Y APROBADA POR LA SALA EN LA SESIÓN DE LA FECHA.

RAFAEL E. OSTAÚ DE LAFONT PIANETA

PRESIDENTE

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>[1]</sup> Por el cual se determina el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los funcionarios de las cajas de compensación familiar y de las asociaciones de cajas y de los miembros de sus organismos de dirección, administración y fiscalización.

<sup>[2]</sup> Sentencia del 6 de febrero de 2003; rad 1997-5712-01 (8266); C.P. Dr Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>[3]</sup> Los cargos están contenidos en los cuadernos 7, 15 y 23

<sup>[4]</sup> folio 18 y ss del cuaderno de “Anexos a la demanda”.

---

*Fecha y hora de creación: 2025-12-20 06:39:45*