



Función Pública

Sentencia 00304 de 2013 Consejo de Estado

INVESTIGACION DISCIPLINARIA POR LA PERSONERIA DISTRITAL DE BOGOTA - Competencia. Regulación legal.

Dentro de las funciones que el ordenamiento jurídico le asigna a las Personerías está la de vigilar la conducta oficial de los empleados [en el presente caso del Distrito Capital], en consecuencia pueden adelantar las investigaciones disciplinarias que estimen pertinentes para poder esclarecer hechos que se susciten por el ejercicio de la función pública y de ser necesario, puede imponer sanciones. En el sub judice, el actor fue sancionado mediante los actos acusados con multa de 120 días en el cargo de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E. de Bogotá D.C., es decir, que la Personería de Bogotá tenía competencia territorial y funcional para adelantar el proceso disciplinario en su contra.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 118 / DECRETO 1421 DE 1993 - ARTICULO 100

PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO DE LA PERSONERIA DISTRITAL DE BOGOTA - Competencia. Auto de apertura de investigación.

En el sub-examine, si bien es cierto que el Alcalde Mayor de Bogotá profirió el Auto de Apertura de Investigación de 11 de junio de 2004, también lo es, que el Ente de Control Distrital en ejercicio del poder preferente otorgado por el C.D.U., artículos 3°, inciso 4° y 69, inciso 2°, asumió desde su inicio el conocimiento y trámite de la investigación disciplinaria, pues a través del Auto No. 138 de 18 de junio de 2004, ejerció la facultad de competencia preferente que le concede la Ley, y por intermedio de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico (Dirección de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico), adecuó la investigación decretando la nulidad parcial del Auto de Apertura proferido por la Alcaldía Mayor y lo amplió en aplicación del artículo 157 ibídem, es decir, que realizó en su totalidad la investigación.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 3 INCISO 4 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 69 INCISO 2

SANCION DE SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL CARGO DE GERENTE DE HOSPITAL DEL TUNAL E.S.E - Prueba contradictoria. Valoración. Sana crítica. Duda favorece al disciplinado.

Existen pruebas directas como el Informe de Auditoría Integral, que indican la responsabilidad del demandante frente a la omisión funcional que se le imputó; pero a su vez, existe prueba directa que sugiere la ausencia de responsabilidad del investigado, como es el Acta de Seguimiento y Mejoramiento de 14 de junio de 2004. De modo, que tenemos un acervo probatorio contradictorio, que sugiere de manera racional la incertidumbre de si en verdad el actor omitió los deberes funcionales que tipifican la falta disciplinaria por la que se investigó, que de paso configura una seria duda sobre este particular de acuerdo al ordenamiento jurídico que se analizó y teniendo en cuenta la naturaleza del proceso disciplinario favorece al investigado, es decir, que no existe certeza ni de la responsabilidad ni de la inocencia del investigado. En esas condiciones la Sala concluye como lo hizo el A-quo, que en el presente caso se desconoció lo previsto en los artículos 141 y 142 del Código Disciplinario Único, en la medida que no se valoraron las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y que la prueba obrante en la investigación fue insuficiente para indicar la responsabilidad del acusado, existiendo duda que necesariamente debe favorecer al disciplinado y que obligaba a que la decisión fuera absolutoria.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 141 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 142

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

CONSEJERO PONENTE: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00304-01(2191-10)

Actor: CARLOS ARIEL RODRÍGUEZ SUAREZ

Demandado: BOGOTA DISTRITO CAPITAL - PERSONERIA DE BOGOTA AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes y el Ministerio Público contra la sentencia de 29 de abril de 2010, mediante

la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, se inhibió de conocer la legalidad del Auto PSI No. 028 de 5 de abril de 2006 y accedió parcialmente a las suplicas de la demanda incoada por Carlos Ariel Rodríguez Suárez contra Bogotá D.C. – Personería de Bogotá.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo actuando a través de apoderado, el señor Carlos Ariel Rodríguez Suárez demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Resolución 009 de 10 de octubre de 2005, proferida por el Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y de Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, mediante la cual, profirió fallo de primera instancia sancionándolo con suspensión en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital El Tunal por el término de 780 días, convertibles en salarios, de conformidad con el artículo 46 numeral 3° de la Ley 734 de 2002.

Auto PSI 028 de 5 de abril de 2006, por medio del cual, el Personero de Bogotá D.C., negó la petición de nulidad interpuesta por el actor contra la Resolución 009 de 10 de octubre de 2005.

Resolución PSI No. 377 de 21 de diciembre de 2006, expedida por el Personero de Bogotá D.C., por la cual, modificó la Resolución No. 009 de 10 de octubre de 2005 e impuso como correctivo disciplinario la suspensión del cargo por el término de 120 días, convertibles en salarios.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la accionada al pago de los perjuicios ocasionados con la sanción disciplinaria impuesta, así:

*Por daño emergente: I) 120 días de salario que fue la sanción impuesta; II) los servicios profesionales de un abogado contratado para su defensa dentro de la investigación disciplinaria No. 11838/04; y III) los gastos en que incurrió al trasladarse de ciudad en razón a sentirse presionado por los hechos que motivaron la sanción disciplinaria impugnada.

*Por lucro cesante: I) Los salarios, primas técnicas, gastos de representación, cesantías, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir durante el periodo comprendido entre el 7 de julio de 2004 al 20 de abril de 2005, lapso durante el cual fue apartado del cargo de Gerente del Hospital El Tunal Empresa Social del Estado, Nivel III; II) los emolumentos dejados de percibir desde el 24 de junio de 2004 hasta la fecha de efectividad de la sentencia, por cuanto no ha podido conseguir trabajo debido a la forma que fue retirado.

*Por perjuicios inmateriales el pago de: I) daños morales 100 S.M.L.M.V.; II) daño a la vida de relación 100 S.M.L.M.V.; y III) alteraciones en las condiciones de existencia 100 S.M.L.M.V., sumas que deberán ser indexadas con base en el IPC.

*Adicionalmente solicitó que se de cumplimiento a la sentencia conforme lo establece el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y que se condene en costas al Distrito Capital de Bogotá.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Por medio del Decreto No. 454 de 1º de junio de 2001 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, el actor fue nombrado como Gerente del Hospital El Tunal E.S.E., por el período de tres años.

Durante los días del 2 al 9 de junio de 2004 en el Hospital El Tunal E.S.E., mientras el actor se desempeñaba como Gerente del Centro Hospitalario, le fueron suministradas a unos recién nacidos gotas de formol en los ojos en vez de Gentamicina, hechos que desencadenaron la Apertura de la Investigación Disciplinaria No. 427ID por parte de la Alcaldía de Bogotá D.C.

Por competencia y conexidad, la Alcaldía Mayor de Bogotá mediante Auto de 11 de junio de 2004 ordenó la Apertura de la Investigación Disciplinaria contra el demandante, en su condición de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E., y de Silvia Martínez, María Estela Jiménez, Silvia Arbeláez, Jeimy Ospina, Roció Beltrán, Diana Zambrano, Patricia Rico y Francys Gallego, quienes se desempeñaban como Enfermeras Profesionales.

El Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, dando cumplimiento a la Resolución 290 de 15 de junio de 2004 emanada del Personero Distrital, profirió el Auto No. 138 de 18 de junio del mismo año en ejercicio del poder preferente, a través del cual asumió la investigación disciplinaria adelantada por lo hechos ocurridos en el Hospital El Tunal E.S.E. de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002, artículos 3° y 67.

El 22 de junio de 2004, la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, profirió el Auto No. 148, por medio del cual declaró la nulidad parcial del Auto de Apertura de la Investigación, expedido por la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Capital, por la vinculación de particulares al proceso. Igualmente, a través del Auto No. 150 del 23 del mismo mes y año adicionó el Auto de Apertura Formal de la Investigación, por considerar que otros funcionarios debían ser vinculados a la investigación, calificando las conductas de los disciplinados como gravísimas.

Mediante Auto 151 de 23 de junio de 2004 la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, ordenó al nominador suspender provisionalmente al accionante por el término de tres (3) meses en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital El Tunal. Dando cumplimiento al Auto citado el Alcalde Mayor de Bogotá mediante Decreto No. 192 de 24 de junio de 2004, lo suspendió.

El demandante interpuso grado de consulta contra el Auto No. 151 de 23 de junio del 2004, con la finalidad de anular la orden de suspensión

provisional allí contenida para que fuera reintegrado al precitado cargo por no presentasen los supuestos del artículo 157 del Código Disciplinario Único. La anterior consulta fue resuelta mediante Auto P.S.I 059, proferido por el Personero de Bogotá confirmando la decisión de suspensión provisional.

El Representante Legal Suplente del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Científicas - ICONTEC, dando respuesta a un requerimiento realizado por el Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, el 20 de septiembre de 2004, informó los procesos de calidad del Hospital El Tunal E.S.E. certificados.

La suspensión provisional del demandante fue prorrogada por la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, medio del Auto No. 223 de 23 de septiembre de 2004.

El actor nuevamente el 13 de octubre de 2004, presentó consulta contra la decisión de prórroga de la suspensión provisional, por considerar que no se cumplían los supuestos establecidos en el artículo 157 del Código Disciplinario Único, la cual fue atendida mediante Resolución P.S.I. 597 de 29 de octubre de 2004 por parte del Personero de Bogotá, dejando sin efectos la prórroga de la suspensión provisional teniendo en cuenta que el periodo establecido en el Decreto 454 de 1º de junio de 2001, mediante el cual fue nombrado en el cargo de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E., había culminado el 6 de julio de 2004.

A través del Auto de Cargos No. 006 de 29 de octubre de 2004, fue calificada la falta del demandante como gravísima por parte del Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, consistente en omisión en el cumplimiento de su deber como Gerente del Hospital El Tunal E.S.E.

El demandante presentó descargos el 1º de diciembre de 2004 afirmando que los hechos por lo cuales fue investigado fueron ocasionado de manera dolosa por personas inescrupulosas, quienes estaban interesadas en que fuera retirado de la Gerencia del Centro Hospitalario dada su excelente gestión.

Dentro de la Investigación Penal No. 1114681 adelantada por la Fiscalía 22 Local de Bogotá contra el actor, se calificó el merito del sumario por medio de Resolución en donde se consignó que el suministro de formol a neonatos se realizó de manera intencional, tendiendo gran participación en estos hechos el Auxiliar de Enfermería Miguel Ángel Quimbayo, tal como se deduce del acervo probatorio, donde unos de los resultados buscados era ponerlo en conocimiento público.

La Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, por medio de la Resolución No. 009 de 10 de octubre de 2005, profirió fallo de primera instancia declarando probado el primer cargo tipificado así: "Por omitir las gestiones tendientes de desarrollar una estructura y capacidad operativa del Hospital adecuada según las normas del sistema obligatorio de garantía de la calidad instauradas a partir de la Ley 100 de 1993, y sus decreto reglamentarios, mediante la aplicación de principios y técnicas gerenciales que aseguren la calidad de los servicios dispensados, y que fueran eficaces para contrarrestar hechos anómalos dolosos o culposos capaces de comprometer los recursos y la capacidad de competir en el mercado de la salud de la E.S.E. Hospital el Tunal". Como consecuencia de ello fue sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo por 180 días, convertible en multa de \$18'976.092 (53 S.M.L.M.V.).

Contra la anterior decisión el 9 de noviembre de 2005 el actor interpuso recurso de apelación, donde explicó las irregularidades que se presentaron dentro del proceso disciplinario adelantado en su contra, pues no se decretó la nulidad de la actuación realizada por la Alcaldía Mayor de Bogotá quien inicio la investigación por competencia por conexidad. De igual manera, no guardan similitud el pliego de cargos con el fallo disciplinario impugnado, desconociendo de esta manera la identidad del fallo, y el derecho de contradicción, entre otros.

El Personero de Bogotá por medio de Auto P.S.I. 028 de 5 de abril de 2006, negó la nulidad propuesta por el demandante originada en la supuesta violación a principio de identidad del fallo, y el derecho de contradicción, entre otros, concediendo el respectivo recurso de reposición, el cual fue interpuesto por el actor el 27 de octubre de 2006.

El Personero de Bogotá mediante Resolución No. 377 de 21 de diciembre de 2006, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el Auto PSI 028 de 5 de abril de 2005 confirmando la decisión impugnada. En la misma Resolución se decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia contenido en la Resolución 009 de 10 de octubre de 2005, modificando la suspensión del cargo, estableciéndola en 120 días, convertibles en salarios mínimos.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículo 29; Ley 734 de 2002, artículos 5º, 141 y 142.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Al iniciar las actuaciones disciplinarias por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá contra el actor se desconoció el debido proceso, por cuanto el artículo 3º del Código Disciplinario Único establece que el poder disciplinario esta en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Municipales y Distritales. La Alcaldía no está facultada para iniciar ninguna investigación disciplinaria, siendo la competencia por conexidad un argumento invalido.

En atención a lo dispuesto en el artículo 143 del C.D.U., solicitó la nulidad del proceso disciplinario por irregularidades sustanciales que afectan

el debido proceso, situación que es considerada por la Corte Constitucional como una vía de hecho. Por no decretarse la nulidad de las actuaciones viciadas los fallos controvertidos son manifiestamente contrarios a la Ley, tal como lo estipula el artículo 413 del “Código Penal” (Sic).

La nulidad debe ser decretada como última ratio, es decir, cuando el operador encuentre que no es posible subsanar alguna irregularidad presente en el proceso que afecte intereses y derechos de los particulares, tal como aconteció con el demandante, pues debió declararse la nulidad por la actuaciones adelantadas por la Alcaldía Mayor de Bogotá al no tener competencia para iniciar una investigación disciplinaria.

Por otro lado los artículos 141 y 142 del C.D.U., hacen referencia a la apreciación integral de la prueba para sancionar, que fueron desconocidas por la demandada, ya que no se tuvieron en cuenta los diferentes logros alcanzados por el Hospital El Tunal Empresa Social del Estado cuando el actor ocupada el cargo de Gerente, para la imposición de las sanciones disciplinarias controvertidas.

Los lamentables hechos ocurridos en el Hospital El Tunal E.S.E. durante los días 2 al 9 de junio de 2004, no se originaron en la falta de procedimiento ni deficiencia de los mismos, pues se cumplía con todos los parámetros establecidos para la prestación del servicio, tal como se deduce de la visita fiscal realizada el 17 de junio de 2004, la cual no arrojó anomalía alguna. Es de resaltar, que no existe un procedimiento para contrarrestar un hecho anómalo como el ocurrido, pues este obedeció a una transgresión del comportamiento humano. Los hechos fueron ocasionados por la intención de terceros (Dolo) por lo que al demandante no se le puede atribuir dicha responsabilidad, tal como lo pretende la accionada.

Ahora bien, el principio de la identidad del fallo fue desconocido por la parte demandada dentro del proceso disciplinario que originó la sanción impuesta al actor, ya que no existe coherencia entre la argumentación esgrimida en el pliego de cargos y en la decisión de sanción. Si bien el cargo es el mismo, las consideraciones no coinciden. Al fallo de primera instancia le fueron incorporados elementos nuevos que no fueron consignados en el pliego de cargos imponiendo así una carga al demandante de desvirtuar todos los argumentos y afectando la derecho de defensa y contradicción.; no podía ser atacado en las diferentes etapas procesales con argumentos diferentes.

La Corte Constitucional ha señalado que el pliego de cargos es la providencia que sienta los cimientos para adelantar las actuaciones disciplinarias a las que haya lugar, definiendo el objeto de la investigación para que el disciplinado pueda ejercer su derecho de defensa. El pliego de cargos no señaló de manera concreta las normas infringidas por el demandante, contrariando la obligación del Ente acusado de encuadrar la conducta en algún tipo determinado, desconociendo el principio de legalidad material.

Con relación a la ilicitud sustantiva de la investigación, aclaró que las sanciones disciplinarias deben ser impuestas por una falta al deber funcional del servidor público, es decir, por un actuar que perjudique o desconozca los fines esenciales del Estado. Cuando ello se presenta, se afirma que la conducta es antijurídica, elemento esencial para la procedencia de las sanciones disciplinarias. En el caso concreto la Personería de Bogotá no estableció la antijuricidad de la conducta del actor, es decir, no determinó los bienes jurídicos vulnerados por este.

Respecto a la suspensión provisional, es necesario advertir que es procedente cuando el funcionario investigado disciplinariamente puede interferir en el desarrollo normal de las actuaciones investigativas, por lo que su retiro temporal del cargo, se convierte en una medida cautelar que garantiza el curso del proceso disciplinario. Empero, ello no significa que pueda ser utilizada de manera arbitraria por parte del operador jurídico por lo que su motivación es indispensable.

El actor fue suspendido provisionalmente sin que hubiera merito para ello, puesto que el Hospital contaba con los procedimientos, equipos, recursos humanos, en cumplimiento al Decreto 2309 de 2002 y la Resolución 1439 de 2002, que impedían que los hechos por los cuales se investigaba se volvieran a repetir. El suministro de formol en los ojos a los recién nacidos no fue consecuencia de fallas administrativas, sino de un acción penal que fue investigada por la Fiscalía General de la Nación. (Fls. 766-803)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Personería de Bogotá Distrito Capital, por intermedio de apoderado judicial dio contestación a la demanda (Fls. 812-847) con fundamento en los argumentos que se resumen así:

Los actos acusados se ajustan a los parámetros establecidos por la Ley, por cuanto la actuación que lo originó no desconoció los derechos fundamentales del demandante. De lo anterior se deduce que las sumas de dinero pretendidas por éste no están llamadas a prosperar, en razón a que no se le causó daño alguno por parte de la Personería de Bogotá con la sanción impuesta dentro del proceso disciplinario.

El accionante argumenta que con la sanción disciplinaria su buen nombre se vio comprometido, lo cual conllevó a una afectación de su vida de relación por lo que solicita el reconocimiento de un indemnización, petición que no debe prosperar puesto que el diario El Tiempo realizó varias publicaciones en donde se advirtió que por su excelente desempeño en el cargo de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E., iba a ser ratificado en su cargo, recalando sus cualidades como profesional.

Al no ser procedentes las pretensiones de conocimiento de sumas de dinero, la indexación solicitada por el actor no está llamada a prosperar.

Las actuaciones disciplinarias adelantadas por la Personería de Bogotá se encuentran amparadas por la presunción de legalidad propia de las actuaciones administrativas, por lo que no es procedente utilizar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como una inexistente tercera instancia, pues esta acción solo procede cuando las decisiones administrativas se encuentran inmersas dentro de alguna o algunas de las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del C.C.A.

El argumentó esbozado sobre la falta de competencia para iniciar las actuaciones disciplinarias por parte del Distrito Capital, no goza de fundamento legal, pues tal como lo advirtió el Personero de Bogotá en la Resolución 377 de 21 de diciembre de 2006, se declaró la nulidad del Auto de Apertura de la Investigación proferido por el Distrito, adelantando la Personería, en virtud de la competencia preferente contemplada en la Ley, todas las actuaciones disciplinarias que originaron la sanción al demandante.

No se debe confundir la responsabilidad a la que está sujeto el Centro Hospitalario con la responsabilidad de los funcionarios. La Secretaría de Salud de Bogotá en ejercicio de sus funciones de inspección, control y vigilancia determina si los procedimientos establecidos por los Centros Hospitalarios son los adecuados. Por el contrario, la Personería se encarga de establecer responsabilidades disciplinarias de los funcionarios que hayan incurrido en un incumplimiento de su deber legal, amparada en la Ley 734 de 2002.

Sobre la afirmación del actor respecto a falta de relación “lógico-técnica-jurídica entre lo cargos”, es de advertir que no se incurrió en irregularidad alguna por cuanto se aplicó la Ley en debido forma no incurriendo en indebida aplicación de la misma, pues se le informó en debida forma los cargos formulados en contra suya, brindándole la posibilidad de ejercer su derecho de defensa sin que pudiera desvirtuar los cargos a él imputados.

Fue la Personería de Bogotá quien adicionó el pliego de cargos al actor cumpliendo las diferentes etapas dentro del proceso disciplinario, motivo por el cual no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, pues la accionada adelantó todas las actuaciones administrativas respetando las disposiciones del ordenamiento jurídico. En otras palabras, los fallos disciplinarios impugnados fueron el resultado del cumplimiento de las diferentes fases siendo proferidos atendiendo el material probatorio que obraba en el expediente disciplinario.

El Personero de Bogotá con fundamento en su poder preferente, asumió la investigación disciplinaria de manera casi inmediata adelantada contra el demandante por el suministro de formol a niños recién nacidos en el Hospital El Tunal Empresa Social del Estado. El Auto de Apertura de la Investigación proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá cumplió la finalidad de iniciar una investigación disciplinaria, por lo que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, esta actuación es totalmente válida ya que no se le desconoció el debido proceso al accionante. De lo anterior se concluye que el actor no logró acreditar la trascendencia de la supuesta irregularidad la cual fue determinante en la sanción a él imputada.

La Personería de Bogotá al momento de proferir los fallos disciplinarios apreció de manera integral las pruebas obrantes en el proceso, por lo que la afirmación de falta de valoración de las pruebas, no es válida. El hecho de que al Hospital El Tunal Empresa Social del Estado se le hayan otorgado una serie de reconocimientos como certificados de calidad ISO 900 versión 2000 y premios otorgados por la Secretaría de Salud, no significa que el accionante no pueda ser objeto de sanciones disciplinarias, pues no se hizo avance alguno en la estructura orgánica del Centro Hospitalario que permitiera afrontar hechos anómalos que excedieran el riesgo en la actividad.

Respecto a la supuesta vulneración del principio de identidad del fallo con relación al proveído de imputación de cargos, el cual alegada el actor, aclaró la Contraloría en informe del mes de octubre de 2003 encontró falencias en el sistema de autocontrol, sin que se hubieran definido las escalas de riesgo, y los procedimientos de entrega de medicamentos no se efectuaran de acuerdo a los parámetros establecidos, es decir, el Centro Hospitalario no contaba con una estructura organizacional que fuera acorde con la realidad funcional de la Entidad.

El demandante no adoptó las medidas necesarias tendientes a asegurar la calidad del servicio, muestra de ello, son las actividades informales que realizaban los denominados líderes, coordinadores o interlocutores circunstancia que sumadas a otras anomalías, se convirtieron en fragilidad en el aseguramiento de la prestación del servicio.

Los anteriores argumentos fueron esbozados de igual manera por parte de la Entidad demandada tanto en el Pliego de Cargos como en las Resoluciones por medio de las cuales sancionó al demandante, quien se limitó a citar apartes de los fallos disciplinarios impugnados dándoles una connotación diferente a la que tienen, por cuanto se deben apreciar las consideraciones planteadas para la toma de las decisiones de manera integral y conjuntamente.

El argumentó expuesto por el demandante de la supuesta vulneración del principio de legalidad por parte de la Entidad demandada no es de recibo, en razón a que la Corte Constitucional ha estipulado que el fallador en materia disciplinaria goza de un margen más amplio que en materia penal, para proferir sus decisiones, sin que ello signifique que legisle. Si bien el fallador no realizó una transcripción de las normas violadas en el caso concreto, si justificó de manera suficiente la adopción de la decisión.

Con relación a la violación del principio de ilicitud sustancial de la investigación, es de resaltar que el artículo 5º del Código Disciplinario Único - C.D.U. establece que una falta es considerada antijurídica cuando afecta el deber funcional sin justificación alguna, supuesto que se presentó en el caso concreto. El demandante fue sancionado por omitir la realización de gestiones tendientes a desarrollar una estructura operativa en el Hospital en cumplimiento de la calidad instaurada por la Ley 100 de 1993, ya que ello fue lo que dio origen a los hechos por los cuales fue declarado responsable disciplinariamente.

El actor creó Coordinaciones sin determinarles funciones específicas y sin encuadrarlas dentro de la estructura orgánica del centro hospitalario, lo cual demuestra las falencias organizacionales que originaron el suministro de formol a recién nacidos. De igual manera, los funcionarios del Hospital El Tunal Empresa Social del Estado se encontraban en condiciones laborales precarias.

El cargo de falsa motivación del acto administrativo de suspensión del demandante en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital El Tunal Empresa Social del Estado y el supuesto aviso de abuso de poder no está llamado a prosperar, ya que no argumentó de manera suficiente los aspectos tipificadores de la falsa motivación.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que la suspensión provisional dentro de un proceso disciplinario tiene como finalidad garantizar el normal desarrollo de las actividades investigativas, pues el funcionario investigado puede interferir cuando se encuentra en ejercicio del cargo, sin que ello se traduzca en que sea responsable disciplinariamente. La Personería de Bogotá fundamentó de manera suficiente las razones por las cuales suspendió provisionalmente al actor del cargo de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E., cumpliendo con los requisitos exigidos por la Jurisprudencia Constitucional.

La parte demandada propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado el acto administrativo complejo, puesto que si bien se demandaron los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos por la Personería de Bogotá, no se acusó la Resolución mediante la cual el Alcalde Mayor de Bogotá ejecutó la sanción impuesta, siendo elemento integrante del acto administrativo complejo.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 29 de abril de 2010, se inhibió de conocer la legalidad del Auto PSI No. 028 de 5 de abril de 2006 y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls. 1189-1258), con fundamento en los siguientes argumentos:

La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por omitir demandar el acto administrativo de ejecución de la sanción disciplinaria no está llamada a prosperar, en razón a que dentro del libelo demandatorio se encuentran los presupuestos procesales necesarios para proferir fallo. El Consejo de Estado ha afirmado que no es necesario demandar el acto administrativo de ejecución de la sanción por cuanto no contiene una decisión de fondo adoptada por la administración, es decir, es un acto de mero trámite.

Por otro lado, al ser el auto PSI No. 028 de 5 de abril de 2006 un acto administrativo de trámite no goza del carácter de interlocutorio por lo cual no es posible realizar un control de legalidad. En virtud de lo anterior la Sala se declaró inhibida para pronunciarse sobre la pretensión de nulidad del referido acto administrativo.

El actor argumentó que dentro del proceso disciplinario adelantado en su contra se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto el Alcalde Distrital adelantó unas actuaciones administrativas disciplinarias cuando no era competente para ello. De acuerdo a lo estipulado en las disposiciones normativas que regulan los procesos disciplinarios contra los servidores públicos, el nominador se encuentra facultado para adelantar investigaciones disciplinarias a sus subalternos.

De lo anterior concluyó el A-Quo que el Alcalde en ejercicio de sus facultades Constitucionales y Legales podía investigar al demandante en su condición de Gerente del Hospital El Tunal, ya que era inferior jerárquico. Además, si bien es cierto que dentro de la estructura administrativa del Distrito se encuentran las Oficinas de Control Disciplinario, estas son de inferior jerarquía al cargo ocupado por el actor, motivo por el cual no podía investigarlo.

Con relación a la incongruencia entre el pliego de cargos y los fallos disciplinarios, aclaró que el primero se constituye en la columna vertebral del proceso disciplinario pues es allí donde se fijan las conductas del disciplinado que posiblemente vulneraron el ordenamiento jurídico, mientras que los segundos realizan un análisis de fondo sobre los hechos materia de controversia con la finalidad de determinar la ocurrencia de alguna falta disciplinaria para así poder sancionar. No es posible que exista una identidad argumentativa entre uno y otro, por cuanto en los fallos disciplinarios se evalúan de manera integral las pruebas para proferir una decisión de fondo. Sin embargo, si deben guardar una relación jurídica que garantice el debido proceso del disciplinado, circunstancia que no se presentó en el caso concreto.

En el pliego de cargos se le endilgó al actor la comisión de una falta gravísima a título de culpa, y en los fallos disciplinarios se sancionó por la comisión de una falta grave. Para variar la gravedad de la conducta era necesario modificar el Auto de Cargos tal como lo estipula el artículo 165 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002). Empero, dicha irregularidad no vicia la validez de los actos administrativos acusados por cuanto no fue alegada en vía gubernativa ni en la demanda. Adicionalmente, la variación del calificativo de la conducta resultó serle más beneficiosa. Es de resaltar que no toda irregularidad procesal atenta contra el debido proceso.

Si bien es cierto que la sanción debe observar y acatar el ordenamiento jurídico, es decir, que el disciplinado debe ser castigado con fundamento en las normas contenidas en el sistema normativo, no lo es menos que el demandante fue castigado por incumplimiento de sus deberes como Gerente General de la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal atendiendo lo estipulado por el artículo 5º del Código Disciplinario Único.

Por otra parte, la administración previo a proferir una decisión de fondo sobre determinado asunto, emite una serie de actos administrativos de trámite dentro de los que se encuentra la suspensión provisional de los servidores públicos, que es una medida cautelar en virtud de la cual se pretende que el disciplinado no incida en el desarrollo normal de las investigaciones disciplinarias, sin que ello determine la decisión final. Con base en ello, el cargo formulado por el actor de falta de motivación y abuso de poder al proferir el acto administrativo de suspensión no está llamado a prosperar.

El cargo de falta de valoración integral de las pruebas en los fallos disciplinarios demandados, porque supuestamente no se tuvo en cuenta la buena gestión y los premios otorgados al Hospital El Tunal E.S.E. durante la administración del actor, no tiene fundamento jurídico alguno, pues la buena gestión de un servidor público no lo exime de responsabilidad disciplinaria, ni lo blindo frente a cualquier sanción. Si bien el accionante adoptó medidas dentro del Centro Hospitalario para garantizar la calidad y seguridad en la prestación del servicio, la Contraloría Distrital de Bogotá en el Informe de Auditoria Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Abreviada 2002-2003 se percató de unas irregularidades en el sistema de control interno y manejo del riesgo, el esquema organizacional, la gestión de resultados y la gestión ambiental de la Entidad, lo cual conllevó a suministrar a unos neonatos gotas de formol en sus ojos.

Adicionalmente, en los fallos disciplinarios acusados se tuvieron en cuenta distintas pruebas dentro de la que se encuentran la investigación administrativa adelantada por la Secretaría Distrital de Bogotá, la cual arrojó como resultado una serie de inconvenientes organizacionales que impedían determinar responsabilidades en las labores de la Entidad.

Ahora bien, el agente disciplinario debió valorar el acta de seguimiento de la auditoría, realizada por la Contraloría Distrital de Bogotá donde se consigna la adopción de medidas por parte del Hospital El Tunal E.S.E. para minimizar las falencias encontradas por el Ente de control, circunstancia que no se presentó en el caso concreto, pues basta con realizar un comparativo entre el hallazgo de irregularidades estipulados en el informe de auditoría y el acta de seguimiento para corroborar la diligencia de la administración del Hospital El Tunal para resolver una serie de anomalías.

La Entidad demandada obvió valorar la mencionada acta de seguimiento, por lo cual el argumento empleado para sancionar disciplinariamente al demandante en no haber acatado las observaciones realizadas por el Ente de Control Distrital no es cierto. Es de resaltar que la Entidad que auditó al Hospital El Tunal E.S.E. fue la misma que acreditó las medidas adoptadas por el Centro Hospitalario para contrarrestar los riesgos.

El demandante vio restringida su capacidad de defenderse al no ser tenidas en cuenta por la accionada las medidas establecidas para mejorar el servicio en el Hospital El Tunal Empresa Social del Estado. En los fallos disciplinarios se omitió realizar un estudio integral del material probatorio obrante dentro del proceso disciplinario adelantado en contra del actor, ya que de haberse realizado, la decisión hubiese sido diferente a la sanción.

Al concurrir pruebas directas contradictorias dentro del proceso disciplinario, ya que algunas demuestran negligencia y otras diligencias por parte de la administración del Hospital El Tunal E.S.E. para minimizar los riesgos en la prestación del servicio, deben prevalecer las que más benefician al disciplinado. Así las cosas, la Entidad demandada no atendió lo dispuesto por los artículos 141 y 142 del C.D. U. pues no realizó una valoración de las pruebas de acuerdo a la sana crítica.

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han sostenido que es la Administración quien está obligada a demostrar la comisión de una falta por parte del servidor público, de manera que al presentarse duda sobre la conducta investigada debe resolverla a favor del disciplinado. En el caso concreto, las pruebas no son suficientes para sancionar al demandante, puesto que de lo contrario se estaría desconociendo el ordenamiento jurídico.

Dicho lo anterior, las pretensiones de restablecimiento del derecho propuestas por el actor en la demanda merecen especial atención. La pretensión de reembolso del valor pagado por motivo de la multa impuesta es procedente si se prueba que dicha suma fue efectivamente pagada por el actor, de lo contrario la obligación de pagarla cesará.

Sobre el reembolso del dinero pagado a un abogado para que asistiera al actor dentro del proceso disciplinario no está llamada a prosperar, por cuanto la apertura de la investigación disciplinaria obedeció al impacto social de los hechos que originaron la sanción disciplinaria.

La pretensión de pago de los gastos originados en el cambio de residencia no goza de fundamento jurídico, pues el bien adquirido ingreso a su patrimonio, no constituyéndose en un gasto sino en una inversión. Con relación al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, deben ser reconocidos desde el 24 de junio de 2004, día en que se ejecutó la sanción, hasta el 20 de abril de 2005, fecha en que venció el periodo para el cual fue nombrado, atendiendo lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley 734 de 2002.

Respecto al pago de los dineros no percibidos por la pérdida de oportunidades laborales originada en la sanción disciplinaria impuesta, no es procedente por cuanto no obra en el expediente prueba de ello. Adicionalmente, los testimonios en los cuales se fundamenta la pretensión son sospechosos en razón al grado de parentesco de los testigos con el demandante y por ser convergentes.

En razón a que una sanción disciplinaria injustamente impuesta causa una afección subjetiva a las personas, condenó al Distrito, Personería de Bogotá a reconocerle al demandante la suma de 20 S.M.L.M.V., que se determina atendido el cargo ocupado por el actor y el tiempo de la sanción.

No hay lugar a ordenar al Hospital pagar suma alguna por concepto de afectación a la vida de relación, por cuanto esta se reconoce al presentarse una disminución física del demandante, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, situación que en el caso concreto no se dio.

LOS RECURSOS

El Ministerio Público, interpuso recurso de apelación cuya sustentación obra de folios 1260 a 1263, en que solicita se revoque la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

La decisión recurrida se fundamentó en interpretaciones rigurosas, desconociendo la finalidad preventiva y correctiva de la sanción disciplinaria, que en últimas es salvaguardar los principios constitucionales y legales de la función pública. Al ser el demandante la máxima autoridad dentro de la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal, se encontraba sujeto a las investigaciones disciplinarias correspondientes.

Por otra parte, el actor debió atacar la legalidad del acto administrativo que le impuso la suspensión provisional del cargo de Gerente del Hospital, por tanto, no es posible la solicitud de los perjuicios ocasionados con la suspensión. Adicionalmente, los efectos de la sanción deben hacerse efectivos en virtud de la naturaleza jurídica de los procesos disciplinarios.

La Parte Actora por intermedio de apoderado impugnó la decisión del Tribunal (Fls. 1269-1273), argumentando lo siguiente:

Los hechos que dieron origen a la investigación y posterior sanción disciplinaria del demandante no son evitables, por cuanto son dolosos o culposos, es decir, no existe un manual o protocolo para evitar que funcionarios de la E.S.E. Hospital El Tunal, actuando con culpabilidad, le suministraran gotas de formal a unos recién nacidos. Estos hechos no sucedieron como consecuencia de una reestructuración administrativa sino de un actuar doloso, o en el mejor de los casos culposo.

No correspondía endilgarle responsabilidad alguna al actor por cuanto no actuó desconociendo sus funciones. En otras palabras, los diferentes funcionarios se responsabilizan por el incumplimiento de su deber lo cual imposibilita imputarle responsabilidad por actuaciones dolosas cometidas por otros funcionarios, ya que lo esperado es que cada persona que integra cualquier Entidad actúe de acuerdo a la confianza depositada y a las funciones a ellos asignadas.

El factor determinante para imponer faltas disciplinarias es la violación al deber funcional, pues el principio de ilicitud sustancial no es entendido, como lo argumentó la Personería de Bogotá, una relación mecánica entre las supuestas normas violadas por el disciplinado. Dicho principio contempla la evaluación de aspectos probatorios y adecuación de un juicio objetivo que permita determinar una posible vulneración al ordenamiento jurídico.

No es posible establecer responsabilidad disciplinaria sin previo cuestionamiento del deber funcional, pues la violación sustancial de dicho deber indudablemente debe conllevar al impedimento de cumplir los fines esenciales del Estado. En el caso concreto, no se señaló de manera inequívoca cuales fueron los deberes funcionales violados por el demandante; la Personería de Bogotá se limitó a afirmar a lo largo del proceso disciplinario que el actor desconoció deberes funcionales sin especificar cuáles y de qué manera.

Por otra parte, para estimar el valor de los honorarios del abogado que asistió al actor durante el proceso disciplinario se debe practicar una prueba pericial basándose en la naturaleza, la duración y la complejidad del proceso.

La Personería de Bogotá Distrito Capital, por intermedio de apoderado, impugno la decisión del A-quo (Fls. 1278-1294), solicitando se revoque y en su lugar proceda a negar las súplicas de la demanda.

La Jurisdicción de lo Contencioso es competente para examinar la legalidad de los fallos disciplinarios, empero, se encuentra limitada por cuanto no puede revivir una investigación disciplinaria en sede judicial. La acción judicial contra los actos administrativos que impongan una sanción disciplinaria esta destinada a examinar el cumplimiento de las ritualidades y demás procedimientos, observando el respeto al debido proceso.

En el sub lite, dentro de las diligencias disciplinarias adelantadas por la Personería se observa que valoró la totalidad de las pruebas, tanto las favorables como las desfavorables allegadas al proceso en legal forma. Adicionalmente, en el segundo y tercer cargo analizó el deber funcional y reconoció la implementación de una cultura de mejoramiento continuo, por lo cual el argumento empleado por el A-Quo, para acceder parcialmente a las súplicas de la demanda de falta de valoración del acta de seguimiento de control fiscal, es equivocado.

Considerar que no fue valorada una prueba con mayor importancia que otras, no es un desconocimiento al debido proceso sino una diferencia sustancial en la apreciación subjetiva de la prueba, ya que las citadas actas de seguimiento fueron el fundamentó para absolver al actor del segundo y tercer cargo.

El actor fue sancionado en virtud del cargo 1º, el cual fue formulado por omitir las gestiones necesarias para desarrollar una estructura y capacidad operativa hospitalaria adecuada que fueran eficaces para contrarrestar hechos dolosos o culposos que comprometieran los intereses del Hospital. Si bien la gerencia corrigió las falencias advertidas en la auditoria, la sanción obedeció no al suministro de formol a unos neonatos, sino a un contexto Institucional por no atender el sistema de garantía de calidad que el Centro Hospitalario venia adoptando, lo cual facilitó la acción de manos criminales.

El informe de auditoria fiscal adelantado por la Contraloría Distrital para la vigencia 2001-2002 como el plan mejoramiento (acta de seguimiento), fue conocido por el operador disciplinario y enunciado en el Auto de Cargos de 29 de octubre de 2004, por lo que solo se pronunció sobre las irregularidades que se seguían presentando un año después.

CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado en Concepto visible de folios 1320 a 1324, solicitó denegar las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

El Alcalde de Bogotá contaba con la competencia para iniciar el proceso disciplinario en contra del demandante tal como lo establece el artículo 2º del Código Disciplinario Único. Además, el Personero Distrital de Bogotá en uso de la facultad otorgada por los artículos 3º y 4º ibídem, asumió el poder disciplinario de manera preferente al comisionar al Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico para adelantar las diligencias disciplinarias pertinentes mediante Auto 138 de 18 de junio de 2004, quien amplió el Auto de Apertura de la Investigación.

De acuerdo a lo establecido por los artículos 67 y 76 del Código Disciplinario Único y la Directiva No. 04 de 2002, proferida por el Alcalde Mayor de Bogotá, se deduce que los funcionarios que intervinieron dentro del proceso disciplinario adelantado en contra del actor gozaban de la competencia para ello, por lo cual el argumento de falta de competencia expuesto por el actor no esta llamado a prosperar.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas la siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si los actos administrativos demandados infringieron las disposiciones citadas en la demanda, porque en la actuación disciplinaria que antecedió su expedición se violó el debido proceso y el derecho de defensa del accionante en calidad de investigado.

ACTOS ACUSADOS

*Resolución 009 de 10 de octubre de 2005, proferida por el Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y de Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, mediante la cual, profirió fallo de primera instancia sancionando al demandante con suspensión en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E, por el término de 180 días, convertibles en salarios, de conformidad con el artículo 46 numeral 3° de la Ley 734 de 2002. (Fls. 385-602)

*Auto PSI 028 de 5 de abril de 2006, por medio de la cual el Personero de Bogotá D.C., negó la petición de nulidad interpuesta por el actor contra la Resolución 009 de 10 de octubre de 2005. (Fls. 619-627)

*Resolución PSI No. 377 de 21 de diciembre de 2006, expedida por el Personero de Bogotá, que resolvió modificar la Resolución No. 009 de 10 de octubre de 2005 e imponer como correctivo disciplinario la suspensión del cargo por el término de 120 días, convertibles en salarios. (Fls. 636-663)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Del Tiempo de Prestación de Servicio del Actor:

Según da cuenta la certificación de tiempo de servicio, expedida por la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal, el demandante prestó sus servicios a la Entidad desde el 11 de junio de 1993 hasta el 5 de diciembre de 2004, solicitó el último cargo desempeñando el de Gerente del ente Hospitalario. (Fls. 900)

Por Decreto No. 035 de 19 de enero de 1998 el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., nombró al demandante por el término de tres (3) años en el cargo de Director, Grado 2 –Gerente de la Empresa Social del Estado Tercer Nivel de Atención, Código 0125, del Hospital El Tunal. (Fls. 1058-1059).

Por Decreto No. 066 de 25 de enero de 2001 el Alcalde Mayor, prorrogó a partir de 26 de enero del mismo año, y hasta tanto finalice el proceso de selección para conformación de la terna que designe el nuevo Gerente para el siguiente periodo al demandante en ese cargo. (Fls. 1060)

Por Decreto No. 454 de 1° de junio de 2001 el Alcalde de Bogotá D.C., nombró al demandante por el término de tres (3) años en el cargo de Director, Grado 2 –Gerente de la Empresa Social del Estado Tercer Nivel de Atención, Código 0125, de la E.S.E. Hospital El Tunal. (Fls. 1061-1061)

Del Proceso Disciplinario

Mediante Auto de 11 de junio de 2004, el Alcalde de Bogotá D.C., profirió el Auto Formal de Apertura de Investigación Disciplinaria contra el actor (entre otros), con motivo de la afectación de un número determinado de neonatos y un adulto por el suministro de formol, al parecer entre el 2 y 9 de junio del mismo año, en la E.S.E. Hospital El Tunal. (Fls. 3-10)

Mediante Auto No. 138 de 18 de junio de 2004, el Personero de Bogotá D.C., resolvió ejercer el poder preferente¹ sobre las diligencias tramitadas en la Secretaría de Salud del Distrito, relacionadas con el suministro de formol a unos neonatos en la E.S.E. Hospital El Tunal.

Por Resolución No. 290 de 15 de junio de 2004, el Personero Distrital de Bogotá, comisionó al Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, para la adelantar la referida investigación disciplinaria.

El 18 de junio de 2004 el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Personería, efectuó visita a la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Secretaría de la Alcaldía de Bogotá D.C., con el fin de comunicarle que la precitada Entidad ejercerá el control disciplinario preferente sobre las diligencias tramitadas en ese Despacho y relacionadas con los hechos acaecidos en el Hospital El Tunal. (Fls. 14).

Por Auto No. 148 de 22 de junio de 2004, la Unidad Especial de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, resolvió: "(...) De acuerdo con lo normado en el artículo 143 numeral 3° de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único, decretar la nulidad parcial respecto de las personas que no ostentan la condición de particulares destinatarios de la ley disciplinaria, a partir del Auto de apertura formal de investigación del 11 de junio de 2004 proferido por el Despacho de la Alcaldía Mayor dentro de éstas diligencias." (Fls. 15-30)

Mediante Auto No. 150 de 23 de junio de 2004, la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, dispuso decretar la ampliación y adición del Auto de apertura formal de Investigación Disciplinaria, en contra del actor en su calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal, III Nivel de Atención. (Fls. 30-40)

El 23 de junio de 2004 por Auto No. 151, suspendió provisionalmente de cargo y funciones al demandante, en su calidad de Gerente del Hospital

El Tunal, III Nivel de Atención, por el término de tres (3) meses.² (Fls. 41-53)

El Alcalde Mayor de Bogotá D.C., mediante Decreto No. 192 de 24 de junio de 2004, dio cumplimiento al precitado Auto y suspendió provisionalmente al demandante a partir de la fecha y por el término de tres (3) meses, del cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado, Código 085-02, Hospital El Tunal III Nivel. (Fls. 57-58)

Mediante Auto P.S.I. No. 059 de 30 de junio de 2004, el Personero de Bogotá D.C., resolvió confirmar la medida de suspensión provisional impuesta al demandante. (Fls. 78-116)

El Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá D.C., por Auto No. 198 de 30 de agosto de 2004, resolvió negar la petición de nulidad presentada por el actor. (Fls. 119-124).

El 31 de agosto de 2004 el Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá D.C. por Auto No. 205, abrió el proceso disciplinario a pruebas. (Fls. 125-136)

Mediante Auto No. 223 de 23 de septiembre de 2004, el Ente Investigador prorrogó la medida de suspensión provisional impuesta al demandante, por el término de tres (3) meses. (Fls. 158-165)

Según da cuenta la Resolución No. 597 de 29 de octubre de 2004, el Personero de Bogotá D.C., resolvió revocar la prórroga de la suspensión provisional del actor. (Fls. 181-202)

El 29 de octubre de 2004 el Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá D.C., profirió el Auto de Cargos No. 006 (Fls. 204-349), en FORMA GENERAL de la siguiente manera:

“CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Artículo 6°. (...)

Artículo 209. (...)

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO

LEY 734 DE 2002

Artículo 34. ‘DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

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

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995, se integrarán a éste Código. (...)

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

Artículo 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido.

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el congreso, las leyes, los derechos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

Artículo 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: (...)

RESOLUCIÓN No. 136 DEL 30 DE MARZO DE 2001.

1. Dirigir, controlar y velar por el cumplimiento de los objetivos del Hospital, en concordancia con los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que para el sector establezcan el Ministerio de Salud (Hoy de Protección Social) y la Secretaría Distrital de Salud. (...)

3. Fijar las políticas y adoptar los planes generales y las normas técnicas orientadas a mejorar la prestación de los servicios de salud.

4. Coordinar, armonizar, orientar e integrar las acciones de las Oficinas, Subgerencias y Organismos Colegiados, fomentando el trabajo interdisciplinario y asegurando el cumplimiento de las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo. (...)

9. Velar por el cumplimiento de las funciones de control de gestión y garantía de calidad en el área de los recursos humanos, físicos y tecnológicos. (...)

Velar por el cumplimiento de las normas orgánicas del Hospital y de las disposiciones que regulan los procedimientos y trámites administrativos internos.” (Fls. 307-308)

Más delante de folios 317 a 323 reseñó en FORMA ESPECIAL, los cargos contra el demandante en su condición de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E., con el siguiente contenido literal:

“(…)

FORMULACIÓN DE CARGOS

De acuerdo a lo expuesto en forma precedente, siguiendo lo dispuesto en el artículo 163 del C.D.U., se dispone formular cargos a los servidores públicos, para la época de los hechos, así: (...)

1. Por omitir las gestiones tendientes a desarrollar una estructura y capacidad operativa del Hospital adecuada según las normas del sistema obligatorio de garantía de la calidad instauradas a partir de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, mediante la aplicación de principios y técnicas gerenciales que aseguren la calidad de los servicios dispensados, y que fueran eficaces para contrarrestar hechos anómalos dolosos o culposos capaces de comprometer los recursos y la capacidad de competir en el mercado de salud de la E.S.E. Hospital El Tunal.

2. Por su omisión en la Dirección de la Empresa Social del Estado, manteniendo la unidad de procedimientos e intereses en torno a la misión y objetivos de la misma, ante la violación sistemática y reiterada de los parámetros de seguridad como características de la calidad en la prestación del servicio de salud en hechos que arrojan la afectación a la integridad física de 8 menores neonatos.

3. Por omitir la revisión y ajuste periódico del Sistema de Garantía de la Calidad y en la prestación del servicio dispensado por la E.S.E., al ser el máximo director de las políticas aplicables a los procesos de ejecución, desarrollo y aplicación de los servicios que componen el portafolio dispensado a la comunidad del D.C. (...)

Mediante Resolución No. 009 de 10 de octubre de 2005 (Fls. 385-602), el Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá, emitió fallo de primera instancia dentro del Proceso Disciplinario No. 11838 de 2004, resolviendo sancionarlo con suspensión del cargo por 180 días, según lo previsto en el artículo 44, numeral 3° de la Ley 734 de 2002; y por tratarse de un ex servidor público, cuyo período fijo ya culminó, en aplicación del artículo 46 ibídem deberá sufragar la suma de \$18'976.092 ó 53 SMMLV para 2004. Fundamenta su decisión de la siguiente manera:

“(…) Hace relación a la organización asumida por el Hospital El Tunal, a través de decisiones adoptadas por dicha Gerencia, en la cual la parte operativa misional fue cambiada de la tradicional existente en el organigrama de la Institución, a fin de adoptar algunas estrategias que presuntamente hacían más eficiente y rentable la labor. Se trata de: (I) La adopción de las Unidades Estratégicas de Negocios al interior de la E.S.E.; (II) Se asumiera las coordinaciones de las mismas a través de una persona que supervisa las labores o actividades que realizaban las Cooperativas de Trabajo Asociado que tenían a su cargo la parte operativa de éstas; (III) La existencia de las coordinaciones de gremios profesionales (ginecoobtetras y de enfermería) sin definición de funciones precisas y claras y menos de actos administrativos respectivos; (IV) La existencia de responsables de áreas misionales importantes, quienes solo ostentan un vínculo precario con el Hospital. Todo lo anterior, constituye las omisiones en técnicas gerenciales que no aseguraban un nivel óptimo de calidad en los servicios dispensados, y por tanto no eran eficaces para contrarrestar hechos anómalos en la E.S.E., circunstancias de vulnerabilidad que fueron demostradas no sólo con los nefastos hechos del suministro de formol a los neonatos sino que además tienen su origen en las mencionadas medidas de administración como se pasa a revisar. (...)

Era de conocimiento de la Gerencia las observaciones realizadas dentro del informe presentado por la Contraloría de Bogotá (Plan de Auditoría Distrital 2002-2003) en el mes de octubre del año inmediatamente anterior. (Folios 113 a 1194 – Anexo No. 7). En este se pone de presente que para el periodo auditado, se encontraron algunas falencias en el sistema de autocontrol; no se habían definido las respectivas escalas de valoración de riesgo, ni cómo es su manejo; no se realizaba monitorio a los mismos; no se contaba con una estructura organizacional acorde con la realidad operativa y funcional de la entidad y, los procedimientos para la entrega de medicamentos no se efectuaba acorde con los parámetros señalados. Los temas relacionados por la E.S.E. dentro del proceso de acreditación de las certificaciones expedidas INCONTEC, para casos concretos y ciertos, pero más allá de corregir algunos aspectos puntuales del tema no se hizo avance alguno en la consideración de la estructura orgánica, funcional y la operativa del Hospital, y cómo ésta última distante de las otras – daría lugar a los problemas estructurales para afrontar con acciones mancomunadas y coordinadas tendientes a reprimir hechos anómalos que excedieran el riesgo normal de la actividad. (...)

El juicio de reproche que se eleva al Doctor CARLOS ARIEL RODRÍGUEZ SUÁREZ se centra no en exigirle que conozca las especificidades y detalles de rutina en el servicio de SALAS DE PARTOS o en el de SALAS DE CIRUGÍA, sino que no adoptó medidas administrativas mínimas para adecuar la actividad operativa a un verdadero sentido de aseguramiento de la calidad como lo pregona reiteradamente en sus descargos y versión libre; muestra de ello es la informalidad en la ejecución de la actividad de los denominados 'líderes', 'Coordinadores' o 'Interlocutores' de los gremios profesionales que prestan su concurso en los diversos servicios del Hospital, y que en la forma operativa como funcionan son pilares básicos para garantizar un óptimo servicio. Obsérvese el caso de los ginecoobtetras quienes acudían a esta figura a fin de coadyuvar en el mejoramiento continuo del servicio dispensado, logrando avances que deben ser dignos de reconocimiento como lo acota la Doctora LUZ ADRIANA DÍAZ RODRÍGUEZ en su declaración. Tales 'Líderes' eran debidamente reconocidos por la Gerencia como interlocutores válidos en

temas misionales, pero su actividad jamás fue reglada, pese a su trascendencia, al punto que la Gerente (E) del Hospital El Tunal PATRICIA LOZANO GUARNIZO reconoció que para la época de los hechos si bien actuaban como tales, no existía dentro del esquema de organización tal figura, reglamentándose en forma posterior y a raíz de la presente investigación.

(...)

Dicha consecuencia se hizo evidente con los hechos acaecidos entre el 2 y el 9 de junio de 2005, pues pese a existir ‘manos criminales en todo ello’, también evidenció que no todo en dicha E.S.E. funcionaba a la ‘perfección’ y que había claros relajamiento en torno a procedimientos específicos detectados tanto para la Secretaría Distrital de Salud como para la Contraloría Distrital y que en el caso de la solicitud de entrega y recibo de medicamentos y almacenamiento de sustancias tóxicas como el formol. Dichas fragilidades son consecuencias de una propuesta estructural inadecuada frente al sistema obligatorio de garantía de la calidad que debe ser eficaz, aún para contrarrestar hechos anómalos, dolosos o culposos, toda vez que como ha quedado expuesto a lo largo del presente fallo, al implementarse un esquema tendiente a la productividad y proyección negocial de los servicios se afectó su calidad.

El sistema de garantía de la calidad de la E.S.E. se vulneró con tales políticas administrativas de la gerencia, como se pudo observar a lo largo de la investigación en temas concretos como son la responsabilidad de los Coordinadores o Representantes de profesionales de las áreas involucradas en los hechos investigados o de los contratistas de las Cooperativas, cuyo control se diluye frente a la impotencia de servidores públicos que poco o nada pueden responder frente a una situación tan grave como la que nos ocupa, y a quienes se les encomendaron labores de dirección o manejo sin el debido respaldo administrativo y en momentos de la formulación de responsabilidades se escudan en ese tipo de falencias netamente administrativas como la ausencia de roles funcionales bien definidos y lógico es pensar que aún frente a un hecho voluntario o doloso como el presentado con la aplicación de formol a los neonatos, si el criminal encontrara un escenario más rígido de seguridad, se hacía más difícil su propósito pero en los hechos investigados como esta pasara, tan es así que con posterioridad a los hechos la Gerente Encargada tomó rígidos correctivos en estos aspectos. Todo lo anterior nos lleva a concluir que la estructura administrativa propuesta por la Gerencia, a cargo del Doctor CARLOS ARIEL RODRÍGUEZ SUÁREZ no estaba siendo la más adecuada para el aseguramiento de la garantía de calidad de los servicios evidenciándose fisuras que a la postre fueron ‘aprovechadas por las manos criminales’ a que tanto se ha aludido. (...)

Según da cuenta el Auto PSI No. 028 de 5 de abril de 2006, el Personero de Bogotá D.C., negó la petición de nulidad del fallo de primera instancia que culminó con la sanción impuesta al demandante (Fls. 619-627), con las siguientes consideraciones:

“(…) Al respecto tenemos que efectivamente el investigado en la mencionada diligencia –versión libre- manifestó que le preocupaba que la Personería Distrital hubiera continuado con el proceso sin haber decretado la nulidad de las actuaciones adelantadas por la Alcaldía Mayor, al considerar el Doctor RODRÍGUEZ SUÁREZ, que la Alcaldía, no era el ente competente para la iniciación de la investigación; solicitud que fue negada por el A-Quo a través del Auto No. 198, de agosto 30 de 2004 (folios 1278 a 1283); proveído que le fue notificado al hoy apelante Doctor CARLOS ALBERTO RAMÍREZ LAMILLA, en forma personal el 2 de septiembre de 2004 (folio 1338), sin que interpusiera el recurso previsto en la ley para esta clase de decisiones –reposición-, pese a que en el referido proveído se indicó en forma expresa la clase de recurso que procedía, cuya copia le fue entregada al momento de surtirse la notificación, tal como da cuenta la anotación que se encuentra en el Acta que contiene dicha diligencia (folio 1338), de la que igualmente se destaca la reiteración de la procedencia del recurso de reposición.

No obstante dicha situación y garantizando aún más el cuestionado derecho a la defensa el Despacho se permite precisar que en materia disciplinaria la competencia general de todos los servidores públicos, esto es, del orden nacional y territorial, como lo adujo el Ministerio Público en la intervención de la Corte Constitucional dentro de las demandas de inexecutable de algunos preceptos de la ley 734/02, entre ellos el numeral 1º del artículo 143 –expediente D-3954 y D-3955-, se encuentra radicada en forma exclusiva en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, y que al lado de dicha premisa, la ley otorga poder preferente, a las Personerías Distritales y Municipales frente a los servidores públicos del respectivo Distrito o Municipio; en tanto que la competencia disciplinaria interna, es ejercida por el nominador o superior jerárquico del servidor estatal, en forma directa o a través de las Oficinas de Control Interno Disciplinario. (...)”

El señor Carlos Ariel Rodríguez Suárez, Gerente del Hospital el Tunal E.S.E., por intermedio de apoderado interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el Auto PSI 028 de 5 de abril de 2006 y la Resolución sancionatoria No. 009 de 10 de octubre de 2005. (Fls. 628-635)

Finalmente por Resolución No. 377 de 21 de diciembre de 2006, el Personero de Bogotá D.C., profirió decisión de segunda instancia en que modificó la sanción impuesta al demandante, en el sentido de disminuir la suspensión del cargo de 180 días a 120 días, redimibles en dinero (Fls. 636-663), teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“(…) De las pruebas citadas se colige con meridiana claridad que ni las Unidades Estratégicas de Negocios, ni el cargo de Coordinador de las mismas se encuentra inserto dentro de la estructura orgánica del Hospital el Tunal que obra a folio 894, lo que pone de presente el enjuiciamiento hecho al disciplinado, máxime cuando el Gerente no tiene facultades legales en cuanto a la organización estructural de la Institución Hospitalaria, por cuanto esa competencia en virtud de la normatividad respectiva –Decreto Nacional 1876 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo Distrital No. 17 de 1997- se encuentra en cabeza de la Junta Directiva del Centro Hospitalario.

Ahora, en lo que atañe a la existencia de coordinaciones sin definición de funciones claras y precisas, y, menos aún respaldadas en actos administrativos en el gremio de enfermería, de la revisión detenida del expediente el Despacho observa, de un lado, que en el organigrama visible a folio 894, se destaca la existencia de un Comité Coordinador de Servicios de Enfermería y a folios 919 a 921, reposan las funciones del cargo de ENFERMERO – Grado 19 – Código 365. (...)”

En ese orden de ideas, el Despacho colige la existencia del Comité de Coordinación de Enfermería y el establecimiento de funciones de coordinación y liderazgo en el cargo de ENFERMERO –Grado 19 –Código 365; aspectos que diluyen el punto de enjuiciamiento.

Y frente a la existencia de responsables de áreas misionales importantes, quienes solo ostentaban un vínculo precario con el Hospital –caso de LIGIA RODRÍGUEZ BENAVIDES, Coordinación Salas de Cirugía y Partos, se evidencia que el reproche cuestionado está direccionado a la forma de vinculación laboral de algunos empleados del Hospital, vistas las consideraciones hechas en el proveído de cargos, no encuentra el Despacho que este aspecto haya sido base de los cargos formulados; situación que impide al Ad-Quem entrar a su valoración. (...)”

De las Visitas de la Contraloría de Bogotá D.C. al Hospital el Tunal E.S.E.

La Contraloría de Bogotá D.C., efectuó Visita Fiscal al Hospital El Tunal E.S.E., III N.A., según da cuenta el Acta de 17 de junio de 2004 (Fls. 143-145), especialmente a las áreas de farmacia central, bodega, patología, farmacia de cirugía y sala de partos, observando las siguientes mejoras:

“(…) Con relación a los procedimientos de destrucción de envases de medicamentos, mejoras locativas en las áreas de farmacia, ubicación de fichas de seguridad o toxicología de los productos químicos que se manejan en el área de cirugía, patología, sala de partos: (...)”

5. En la farmacia de bodega se evidencio el reordenamiento y adecuación del área con mejoras locativas en los techos cubriendo las tuberías y el flujo de insumos al interior del Área. Además se adecuaron puertas de seguridad con sensores de movimiento de chapas. (...)”

7. El área de patología se verificó la existencia de hojas de seguridad de formoldehido, parafinas y el procedimiento para la preparación de formol. De igual manera se verifica la existencia de registros de control llevado por el área para la preparación y entrega a las diferentes áreas de las cuales se adjunta copia, observándose espacios en blanco. De otra parte se verificó la adecuación y fecha de recepción y preparación, se realizó la instalación de un ventilador, así mismo, se observó la disposición de los elementos de protección personal utilizados en el procedimiento. Sin embargo, continúa un área de archivo de historias clínicas contigua al área tanto de histotécnica como de almacenamiento de químicos.

8. Se verificó en el área el manual de bioseguridad actualizado mediante Resolución No. 0340 de fecha 26 de diciembre de 2003, verificándose las normas de bioseguridad universales y específicas por áreas y el Manual contiene para la disposición de los residuos hospitalarios en el cual contiene el manejo y disposición de los residuos químicos. Cuyos documentos son de conocimiento de los funcionarios. (...)”

10. En el área de cirugía se verificó el sitio de almacenamiento de productos químicos utilizados para los procedimientos en el área tales como inactivación, fijación de muestras para patología, limpieza y desinfección. Igualmente, se verificó la ubicación de las fichas de seguridad para cada uno de los productos para consulta del personal del área. El control de acceso a esta área es restringido, sólo para el personal responsable del procedimiento manteniéndose bajo llave con la custodia de la misma por parte de la Enfermera en Jefe del turno como medida de control adoptada por la Entidad al evento presentado.

11. Se verificó la ubicación del frasco de Gentamicina para el uso del profilaxis ocular al recién nacido en el área de adaptación neonatal con un espacio ente el área de almacenamiento de químicos de 15 mts con áreas completamente independientes.

12. Se verificó el procedimiento para el uso del formol, el cual no se relaciona con ningún procedimiento en la atención de neonatos. (...)”

A folio 142 del cuaderno principal obra el Acta de la Visita Fiscal al Hospital El Tunal E.S.E. III Nivel de Atención, realizada el 2 de julio de 2004, con el siguiente contenido literal:

“Los funcionarios de la Contraloría verificaron las condiciones de infraestructura de la cocina, observándose diferencias en el almacenamiento de alimentos de frutas y verduras, los cuales se encuentran en el mismo sitio de traperos y desorden.

A sí mismo se observaron cables sueltos de la campana extractora (La cual se encuentra prendida constantemente porque no se puede apagar, muy cercano a fogones de alta temperatura.

Aclaro que los traperos en bodega corresponden a traperos nuevos sin uso y con bolsa protectora. (...)”

Según da cuenta el Oficio No. 33100 de 2 de julio de 2004 (Fls. 140-141), la Contraloría de Bogotá D.C., efectuó una visita a la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal, encontraron lo siguiente:

1. Punto 4.6.1. La infraestructura de farmacia central no cuenta con un espacio suficiente para las actividades de recepción y entrega de medicamentos.

2. Punto. 4.6.2 Deficiencias en el manejo del libro de registro de medicamentos controlados.

3. Punto 4.6.3. No se cumple con la exigencia de la Resolución 826 de 2003 para la formulación de medicamentos formulados.

4. Punto 4.6.4. El espacio de farmacia de bodega es reducido frente a la demanda de almacenamiento de medicamentos.

De los Premios y Reconocimientos Otorgados al Hospital El Tunal E.S.E., Mientras el Actor Ostentó el Cargo de Gerente.

A folio 666 del expediente obra la certificación expedida por la Jefe del Departamento de Servicios, haciendo constar que el Hospital durante el periodo comprendido entre el 30 de julio de 1997 al 4 de julio de 2004, obtuvo los premios que se relacionan a continuación:

Premio - Certificación	Fecha (Mes y Año)	Entidad Otorgante
Premio Nacional de Alta Gerencia	Noviembre 2001	Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP
Certificación 'Hospitalización Amigo de la Madre y de la Infancia'	Junio 2001	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF
Premio Calidad y Gestión Hospitalaria - Mejor Calidad Asistencial	Noviembre 2001	Centro de Gestión Hospitalaria - Secretaría Distrital de Salud
Premio Calidad y Gestión Hospitalaria - Mejor ESE de III Nivel	Noviembre 2001	Centro de Gestión Hospitalaria - Secretaría Distrital de Salud
Premio Calidad en Salud Colombia - Categoría Bronce	Septiembre 2002	Centro de Gestión Hospitalaria
Certificación ISO 900/2004 - Aseguramiento de la Calidad - para la Prestación de Servicios Quirúrgicos	Noviembre 2002	Instituto de Normas Técnicas y Certificación - ICONTEC
Premio Calidad y Gestión Hospitalaria - Mejor ESE de II y III Nivel Puros	Mayo 2003	Centro de Gestión Hospitalaria - Secretaría Distrital de Salud
Certificación Hospital Institución Amiga de la Familia y de la Infancia	Octubre 2003	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF
Certificación ISO 9001.2000 - Gestión de la Calidad - para la Prestación de Servicios de Alta Complejidad en Urgencias, Medicina Crítica, Cirugía e Internación.	Marzo 2004	Instituto de Normas Técnicas y Certificación - ICONTEC

Del Manual de Funciones y Requisitos del Hospital El Tunal E.S.E. - III N.A.

A través del Acuerdo No. 004 de 29 de marzo de 2001, la Junta Directiva del Hospital El Tunal Empresa Social del Estado, expidió el Manual Específico de Funciones y Requisitos para los diferentes empleos que conforman la planta de personal, donde se detallan las funciones que debe desempeñar el Gerente, así:

1. Dirigir, controlar y velar por el cumplimiento de los objetivos del Hospital, en concordancia con los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que para el sector establezcan el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud.
2. Dirigir el diagnóstico y pronóstico del estado de salud de la población del área de influencia e interpretar sus resultados, definir los planes, programas y proyectos de salud y promover la participación de la comunidad en actividades de salud.
3. Fijar las políticas y adoptar los planes generales y las normas técnicas orientadas a mejorar la prestación de los servicios de salud.
4. Coordinar, armonizar, orientar e integrar las acciones de las Oficinas, Subgerencias y Organismos Colegiados, fomentando el trabajo interdisciplinario y asegurando el cumplimiento de las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo.
5. Promover la consecución oportuna de los recursos necesarios, administrar los bienes que constituyen el patrimonio del Hospital, garantizando mediante un sistema gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera del Hospital.
6. Adelantar gestiones tendientes a desarrollar la estructura y la capacidad operativa del Hospital, mediante la aplicación de principios y técnicas gerenciales que aseguren su supervivencia, crecimiento, calidad de recursos y capacidad de competir en el mercado de la salud.
7. Asistir a las reuniones de Junta Directiva, Presidir el Comité de Gerencia y demás Organismos ó Juntas en que tenga asiento legal, asumir las delegaciones emanadas del Despacho del Secretario Distrital de Salud de Bogotá D.C., rindiendo los informes que le sean solicitados y efectuar las delegaciones pertinentes.
8. Ordenar los gastos, dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos inter institucionales para el cumplimiento de los objetivos y funciones del Hospital, dentro de los límites legales estatutarios.
9. Velar por el cumplimiento de las funciones de control de gestión y garantía de calidad en el área de los recursos humanos, físicos y tecnológicos.
9. (sic) Ejercer la Representación Legal del Hospital.
10. Presentar a consideración de la Junta Directiva para su aprobación, los planes, programas, proyectos, planta de personal y procedimientos.
11. Cumplir con las políticas, planes, programas, normas y regímenes de adscripción en materia técnica, científica, administrativa, financiera y de personal, establecida por la Secretaría Distrital de Salud y en concordancia con la Junta Directiva.
12. Garantizar el cumplimiento de las políticas, normas nacionales y planes Distritales de salud, proyectos y metas a su cargo y recomendar los

ajustes que fueren necesarios para garantizar el desarrollo armónico de los programas que se señalen.

13. Suscribir dentro de su competencia los actos relativos al nombramiento, remoción administración del personal de acuerdo con las disposiciones legales, estatutarias, y reglamentarias.

14. Presentar los informes de labores desarrolladas por el Hospital a la instancia o autoridad correspondiente.

15. Controlar el manejo de los recursos financieros, para que estos se ejecuten de conformidad con los planes y programas establecidos y con las normas dadas para tal fin.

16. Organizar el funcionamiento del Hospital y proponer ajustes a la estructura orgánica de acuerdo con las necesidades y políticas.

17. Velar por el cumplimiento de las normas orgánicas del Hospital y de las disposiciones que regulan los procedimientos y los trámites administrativos internos.

18. Definir y mantener la identidad Corporativa del Hospital, como eje central de los procesos científico-técnicos y administrativos de la Institución.

19. Adoptar sistemas o canales de información interinstitucionales para la ejecución y seguimiento de los planes y programas de la administración Distrital.

20. Propiciar y desarrollar investigaciones científicas y tecnológicas con el fin de establecer las causas y soluciones a los problemas de salud en el área de influencia.

21. Adelantar actividades de transferencias tecnológicas y promover la realización de pasantías con el fin de ampliar los conocimientos científicos y tecnológicos de los funcionarios de la Entidad.

22. Participar y contribuir al desarrollo del sistema de red de urgencias en su área de influencia.

23. Promocionar el concepto de gestión de calidad y de acreditación que implique contar con estrategias coherentes de desarrollo Organizacional.

24. Elaborar y aprobar Acuerdos, Estatutos y demás disposiciones que determine la organización del Hospital.

25. Las demás funciones que le sean asignadas y correspondan a la naturaleza del cargo.” (Fls. 1038-1050)

Mediante Resolución No. 136 de 30 de marzo de 2001, el Gerente del Hospital, adoptó el Manual de Funciones y Requisitos para los diferentes empleos que conforman la planta de personal del Centro Hospitalario, expedido por Acuerdo No. 004 de 29 del mismo mes y año, por la Junta Directiva del Ente acusado. (Fls. 1049-1050)

De la Denuncia Penal Instaurada por el Actor.

La Fiscalía Veintidós Local, de la Unidad Segunda Delegada ante los Jueces Penales Municipales, según da cuenta el sumario No. 1114681 de 10 de agosto de 2005, (Fls. 353-384) dentro de la querella instaurada por el accionante, resolvió proferir resolución de acusación en contra de algunos funcionarios del Hospital El Tunal, teniendo en cuenta la siguiente argumentación:

“(…) El auxiliar de enfermería, QUIMBAYO JIMÉNEZ, fue el instrumento usado para poder publicitar el doloso uso del aludido medicamento, dentro del complot dirigido claramente a desalojar del cargo de Director del Hospital El Tunal al Doctor CARLOS ARIEL RODRÍGUEZ SUÁREZ, quien funge como denunciante dentro de estas diligencias. Pues al momento del fingido incidente de salpicación de fluido, se tiene la certeza que ya el formaldehído había sido implantado en un envase correspondiente a la GENTAMICINA oftálmica y por tanto, previamente suministrado a los menores posteriormente examinados para medir su grado de afectación; porque de alguna manera, no basta simplemente con la inferencia del daño, porque para producir el resultado buscado era preciso ponerlo en conocimiento público.

A la manera de una elaborada puesta en escena, este asistente de enfermería aduce haber recibido fluidos corporales en el órgano de la visión, por lo cual pidiera auxilio, procediera a lavarse su cara y dirigirse a la Unidad de Neonatos a pedir un gotero de Gentamicina de los usados allí regularmente para aplicar a los recién nacidos, sin dejar la manipulación del medicamento y su aplicación a la enfermera SANDRA LOZANO, quien se lo entregara en sus manos, para optar por su aplicación en lugar diferente y en manos de su amigo el camillero JORGE PABÓN y supuestamente denotar la presencia de Formol en el recipiente, a tal grado de ser después remitido a exámenes especializados.

Esta simulación queda al descubierto de manera fehaciente, al margen de lo anteriormente aludido, al militar dentro del plenario dictamen médico legal practicado a MIGUEL ÁNGEL QUIMBAYO JIMÉNEZ, descartando cualquier tipo de lesión en el órgano de la visión, muy a pesar de haber manifestado él mismo en su propia indagatoria ‘duré tres días sin poder ver, de ahí en adelante tenía el párpado caído y ardor (...)’ punto en el cual también es desvirtuado por el Doctor ENRIQUE ROMERO LARA, especialista en oftalmología, quien de manera concreta refiere no ser posible, en su opinión especializada, que el suministro de una gota de formol en el ojo izquierdo de QUIMBAYO JIMÉNEZ determinara pérdida de la agudeza visual en el 99%, por lo cual se trata de un caso de simulación, con datos clínicos incongruentes, pues los resultados de los exámenes salieron normales.

Es de anotar que la Fiscalía llevó a cabo inspección judicial, que involucra el examen al tipo de máscara utilizada por el enfermero auxiliar, según se puede visualizar en el álbum fotográfico radicado el 9 de agosto de 2004, en sus imágenes 18 y 19, sin que se pueda deducir en alguna forma la posibilidad que a un fluido le sea posible traspasar el visor transparente que exhibe la colaboradora judicial y en cuya parte superior va precedido de una visera blanca, cubriendo la totalidad del rostro y área adyacente, incluida parte del cuello; por cuanto el mismo indagado informó que estaba provisto de todo equipo de bioseguridad al momento del supuesto accidente. (...)”

Esta Fiscalía Local también llama a juicio a (2) la señora DIANA LUCÍA ZAMBRANO JARA, quien dijo (...) laboraba como enfermera jefe en el hospital El Tunal, con turnos asignados en horas de la noche, persona a la cual se le debe adjudicar haber acudido a la bodega de farmacia de tantas veces citado hospital El Tunal, a pedir al encargado MARTÍN FERNANDO CASTELLANOS, le entregara Gentamicina sin presentar la autorización médica requerida en estos casos. Esta omisión pretende justificarla al considerar como oportuno y necesario perturbar el descanso del galeno de turno.

Así las cosas, decidió acudir ante su compañero llevando un envase vacío del mismo medicamento y habiendo llenado un protocolo ajeno al (recetario) procedimiento establecido en los reglamentos, careciendo de la mencionada firma. Siendo esta circunstancia, relevante por cierto informada por la misma indagada en forma libre y espontánea. Lo cual, no pasaría de ser una simple violación a los reglamentos internos de la Institución, si no fuera por tenerse como establecido el uso de recipientes de Gentamicina para introducirle el formaldehído con el cual se agrediera el órgano de la visión de los infantes. Por tanto, soporta serios indicios de responsabilidad de estar en la misma línea de conducta que el anterior acusado.

(...) MARTÍN FERNANDO CASTELLANOS ALARCÓN (...) Estando establecido que él mismo confiesa haber entregado a la enfermera DIANA LUCÍA ZAMBRANO la precitada Gentamicina en las condiciones por ellas acotada, es decir, con violación de los protocolos establecidos para obtenerla y con la simple presentación de un frasco ídem vacío que por su uso racionalizado en pequeñas dosis alcanzo para atender aproximadamente a treinta pacientes menores de edad, no siendo este un incidente aislado sino con claro nexo causal por lo ya mencionado pluralmente de la criminal suplantación del medicamento. (...)

Al médico RAUL GONZÁLEZ ROMERO, por tratarse de quien corrobora que la pretendida afectación de QUIMBAYO JIMÉNEZ en el rostro si tuvo ocurrencia en su presencia, en el transcurso de una intervención quirúrgica a un paciente, circunstancia que nunca fue verificada, hecho este aunado a la declaración de CARLOS ENRIQUE MÁRQUEZ ROJAS, le adjudica haber anunciado anticipadamente al suceso investigado, que el Director del Hospital resultaría finalmente desvinculado de la Institución. Este testimonio también atribuye afirmación semejante al celador LIZANDRO EMILIO GÓMEZ LEÓN.

Por último, se deja constancia de haber realizado una investigación como corresponde a la naturaleza de la conducta punible, la gravedad del hecho, la personalidad de los involucrados y por supuesto, a la calidad de las víctimas – seres humanos recién nacidos, recibiendo una injusta y repugnante agresión, precisamente de parte de quienes fuesen designados para proteger las primeras horas de sus vidas, mediante los cuidados a proveer de acuerdo con su formación especializada. (...)”

Del Bien Inmueble Adquirido por el Actor

El 9 de septiembre de 2004, el accionante suscribió Promesa de Compra Venta de Inmueble, que a la cláusula primera con relación al objeto, es el que se describe a continuación: “Compra (...) de ‘una finca rural denominada SAN JOSÉ’ (...)” y en la cláusula cuarta, especifica el precio que asciende a la suma de \$80’000.000. (Fls. 734-742)

La Superintendencia de Notariado y Registro, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Facatativa, arrima al proceso certificación, que según la anotación No. 8 el 17 de diciembre de 2004, se registró como nuevo propietario al señor Rodríguez Suárez Carlos Ariel. (Fls. 1014-1016)

ANÁLISIS DE LA SALA

Para dirimir el problema jurídico que se plantea en el proceso de la referencia, la Sala lo resolverá en el siguiente orden: I) De la falta de Competencia; II) Del Debido Proceso Administrativo Disciplinario; III) De la Apreciación de las Pruebas Aportadas al Proceso Disciplinario; IV) De la Indemnización de Perjuicios; V) De la Condena en Costas.

De la Falta de Competencia

El demandante fundamenta el cargo de falta de competencia en la expedición de los actos acusados en que el proceso disciplinario no podía ser iniciado por el Distrito Capital, y tampoco era posible comisionar al Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería.

El A-quo despachó en forma desfavorable éste cargo, por considerar que el Personero de Bogotá sí podía delegar la facultad de investigar al demandante y con relación a las actuaciones adelantadas por la Alcaldía Mayor de Bogotá, recordó que las mismas fueron declaradas nulas por el Ente investigador, por tanto, no tiene razón de ser dicho argumento.

Con relación a la competencia para adelantar investigaciones disciplinarias por la Personería, la Constitución Política en el artículo 118 dispone que “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegado y los Agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los Personeros Municipales y por los demás funcionarios que determine la Ley. (...)” (Negrilla fuera de texto)

En desarrollo del mandato de la Carta Política, el artículo 100 del Decreto Ley 1421 de 21 de julio de 1993, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, de manera expresa prevé como atribución de la Personería de Bogotá en ejercicio de sus funciones como veedor ciudadano, lo siguiente:

“8°. Vigilar la conducta oficial de los ediles, empleados y trabajadores del Distrito, verificar que desempeñen cumplidamente sus deberes, adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones que fueren del caso todo de conformidad con las disposiciones vigentes.” (Se subraya)

Significa que dentro de las funciones que el ordenamiento jurídico le asigna a las Personerías está la de vigilar la conducta oficial de los empleados [en el presente caso del Distrito Capital], en consecuencia pueden adelantar las investigaciones disciplinarias que estimen pertinentes para poder esclarecer hechos que se susciten por el ejercicio de la función pública y de ser necesario, puede imponer sanciones.

En el sub judice, el actor fue sancionado mediante los actos acusados con multa de 120 días en el cargo de Gerente del Hospital El Tunal E.S.E. de Bogotá D.C., es decir, que la Personería de Bogotá tenía competencia territorial y funcional para adelantar el proceso disciplinario en su contra.

De las Actuaciones Adelantadas por la Alcaldía Distrital de Bogotá

Por otra parte aún cuando el accionante argumentó que los actos administrativos fueron expedidos contrariando la Ley por contrariar el artículo 143 del C.U.D. al no haberse decretado la nulidad del Auto de Apertura de la Investigación, proferido por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Contrario a lo afirmado por el actor, mediante Resolución No. 377 de 21 de diciembre de 2006, el Personero de Bogotá D.C., anotó que una es la investigación que se adelanta en contra de la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal y otra muy diferente, la que se le siguió al Doctor Carlos Ariel Rodríguez Suárez.³

Ahora bien el numeral 20 del artículo 38 del Decreto Ley 1421 de 1993,⁴ dispone que serán funciones del Alcalde Distrital de Bogotá, todas aquellas que le sean asignadas por disposiciones vigentes, sumado a que los artículos 67 y 76 del CDU,⁵ indican que dicha autoridad tenía competencia funcional para iniciar la investigación disciplinaria al demandante en su condición de Gerente del Hospital El Tunal debido a que era nominador; y porque, si bien es cierto el Distrito cuenta con Oficinas de Control Interno para investigar disciplinariamente a sus empleados.

En el sub-examine, si bien es cierto que el Alcalde Mayor de Bogotá profirió el Auto de Apertura de Investigación de 11 de junio de 2004, también lo es, que el Ente de Control Distrital en ejercicio del poder preferente otorgado por el C.D.U., artículos 3°, inciso 4° y 69, inciso 2°,⁶ asumió desde su inicio el conocimiento y trámite de la investigación disciplinaria, pues a través del Auto No. 138 de 18 de junio de 2004, ejerció la facultad de competencia preferente que le concede la Ley, y por intermedio de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico (Dirección de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico), adecuó la investigación decretando la nulidad parcial del Auto de Apertura proferido por la Alcaldía Mayor y lo amplió en aplicación del artículo 157 ibídem,⁷ es decir, que realizó en su totalidad la investigación.

Conforme a lo anotado se puede colegir que la actuación cuestionada fue plenamente convalidada, al haberse desarrollado en su totalidad la investigación disciplinaria por el Ente de Control, con la plenitud de competencia que le confiere la Constitución y la Ley.

Así las cosas no está llamado a prosperar el cargo de falta de competencia en la expedición de los actos acusados.

Del Debido Proceso en el Procedimiento Administrativo Disciplinario

El actor insiste en la violación al debido proceso por cuanto no se decretó la nulidad del proceso en consideración a los defectos anotados y analizados en el punto precedente. No obstante la Sala evaluará lo referente al debido proceso.

El artículo 29 de la Constitución Política, respecto al debido proceso indica que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales.

Conforme a lo anotado, el debido proceso debe aplicarse en las actuaciones administrativas, lo que significa que debe guiar las actuaciones surtidas en todo proceso disciplinario, en cualquiera de sus etapas, brindándose las garantías que se derivan del mismo.

La Ley 734 de 5 de febrero de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, al respecto dispone: “Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.”

El respeto al debido proceso administrativo reconoce el derecho de contradicción y controversia que le asiste al funcionario investigado desde la etapa de la indagación preliminar, cuando el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 dispone que: “Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado “que considere necesario” para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados”, para lo cual, el investigado tendrá derecho a conocer las diligencias y controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de otras.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-036 de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, dijo:

"(...) 3.5 La Corte, en aquella ocasión, consideró que la facultad discrecional consagrada en esta disposición a favor de la autoridad disciplinaria de decidir si considera necesario o no oír en exposición espontánea al servidor público investigado, viola el derecho de defensa, pues olvida que esta solicitud del encartado en la indagación preliminar de ser escuchado, corresponde al derecho que tiene cuando sabe que su conducta puede estar comprometida por una queja o denuncia. En estas condiciones, dijo la Corte, que a su pedido de ser oído, la autoridad disciplinaria no puede negarse. Explicó la Corte:

"Ahora bien, de la lectura atenta del artículo 140 del Código Disciplinario Único, se tiene que el investigador "(...) podrá oír en exposición espontánea al servidor público que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado" (negritas fuera de texto). Ello significa que, cuando no existe una persona claramente definida o, lo que es lo mismo, no se tiene certeza sobre el posible autor de la falta disciplinaria, el servidor público que tiene a su cargo el esclarecimiento real de los hechos que dieron lugar a la queja, puede acudir a los medios de prueba que considere pertinentes, sin que ello autorice al funcionario investigador a negarse a oír al servidor público que así lo solicite si este último lo estima pertinente, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si un servidor público tiene conocimiento de que su conducta puede resultar comprometida en virtud de una queja o denuncia instaurada y, solicita al funcionario investigador la recepción de la exposición espontánea, en aras de ejercer su derecho de defensa, tendrá que ser escuchado, sin que esta solicitud quede sujeta a la discrecionalidad del investigador.

Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, habrá de declararse la inexecutable del artículo 140 del Código Disciplinario Único, en cuanto hace referencia a la expresión "que considere necesario", norma que es exequible en lo demás, bajo el entendido de que se es oído en exposición espontánea, cuando así se solicita por un servidor público para fines de la investigación preliminar, constituye para éste el legítimo ejercicio del derecho de defensa como posible investigado, el cual no se encuentra sujeto a la discrecionalidad del funcionario investigador, en ningún caso." (Sentencia C-892 de 1999, M.P., Alfredo Beltrán Sierra)

3.6 Ahora, frente a la misma expresión contenida en una disposición semejante, se concluye que se está frente a cosa juzgada, pues, la frase acusada, el legislador la reprodujo exactamente igual dentro de un contexto muy semejante al que se encontraba en el anterior Código Disciplinario Único y, como las razones expresadas por la Corte en la sentencia aludida para declarar la inexecutable parcial del artículo 140 de la Ley 200 de 1995 son las mismas que ahora conducen a la inexecutable de la expresión acusada del artículo 150, inciso 5 de la Ley 734 de 2002, se declarará inexecutable. (...)”

El Consejo de Estado ha manifestado con relación al debido proceso que el derecho constitucional fundamental consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, comporta el sometimiento al principio de legalidad en todo el trámite judicial o administrativo, es decir, la actuación de las autoridades debe ceñirse al procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico y su desconocimiento conlleva su transgresión.⁸

Así las cosas, el actor no demostró que se le afectaron los derechos y garantías procesales, ni que se haya socavado el trámite del proceso disciplinario al haber iniciado la investigación el Alcalde Mayor de Bogotá en su contra.

Sumado a lo anterior que como quedó demostrado que al haber asumido oportunamente la competencia disciplinaria la Personería de Bogotá, cualquier irregularidad que se hubiese presentado con la Apertura de la Investigación quedó subsanada, razones por las cuales resultaba innecesario declarar la nulidad del Auto de Apertura de la Investigación, ya que como se dijo en el anterior capítulo, el mismo había cumplido con su finalidad.

Significa que tampoco le asiste la razón al impugnante cuando afirma que se violó el debido proceso porque el Alcalde Mayor de Bogotá le inició la investigación disciplinaria, que luego asumió la Personería Distrital, toda vez, que como se indicó los superiores funcionales y nominadores de los servidores públicos pueden adelantar investigaciones disciplinarias, otra cosa es que después los órganos de control asuman de manera preferente las investigaciones, como aconteció en el presente caso, que la Personería Distrital avocó el conocimiento de las actuaciones que finalmente culminaron con la expedición de los actos acusados.

Por las anteriores razones no está llamado a prosperar el cargo de desconocimiento al debido proceso.

De la Apreciación de las Pruebas Aportadas al Proceso Disciplinario.

En el sub-judice se hizo consistir la violación al debido proceso en particular el hecho de que no fueron tenidas en cuenta las pruebas aportadas a la investigación disciplinaria y que dan cuenta de la excelente gestión administrativa desarrollada por el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal.

La Personería en la alzada aduce que efectuó una valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso disciplinario, que permitieron establecer la responsabilidad de las faltas que se le imputaron.

El A-quo por su parte encontró probado éste cargo, dado que al concurrir pruebas directas contradictorias dentro del proceso disciplinario, se debieron preferir las que más benefician al disciplinado y en consecuencia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Al respecto el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 5 de febrero de 2002, el Ente Investigador debe valorar las pruebas aportadas al proceso de acuerdo a la sana crítica. Al respecto indicó:

“ARTÍCULO 128. NECESIDAD Y CARGA DE LA PRUEBA. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

ARTÍCULO 129. IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BÚSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.

ARTÍCULO 141. APRECIACIÓN INTEGRAL DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

ARTÍCULO 142. PRUEBA PARA SANCIONAR. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.” (Se subraya)

En los procesos disciplinarios de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, el debido proceso se constituye en el pilar de toda la actuación administrativa y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9° del C.D.U. el investigado se presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario, por tanto la carga probatoria la tiene el Estado (Art. 128 ibídem); quiere decir que las pruebas deben ser valoradas al momento de proferir la decisión de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Art. 141 id).

El Consejo de Estado⁹ ha sostenido que la valoración probatoria corresponde a las operaciones mentales que hace el Juzgador al momento de tomar la decisión para conocer el mérito y la convicción de determinada prueba. Por su parte la sana crítica, es la comprobación hecha por el operador jurídico que de acuerdo con la ciencia, la experiencia y la costumbre sugieren un grado determinado de certeza de lo indicado por la prueba.

En el presente caso, la censura a los actos administrativos acusados corresponde al desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 141 y 142 de la Ley 732 de 2002, en el sentido que las pruebas tenidas en cuenta para decidir fueron exclusivamente aquellas que indicaban alguna irregularidad en la Entidad que Representaba el disciplinado y que injustificadamente fueron desconocidas aquellas que demostraban el cumplimiento de sus deberes y su diligencia gerencial, y que por tanto, de haberse valorado todas en conjunto no existía prueba suficiente para sancionarlo.

Los hechos que dieron origen a la sanción disciplinaria del actor, se relacionan con la omisión a sus deberes funcionales, especialmente los relacionados con la estructura organizacional del Hospital que permitiera una clara diferenciación de responsabilidades entre los empleados del mismo, que asegurara un nivel de seguridad a los procedimientos de aplicación de medicamentos que redujera el riesgo propio de la actividad, el manejo de sustancias peligrosas dentro de la Institución y la respuesta a accidentes laborales y biológicos.

En el expediente disciplinario existe evidencia que exaltan las calidades profesionales del actor, especialmente las relacionadas con su gestión fiscal al frente de la Empresa Social del Estado Hospital El Tunal, lo cual hizo que dicha Entidad fuera reconocida de diversas maneras a nivel Nacional e Internacional, al punto que obtuvo diferentes premios. (Fls. 1020-1052)

Empero esta Corporación ha señalado que por sí solas, las calidades y logros, no garantizan que un servidor público no infrinja la Ley y lo exonere de responsabilidad disciplinaria.

De acuerdo con la conclusión a que se llegó en la investigación disciplinaria, el actor adoptó al interior del Hospital El Tunal Empresa Social del Estado una serie de modificaciones estructurales donde resultó que la parte operativa misional fue cambiada de la tradicionalmente existente en el organigrama de la Entidad, a fin de implementar algunas estrategias que lo hacían más eficiente y rentable. Tales medidas consistieron en:

1. La adopción de las Unidades Estratégicas de Negocios – U.E.N.
2. Coordinaciones asumidas por una persona que supervisa las labores y actividades que realizaban las Cooperativas de Trabajo Asociado que tenía a su cargo la parte operativa de las mismas.
3. Coordinaciones de especialidades profesionales de la medicina, sin definición de funciones precisas.
4. Responsables de áreas misionales, no pertenecientes a la planta de personal del Hospital.

De acuerdo al fallo de primera instancia de 10 de octubre de 2005 (Fls. 581-594), proferido dentro de la investigación disciplinaria en la que resultó sancionado el actor, teniendo en cuenta para ello, el “Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Abreviada 2002-2003”, realizado por la Contraloría de Bogotá D.C., donde el Ente de Control Fiscal encontró una serie de irregularidades administrativas al interior del Hospital, que para la época de los hechos el Gerente era el accionante, y que guardaban una estrecha relación con el Sistema de Control Interno y Manual del Riesgo, el Esquema Organizacional, la Gestión de Resultados y la Gestión Ambiental de la Entidad.

Por ello, dentro del informe final, la Entidad auditada adquiere unos compromisos de mejoramiento y se elabora un plan para tal efecto, los cuales deben ser seguidos y evaluados por el Ente de Control en los periodos establecidos.

Observa la Sala que en el expediente disciplinario obra copia del Acta de Visita y Seguimiento a los hallazgos efectuada por la Contraloría del Distrital Capital, donde se estableció que algunas de las irregularidades encontradas en la Auditoría Integral ya habían sido superados o mejorados por la Entidad, el cual debió ser valorado, por tener especial importancia por cuanto el Plan de Seguimiento y Mejoramiento de los Hallazgos, hace parte integral del Informe. (Fls. 140-142)

Por tanto, si el fundamento de la responsabilidad disciplinaria en contra del actor, fue precisamente la inobservancia a los hallazgos efectuados por el Ente de Control Fiscal, que se tradujeron en presuntas omisiones administrativas en la adopción de mecanismos que fueran “eficaces para contrarrestar hechos anómalos dolosos o culposos” (cargo por el cual fue sancionado el disciplinado), debió apreciarse conjuntamente con el Acta de Seguimiento, que certificaba el mejoramiento de muchas de las anomalías. Por ello, es claro que era obligación del Agente Investigador apreciar de acuerdo a la sana crítica tal prueba.

Conforme a lo anotado existen pruebas directas como el Informe de Auditoría Integral, que indican la responsabilidad del demandante frente a la omisión funcional que se le imputó; pero a su vez, existe prueba directa que sugiere la ausencia de responsabilidad del investigado, como es el Acta de Seguimiento y Mejoramiento de 14 de junio de 2004.

De modo, que tenemos un acervo probatorio contradictorio, que sugiere de manera racional la incertidumbre de si en verdad el actor omitió los deberes funcionales que tipifican la falta disciplinaria por la que se investigó, que de paso configura una seria duda sobre este particular de acuerdo al ordenamiento jurídico que se analizó y teniendo en cuenta la naturaleza del proceso disciplinario favorece al investigado, es decir, que no existe certeza ni de la responsabilidad ni de la inocencia del investigado.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996, indicó lo siguiente:

“(…) No entiende la Corte cómo se pueda vulnerar la presunción de inocencia cuanto se ordena a la autoridad administrativa competente para investigar a un determinado funcionario público que en caso de duda sobre la responsabilidad del disciplinado ésta ha de resolverse en su favor. Y, por el contrario, advierte que de no procederse en esa forma sí se produciría la violación de tal presunción, pues si los hechos que constituyen una infracción administrativa no están debidamente probados en el expediente, o no conducen a un grado de certeza que permita concluir que el investigado es responsable, mal podría declararse culpable a quien no se le ha podido demostrar la autoría o participación en la conducta antijurídica. (...)”

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 1890-06, M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, indicó:

“(…) No era suficiente, considera la Sala, basarse simplemente en unas declaraciones que no revisten de contenido material u objetivo, en tanto se advierte más bien una cierta inconformidad de los quejosos para poder llevar a cabo la construcción de una obra que en momento alguno había sido autorizada por autoridad competente, en la medida en que sólo se les permitió realizar algunas reparaciones locativas. En tanto se presentaron las contradicciones, por lo que estima la Sala no podía dársele suficiente credibilidad a las versiones, como para imputársele responsabilidad personal a la demandante. En conclusión, las afirmaciones hechas en contra de la actora no encuentran respaldo probatorio siguiera alguno, lo que impide deducir una responsabilidad personal por una supuesta conducta ilegal no acreditada dentro del proceso disciplinario. Ahora bien, en atención al principio de inocencia que resulta aplicable especialmente en procesos de esta naturaleza (Arts. 29 de la C.P. y 9° de la Ley 734/02), la administración se encuentra obligada a probar fehacientemente que el servidor público cometió la falta materialmente catalogada como disciplinable (Art. 128 de la Ley 734/02). Y en caso de existir duda sobre la conducta o comportamiento asumido por el empleado en relación con el bien jurídico legalmente protegido, sin que fuere posible establecer conexidad alguna con su trasgresión, la administración está en la obligación de resolver a favor del investigado, pues las pruebas deben conducir indefectiblemente, como debe ser, a demostrar una verdad real o material de los hechos. (...)”

En esas condiciones la Sala concluye como lo hizo el A-quo, que en el presente caso se desconoció lo previsto en los artículos 141 y 142 del Código Disciplinario Único, en la medida que no se valoraron las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y que la prueba obrante en la investigación fue insuficiente para indicar la responsabilidad del acusado, existiendo duda que necesariamente debe favorecer al disciplinado y que obligaba a que la decisión fuera absolutoria.

Finalmente llama la atención de la Sala que si en gracia de discusión la sanción del actor tuvo motivación en los hechos acaecidos entre el 2 y 4 de junio de 2004, relacionados con los neonatos del Hospital El Tunal a quienes se les suministró formol en lugar de gentamicina, la Fiscalía Veintidós Local, de la Unidad Segunda Delegada ante los Jueces Penales Municipales, resolvió proferir resolución de acusación en contra de algunos funcionarios del Centro Hospitalario dentro de la querella instaurada por el actor, en la que concluyó que: “(...) El doloso uso del aludido medicamento, dentro del complot dirigido claramente a desalojar del cargo al Director del Hospital El Tunal al Doctor CARLOS ARIEL RODRÍGUEZ SUÁREZ (...)”; además que fue la inobservancia a las medidas implementadas por el Gerente del renombrado Hospital las que evidenciaron los responsables del hecho, pues de la señora Diana Lucía Zambrano Jara la Fiscalía, dijo: “(...) persona a la cual se le debe adjudicar haber acudido a la bodega de farmacia de tantas veces citado hospital El Tunal, a pedir al encargado MARTÍN FERNANDO CASTELLANOS, le entregara Gentamicina sin presentar la autorización médica requerida en estos casos. (...)” (Fls. 353-384).

Por tanto, lejos de haber sido negligente el proceder del actor, las pruebas arrojadas al proceso disciplinario ponen en evidencia de un lado que éste sí tomó medidas tendientes a hacer más eficiente el Centro Hospitalario y por el otro que la Entidad demandada no atendió lo dispuesto por los artículos 141 y 142 del Código Disciplinario Único pues no realizó una valoración de las pruebas de acuerdo a la sana crítica. Por lo que éste cargó sí prosperó.

De la Indemnización de Perjuicios.

La Sala de tiempo atrás ha considerado que el reconocimiento de los perjuicios morales resulta pertinente en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque es perfectamente posible que un acto administrativo ocasione afectaciones subjetivas y emocionales,¹⁰ siendo necesario compensarlas para atender cabalmente el principio de indemnización integral y teniendo como sustento que el mismo artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, consagra para la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en un norma jurídica la

posibilidad de pedir: "(...) que se le repare el daño."

No obstante, en el expediente no obra prueba alguna de la que se pueda inferir que el actor sufrió un daño en la vida de relación o alteración a sus condiciones de vida, toda vez, que este tipo de perjuicios se contemplan dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de actos o hechos que afectan la integridad personal del individuo.¹¹

Quiere decir que la ausencia de elementos probatorios no permite avalar la condena al reconocimiento de los perjuicios reclamados por el actor, la cual requiere de prueba plena.

De la Condena en Costas.

Finalmente el actor insiste en que se efectué la condena en costas. Al respecto es preciso tener en cuenta que el Inciso 2º del artículo 345 del C. de P.C., aplicable a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 267 del C.C.A., prevé: "Siempre que se acepte un desistimiento se condenará en costas a quien desistió, salvo que las partes convengan otra cosa o que se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido."

Si bien es cierto conforme a la norma en cita, siempre que se acepte un desistimiento se condenará en costas a quien desistió, salvo que las partes convengan otra cosa o que se trate del desistimiento de un recurso ante el Juez que lo haya concedido, también lo es que no se vislumbra temeridad o mala fé en la actuación del actor en este proceso, razón por la cual no hay lugar a condenarla en costas.

Al respecto es preciso tener en cuenta la sentencia del 18 de febrero de 1999, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación, expediente No. 10.775. M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, en la cual se precisó:

"(...) Es decir que en el caso concreto, la cláusula abierta que contiene el artículo 56 de la ley 446 de 1998 no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional.

La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora. (...)"

Conforme a lo anterior, es claro que el Juez, al momento de decidir si es procedente condenar en costas debe, necesariamente, analizar la conducta de la demandada pues, sólo si concluye que ésta actuó de mala fe, en forma temeraria o dilatoria, puede imponer la condena mencionada.

La tesis del Consejo de Estado, ha sido avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 27 de enero de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en los siguientes términos:

"(...) El caso presente no sólo existe una Sentencia del Consejo de Estado que recoge la interpretación que el más alto Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa le ha dado a la norma aquí acusada, sino una larga tradición de pronunciamientos que aplican dicha exégesis de la norma.¹² Por eso la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.

Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe. Por otro lado, las partes y sus apoderados deben observar los deberes que están enumerados en el artículo 71 del C.P.C¹³

En el sub-examine, la Sala observa que no está probado que la conducta de la accionada hubiera sido diferente a la de propender por un adecuado ejercicio de su derecho y de ninguna manera la decisión de sancionar al demandante implicó un abuso de su derecho de acceso a la

Administración de Justicia.

Por los argumentos anotados, la Sala concluye que le asiste razón al Agente Fiscal, en el sentido de señalar que no hay lugar a la condena en costas toda vez que no existió un abuso de poder por parte del ente acusado, ni se obstaculizó el acceso a la Administración de Justicia.

Así las cosas, la sentencia impugnada que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 29 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Carlos Ariel Rodríguez Suárez contra Bogotá Distrito Capital, Personería de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y, una vez en firme este proveído archívense las presentes diligencias. Cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 734 de 2002.

² De conformidad con lo previsto en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único.

³ Durante el periodo indicado el actor, señor CARLOS ARIEL RODRÍGUEZ SUÁREZ, se desempeñó como Gerente, Código 85, Grado 2, del Hospital El Tunal Tercer Nivel, Empresa Social del Estado.

⁴ Decreto Ley 1421 de 1993, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, con relación a las atribuciones del Alcalde Mayor, en el artículo 38, dispone: “20. Cumplir las demás funciones que le asignen las disposiciones vigentes.”

⁵ Congreso de la República, Ley 734 de 5 de febrero de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, dispone:

“ARTÍCULO 67. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. La acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura; la Superintendencia de Notariado y Registro; los personeros distritales y municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la presente ley.

ARTÍCULO 76. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.”

⁶ Congreso de la República, Ley 734 de 5 de febrero de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, dispone:

“ARTÍCULO 3°. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE. (...) Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente. (...)”

ARTÍCULO 69. OFICIOSIDAD Y PREFERENCIA. (...) Los personeros tendrán competencia preferente frente a la administración distrital o municipal. (...)”

⁷ Congreso de la República, Ley 734 de 5 de febrero de 2002, por la cual se expide el CDÚ, dispone:

“ARTÍCULO 157. SUSPENSIÓN PROVISIONAL. TRÁMITE. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición.

Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.

Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

PARÁGRAFO. Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia. (...)” (Sentencia C-450 de 3 de junio de 2003, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa)

⁸ Sentencia de 15 de febrero de 2007, expediente AC 2006-02483-01, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁹ Sentencia de 8 de abril de 1999, expediente 15258, M.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹⁰ Sentencia de 24 de agosto de 2000, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente No. 659-00.

¹¹ Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, expediente 15793, M.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

¹² Consejo de Estado: 1. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 19 de mayo de 2002, Radicación número 5347, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa. 2. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de ocho de marzo de 2001, Radicación número 4911-01(4911), C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. 3. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 17 de octubre de 2000, Radicación número: S-247, C.P. Daniel Manrique Guzmán., etc.

¹³ Código de Procedimiento Civil. Artículo 71. “Deberes de las partes y sus apoderados. Son deberes de las partes y sus apoderados:

1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.
2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.
3. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de éste, a las partes y a los auxiliares de la justicia.
4. Comunicar por escrito cualquier cambio de domicilio o del lugar denunciado para recibir notificaciones personales, en la demanda o en su contestación o en el escrito de excepciones en el proceso ejecutivo, so pena de que éstas se surtan válidamente en el anterior.
5. Concurrir al despacho cuando sean citados por el juez y acatar sus órdenes en las audiencias y diligencias.
6. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra.
7. Abstenerse de hacer anotaciones marginales o interlineadas, subrayados o dibujos de cualquier clase en el expediente, so pena de incurrir en multa de un salario mínimo mensual.”
8. Comunicar a su representado el día y la hora que el juez haya fijado para interrogatorio de parte, careo, reconocimiento de documentos, inspección judicial o exhibición, y darle a conocer de inmediato la renuncia del poder.”

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:26:23