

FICHA TECNICA

1. PROCESO

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-075
- PONENTE:	Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – Agencia ITRC
- INVESTIGADA:	B. A. P. S.
- CARGO:	Analista V Código XX Grado XX
- ENTIDAD:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN Seccional Bogotá
- AREA:	Coordinación de Gestión de Cobranzas de la Subdirección de Recaudo y Cobranzas.
- CIUDAD:	Bogotá D.C.
- TEMA:	Incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses.

2. HECHOS RELEVANTES

- “El coordinador de la Secretaría Técnica de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la U.A.E. DIAN, mediante oficio radicado No. 100-213-305-1002 del 22 de marzo de 2018, trasladó por considerarlo competencia de la Agencia, el informe de servidor público presentado por la funcionaria de la Agencia Nacional de Tierras- ANT, quien puso en conocimiento una posible vulneración del régimen de incompatibilidades, con ocasión a la participación de la funcionaria **B.A.P.S.** como apoderada de confianza, en una diligencia de declaración juramentada recaudada en el expediente disciplinario adelantado contra un funcionario de la ANT.
- El día 23 de marzo de 2018, se escucharon pruebas testimoniales dentro del proceso disciplinario y que durante su desarrollo compareció en calidad de sujeto procesal el señor FAGC y su apoderada de confianza y cónyuge, **B.A.P.S.**
- Adicionalmente, refirió la servidora de la ANT que, una vez culminada dicha diligencia, sostuvo conversación con la referida apoderada de confianza y que, por sus propias palabras se enteró que la señora **B.A.P.S.** laboraba como servidora pública de la DIAN.

3. CARGOS

- **B.A.P.S.** en su condición de servidora pública de la DIAN Seccional Bogotá, presuntamente actuó como apoderada del señor FAGC, representándolo y actuando dentro del proceso

disciplinario No. XXX-2017, adelantado por la ANT, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

- La conducta irregular endilgada a la disciplinada puede ser constitutiva de falta disciplinaria al tenor de lo previsto en el artículo 48 numeral 17° de la Ley 734 de 2002, esto es, *"Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales."* Por cuanto pese a ser funcionaria pública y encontrarse inmersa en una causal de incompatibilidad, **B.A.P.S.** actuó como apoderada de su esposo el señor FAGC.

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

- Señala el abogado defensor que aun cuando la investigada es abogada de profesión, al interior de la Entidad se desempeña como Analista V, el cual corresponde a un cargo técnico, como se encuentra probado a través del testimonio del doctor **OHP** y a través de la historia laboral, hecho que impide la configuración de la falta disciplinaria endilgada a la investigada, puesto que las funciones que realiza nada tienen que ver con el ejercicio de la abogacía.
- Argumentó que la inhabilidad en la que incurrió la señora **B.A.P.S.**, está contemplada en el estatuto del abogado, indicando entonces que, la conducta realizada por la investigada, debía ser objeto de verificación por parte de la jurisdicción disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; acusando al despacho de estar realizando un traslado normativo que no es permitido, puesto que la conducta realizada por la investigada generaría una investigación relacionada a su profesión, pues **B.A.P.S.** no estaba de ninguna manera desarrollando una función pública.
- Que la situación por la cual se está investigando a la señora **B.A.P.S.**, es atípica, ya que la circunstancia fáctica del cargo que se endilga a la funcionaria, menciona el actuar de ella, dentro de una diligencia llevada a cabo en un proceso disciplinario, argumento que sustentó realizando un análisis histórico del significado que quiso darle el legislador a las palabras "actuar u omitir", concluyendo que esas acciones u omisiones siempre deben estar relacionadas a las funciones que debe cumplir la persona en el cargo que desempeñe como servidor público, menciona entonces que en materia disciplinaria se debe introducir el concepto de lesividad, en el entendido que para que se configure la violación a la norma que se acusa, se requiere causar un peligro o daño a la administración pública.
- Adicionalmente y fortaleciendo el argumento en el cual indicó que la conducta era atípica, mencionó que, al tratarse de una acción que está dentro de su esfera personal, jamás podrá ser juzgada desde el derecho disciplinario, pues tiene que haber una afectación directa al servicio público y que para el caso en concreto no la hubo, luego no habría violación del régimen de incompatibilidad, afirmando que en el caso en concreto no se configuró falta disciplinaria alguna.

- Manifestó que, se debe realizar una aplicación restrictiva por parte del operador disciplinario, atribuyéndole al despacho que en el caso concreto está realizado una aplicación extensiva, puesto que afirma se está trayendo una prohibición que es para abogados en ejercicio
- profesional, y se está acomodando a una falta disciplinaria de un servidor público, cuando la misma no obedeció al ejercicio propio de sus funciones, entonces se estaría violando el principio de legalidad y en consecuencia violando el debido proceso.
- Mencionó respecto de la ilicitud sustancial que, el análisis se fundó en el auto de cargos en la violación de incompatibilidad en el régimen de inhabilidades de un abogado más no de un servidor público, concluyendo que se debe ver y analizar la infracción al deber funcional cometido por la señora **B.A.P.S.**, el cual a su parecer no fue ninguno, pues en ese caso no estaba en cumplimiento de sus funciones, la actuación que realizó nada tenía que ver con sus funciones y adicionalmente se encontraba de permiso, luego no se puede decir que existió alguna afectación al deber sustancial.
- La señora **B.A.P.S.** señaló que cuando ella actuó lo hizo estando de permiso, es decir que estaba en una situación administrativa que si bien, no le quitaba el carácter de servidora pública, si le impedía el ejercicio de sus funciones, porque estaba de permisos en aspectos meramente personales.

5. RAZONES DE LA DECISIÓN – 1° INSTANCIA

FECHA	11 de diciembre de 2018
-------	--------------------------------

"Este Despacho es competente para proferir el fallo de primera instancia dentro de la presente investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con las previsiones del Decreto 4173 del 3 de noviembre de 2011.

En atención a lo ordenado en el Artículo 142 de la Ley 734 de 2002, 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, cuya apreciación debe corresponder a las reglas de la sana crítica, según lo establece el Artículo 141 ibidem.

De igual manera, deben reunirse de manera conjunta los requisitos de legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, reglados en los artículos 4, 5 y 13 de la Ley 734 de 2002, los cuales en consideración de esta instancia se encuentren debidamente acreditados dentro del sumario a partir de elementos de prueba legalmente allegados al proceso.

El Despacho valoró el material probatorio allegado a la presente instrucción disciplinaria, conforme con las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica, a efectos de adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponde.

(...)

Dentro del expediente disciplinario se encuentran las pruebas documentales, testimoniales, inspecciones administrativas, entre otras adelantadas por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.

(...)

La decisión del Despacho frente a la situación jurídica de la señora **B.A.P.S.**, deviene de la interpretación normativa y del análisis conjunto del acervo probatorio recaudado. Lo anterior, en el entendido de que la decisión de fondo en materia disciplinaria se traduce en la determinación de sucesos con sus correspondientes circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su adecuación a unos supuestos normativos previamente establecidos.

Para el efecto, se tendrá en cuenta el contenido de los artículos 21, 130, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002, que refieren los derroteros a seguir en la interpretación y la aplicación de las normas disciplinarias, los medios de prueba y la forma en que éstos deben ser apreciados.

(...)

Bajo ese entendido, el oficio No. XXX de fecha 12 de abril de 2018, a través del cual se allegó extracto de la historia laboral de la investigada de los últimos cinco años da cuenta que efectivamente, la señora **B.A.P.S.** es funcionaria pública, condición que la obliga a respetar el régimen de incompatibilidad.

Igualmente, se logró determinar a través de los testimonios recepcionados y del acta levantada por la ANT, que el día 23 de febrero del año en curso, la investigada se hizo presente en el municipio de La Mesa Cundinamarca, en donde estaban citadas varias personas para ser escuchadas en diligencia de testimonio, decretados dentro del proceso disciplinario identificado con el número de expediente 034-2017, adelantado en contra del señor **FAGC**, quien es su cónyuge.

Que con anterioridad a haberse iniciado la diligencia, la abogada instructora de dicho proceso disciplinario, le preguntó a la investigada si asistiría a la diligencia y en caso afirmativo, en qué calidad lo haría, a lo cual el indagado manifestó que la señora **B.A.P.S.** sería su apoderada, según como consta en el acta *"se deja constancia de la asistencia del sujeto procesal indagado FAGC y de la doctora **B.A.P.S.**, a quien el indagado le otorga poder solo para esta diligencia."*

Adicionalmente, se constató en el acta de la diligencia surtida el día 23 de febrero de 2018 que, la funcionaria actuó realizando un interrogatorio y firmando como apoderada, es decir que no solo se le concedió el poder, sino que hizo uso de las facultades interviniendo en la diligencia.

Si bien es cierto, la investigada logró probar a través de la plataforma Kaptus y del testimonio realizado al doctor OHP, que el día en el que se presentaron los hechos objeto de investigación, se encontraba en permiso debidamente concedido, no es menos cierto, que dicho permiso no le levanta su condición de servidora pública, en la medida que este persiste, aun cuando se encuentre en algún tipo de permiso y/o licencia.

RESPECTO DE LA TIPICIDAD DISCIPLINARIA

En pliego de cargos proferido en contra de la señora **B.A.P.S.**, se estableció que la falta imputada se encuentra establecida en el artículo 48 numeral 17° de la Ley 734 de 2002, que prescribe *"Son faltas gravísimas las siguientes: 17. "Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales"*.

En el caso particular, lo primero resulta ser, verificar la calidad de servidora pública de la investigada **B.A.P.S.**, circunstancia probada a través del oficio No. Xxxx de fecha 12 de abril de 2018, por medio del cual se allegó extracto de la historia laboral de la investigada en el que se acreditó la calidad de funcionaria pública de la DIAN, para la fecha de los hechos (23 de febrero de 2018), ubicada en la Coordinación de Administración de aplicativos de Recaudo y Cobranzas, en el cargo de Analista V código XXX Grado XXX.

De igual forma se comprobó a través de certificado de la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia del Consejo Superior de la Judicatura, que la señora **B.A.P.S.**, se encuentra inscrita en calidad de Abogada, con Tarjeta Profesional No. XXX.

Aunado a lo anterior, debemos proceder a determinar si la investigada en su calidad de servidora pública, desplegó alguna actuación u omisión que configurara la violación al régimen de incompatibilidades, inhabilidades y/o en un conflicto de intereses, conforme a la falta disciplinaria endilgada en el auto de citación.

Así las cosas, se hace necesario analizar el contenido del acta de fecha 23 de febrero del año en curso, la cual se encuentra suscrita por la investigada y contiene los hechos ocurridos en desarrollo de la diligencia que originó el informe de servidora pública, con el cual se aperturó la indagación preliminar, para ello se enunciarán textualmente apartes del acta, así:

*"Se deja constancia de la presencia del sujeto procesal indagado FAGC y doctora **B.A.P.S.** identificada con cédula de ciudadanía No. XXX de XXXX y T.P. XXXX del C .S. de la Judicatura a quien el indagado le otorga poder solo para esta diligencia. (...)".*

"(...) en este estado de la diligencia se le concede el paso a la palabra a la apoderada del indagado quien procede a interrogar (...)".

Por lo anterior, se concluye que, la investigada **actuó** en calidad de apoderada del señor FAGC (su cónyuge), dentro de un proceso disciplinario adelantado por la ANT, bajo el radicado No. XXX-2017, concretamente en la diligencia de declaración juramentada de fecha 23 de febrero de 2018, en la cual se le otorgó poder e intervino realizando el contra interrogatorio.

Lo anterior, encuentra su principal sustento en el acta en mención, pues la misma está firmada por la investigada y los demás que intervinieron en la diligencia, en constancia de que, lo consignado, fue lo que sucedió en el desarrollo de la diligencia, hecho este que confirma la intervención y participación

que tuvo la disciplinada en dicho testimonio, al formular un interrogatorio y firmar como apoderada del Indagado.

Ahora bien, respecto del segundo elemento descriptivo de la falta disciplinaria, se tiene que dicho actuar se debe realizar a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales, de esta manera, y siendo que el artículo 48 en su numeral 17, menciona un tipo disciplinario abierto, se debe realizar una remisión que permita establecer cuáles son las incompatibilidades, inhabilidades y los conflictos de intereses contemplados en la Constitución y la ley para los servidores públicos.

Para el caso en concreto, y de acuerdo con el auto de cargos se señaló que la funcionaria investigada estaba inmersa en una causal de incompatibilidad, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

(...)

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ha considerado lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No. 1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio".

Siendo que se estableció conceptualmente el término incompatibilidad, se debe proceder a validar de acuerdo con las previsiones legales, porque la investigada se encuentra inmersa en una incompatibilidad, para ello, nos remitiremos a la Ley 1123 de 2018, por medio de la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado y específicamente en su artículo 29 consagra:

"ARTÍCULO 29. INCOMPATIBILIDADES.

"No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: 1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones".

No obstante lo anterior, se prevén ciertas salvedades que, de presentarse, habilitan al servidor público para ejercer su profesión de abogacía, como sucede cuando:

- a) Lo deban hacer en función de su cargo;
- b) El respectivo contrato se los permita;
- c) Litiguen en causa propia;
- d) Obren como abogados de pobres;

Así las cosas, conforme las pruebas obrantes es claro que la funcionaria **B.A.P.S.** no se encontraba inmersa en alguna de las excepciones mencionadas para que se habilitara el ejercicio de su profesión de abogada, por lo que su comportamiento dio lugar a que incurriera en la causal de incompatibilidad aludida en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, pues en razón a su calidad de servidora pública le

está prohibido ejercer la abogacía y aun así actuó como apoderada de un particular, ocasionando una coexistencia de actividades, que jurídicamente se encuentran prohibidas por cuanto son incompatibles, luego se configuró objetivamente la falta disciplinaria contemplada como infracción gravísima en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

RESPECTO DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

Conforme al contenido del artículo 5ª del Código Disciplinario Único, la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, afectación que acorde con los pronunciamientos de la máxima guardiana de la Constitución Nacional, debe darse en términos sustanciales a efectos de no convertir la norma en instrumento ciego de obediencia.

Frente a la conducta fuente de la imputación disciplinaria de la funcionaria **B.A.P.S.**, se puede inferir que es ilícito sustancialmente, pues desconoció el régimen de incompatibilidades previsto en la ley, razón por la cual, se concluye que la misma resulta antijurídica en términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002, puesto que la investigada contrarió el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, que le prohibía ejercer la abogacía al ser servidora pública.

En consecuencia, se generó una oposición entre el hecho y la norma jurídica positiva, pues en su actuar, la investigada, siendo servidora pública ejerció la abogacía, ya que no solo aceptó que le fuera otorgado poder para representar al señor FAGC en la diligencia, sino que adicionalmente actuó en curso de esta, aun ante la prohibición que existe para los servidores públicos.

Ahora bien, siendo que la ilicitud sustancial, no se verifica únicamente desde el análisis de la antijuridicidad, sino que también se encuentra compuesta por otros dos elementos, como son, el deber funcional y la justificación, procederemos a validar si existió una transgresión a las garantías que rigen la función pública.

(...)

En consecuencia, verificado el proceder de la señora **B.A.P.S.** en curso de la diligencia llevada a cabo

el día 23 de febrero de año en curso, podemos mencionar que, al haber actuado como apoderada de un particular, transgredió y desobedeció el sometimiento al régimen de incompatibilidades, que la cobija como servidora pública de la DIAN, incurriendo así en una incompatibilidad que se encuentra contemplada en la ley.

Adicionalmente, al haber incumplido la ley, la investigada transgredió no solo el principio de legalidad en materia disciplinaria, sino además el principio de moralidad (...)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28, resulta preciso indicar que una vez validado el caso en estudio, no concurre causal alguna de justificación, frente a las actuaciones realizadas por la disciplinada, si bien es cierto, la defensa se ha pronunciado respecto de una situación que llevaría a que la funcionaria haya aceptado ser apoderada, argumentando que actuó en aras de proteger la salud del particular al que representó, dicho argumento, no se encuentra inmerso dentro de las causales de responsabilidades que se encuentran taxativas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

Es por ello que, se considera abastecido el presupuesto de antijuridicidad de la conducta, pues la conducta realizada por la investigada fue contraria a la ley y transgresora de los principios de moralidad y legalidad de la función pública, sin que existiera justificación alguna, es decir al tenor de lo señalado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, se configuro una falta sustancial al deber funcional, sin justificación alguna conocida.

RESPECTO DE LA CULPABILIDAD

A partir de las pruebas recaudadas, los análisis fácticos y jurídicos estudiados en líneas anteriores, se concluye que la funcionaria **B.A.P.S.**, realizó con DOLO, la descripción típica objetiva consagrada en la ley, de manera taxativa como falta disciplinaria gravísima, pues dada su larga trayectoria en el sector público y su profesión como abogada tenía el conocimiento claro de que al ostentar la calidad de servidora pública no le era permitido ejercer la representación y defensa de particulares en procesos adelantados por otras entidades del Estado, y aun así se determinó consciente y libremente a su desarrollo, aceptando con su actuar las consecuencia derivadas de la misma.

Ahora, sobre el aspecto volitivo, este Despacho señala que, la investigada dirigió libremente su actuación, fungiendo como apoderada del indagado, sin que su voluntad se haya visto afectada, menguada o inducida en error, es decir no se evidencia que haya operado algún tipo de error de prohibición o la inimputabilidad del agente, como bien se analizó en el acápite correspondiente.

Ahora bien, respecto del elemento ejecutivo, resulta preciso indicar que la funcionaria investigada, actuó conscientemente, ya que solicitó permiso para acompañar a su esposo a las diligencias decretadas dentro del proceso adelantado por la ANT, adicionalmente acepto el poder conferido y actuó en uso de las facultades conferidas en el mismo, materializando de esta manera su voluntad.

En ese sentido, en el pliego de cargos se fijó el grado de culpabilidad en dolo, bajo el entendido que la disciplinada conocía la irregularidad desarrollada y aun así se determinó consiente y libremente su desarrollo.

CALIFICACION DE LA FALTA

De conformidad al artículo 42 de la Ley 734 de 2002, las faltas disciplinarias son gravísimas, graves y leves; las primeras se encuentran taxativamente descritas en el artículo 48 de la misma norma, mientras que las demás se estructuran por razón del incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución y la ley, en los términos del artículo 50 ídem, siguiendo los lineamientos contemplados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único.

Y dado que el comportamiento ejecutado por la servidora **B.A.P.S.** corresponde a la descripción disciplinaria del numeral 17° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, esto es, una falta disciplinaria gravísima, no es del caso efectuar la ponderación de los criterios orientadores del artículo 43 de la misma norma.

En consecuencia, la conducta imputada disciplinariamente es calificada como GRAVISIMA, al hallarse enmarcada en el artículo 48, numeral 17° de la Ley 734 de 2002.

DE LA SANCION POR IMPONER

En el caso que ocupa la atención del Despacho, tal y como quedó expuesto en el ejercicio de valoración jurídica y probatoria, se concluye la responsabilidad disciplinaria de la señora **B.A.P.S.** de la infracción disciplinaria consagrada en el numeral 17° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, puesto que objetivamente su comportamiento se adecuó en la transgresión al régimen de incompatibilidades señalado en la ley. Entonces, estando probada la infracción, la autoría y la responsabilidad del disciplinado, es procedente la sanción disciplinaria, cuyo quantum en esta oportunidad se determina según los parámetros del Código Disciplinario Único y así, como se indicó en el capítulo pertinente, toda vez que la falta atribuida es gravísima dolosa, circunstancia que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, conduce a que la sanción a imponer sea la de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL.

De otra parte, el numeral segundo del artículo 47 establece que en aquellos eventos en los cuales el disciplinado infrinja varias disposiciones de la Ley Disciplinaria, con una o varias acciones u omisiones, o varias veces la misma disposición, la sanción deberá graduarse de conformidad con lo dispuesto en los literales subsiguientes. Empero, en el caso sub examine no se predica un concurso de conductas disciplinarias, razón por la cual se encuentra satisfecho el análisis de los criterios de graduación de la sanción.

En virtud de lo anterior, a partir de los criterios analizados en precedencia, este fallador de instancia impondrá a la señora **B.A.P.S.**, sanción disciplinaria consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL PARA OCUPAR CARGOS Y EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS."

Extracto tomado de la Resolución 17317-00033 de fecha 11 de diciembre de 2018 proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.

1. DECISION-2 INSTANCIA

FECHA	Fallo No. 06 del 22 de marzo de 2019
-------	--------------------------------------

REVOCAR el fallo impugnado y en consecuencia absolver a B.A.P.S.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

En virtud del principio de limitación establecido en el párrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, la labor de la Dirección General se concreta a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, estudio que puede extenderse a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de censura, según autoriza la precitada norma.

a. De la falta disciplinaria del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002

La conducta prevista en el régimen disciplinario del Código Disciplinario Único es un reflejo del numeral 10 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995, declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-391 del 22 de mayo de 2002. (...)

(...) no resulta caprichosa, ni está sujeta a consideraciones la exigencia a los servidores públicos de no ejercer la abogacía, en el entendido que la vinculación con el Estado presupone un nivel mayor de exigencia de forma tal que la función pública, el interés general, los fines del estado, el servicio a la comunidad, entre otros presupuestos, puedan verse afectados o amenazados por el actuar contrario a la ley de un trabajador oficial que obra en contrario de la prohibición de orden legal.

Lo anterior resulta lógico si se tiene en cuenta que independientemente de que un servidor público cumpla funciones técnicas, administrativas, logísticas o de dirección, confianza y manejo, sus funciones, roles, tareas y responsabilidad están encaminadas al logro de los fines y propósitos de la institución y con ello del interés general como valor supremo de la administración pública. De ahí que ninguna situación administrativa avale el ejercicio de una actividad restringida a un servidor público, como es el caso del ejercicio de la abogacía salvo en los expresos casos autorizados por la misma ley.

A partir de las probanzas del plenario disciplinario del plenario disciplinario está acreditada la existencia de la falta disciplinaria del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, contrario a algunas censuras propuestas por la defensa en torno a la tipicidad de la conducta.

(...)

Si actuar es ejercer funciones propias del cargo u oficio, producir efecto sobre algo o alguien, obrar , realizar actos libres y conscientes, resulta incontrovertible que **B.A.P.S.** actuó como profesional del derecho conforme al poder conferido en la diligencia sin que estuviese habilitada para ello por virtud de su condición de servidora pública al estar vinculada a la DIAN, incurriendo así, típicamente, en la infracción disciplinaria gravísima del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, con lo que se cumpliría con la exigencia sobre la certeza de la falta para sostener el fallo disciplinario objeto del presente recurso.

b. De la ilicitud sustancial

Sobre este punto, la defensa fue persistente en que la argumentación provista en el fallo no determinó en forma clara y correcta el análisis sobre antijuridicidad, por lo que lo tildó de desafortunado al no haber indicado el menoscabo, ni la afectación sustancial real al deber funcional derivado de la conducta. Consideró que el A-quo hizo una mención abstracta del concepto de la ilicitud, omitiendo determinar el alcance real o la afectación efectiva a la administración representada por la DIAN, a su juicio inexistente o al menos falta de certeza porque su representada no estaba en cumplimiento de su cargo, empleo o funciones para la fecha de los hechos, habida cuenta gozaba de permiso debidamente otorgado por su superior funcional.

Para el profesional del derecho, esta circunstancia específica es absolutamente determinante en cuanto a la concurrencia de la ilicitud en grado de sustancialidad, porque solamente en la medida que la conducta se desarrolle o produzca con ocasión del cargo, empleo o función, es posible hablar del juicio de ilicitud, dado que a los servidores públicos, su fuero funcional no los acompaña a todos lados, su condición de servidor público, sí, de ahí que en situaciones administrativas no resulte válido concluir que pueden afectar el deber funcional y menos en condiciones de sustancialidad.

Es necesario entonces precisar el alcance del concepto de deber funcional, para concluir si le asiste razón a la defensa, en cuanto a que se circunscribe únicamente a las funciones discernidas en el manual de funciones específico del servidor público.

i. Del Concepto de deber funcional

A partir del concepto de la falta disciplinaria del artículo 23 de la Ley 734 de 2002, puede afirmarse que el incumplimiento de los deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por las causales de exclusión del artículo 28 del mismo ordenamiento, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional por cuanto el concepto recoge todas las posibilidades de las conductas constitutivas de falta disciplinaria. La expresión deber funcional es una concepción que aglutina todas las posibilidades de falta disciplinaria, lo que permite distinguir entre deber funcional y aquellos conceptos que están relacionados únicamente con los deberes del servidor público y con las funciones que cada uno debe cumplir conforme al respectivo manual expedido por la entidad.¹

¹ PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. La Ilícitud Sustancial en el Derecho Disciplinario. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez, 2018.

Tal como lo señala el tratadista JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE en su obra sobre la ilicitud sustancial, resulta frecuente que los abogados confundan el concepto de deber funcional con las funciones propiamente dichas que debe observar el servidor público, al punto de esgrimir, como es el caso, que si el comportamiento por el cual se enjuició al servidor público no está descrito en el manual de funciones o no se cumplió en ejercicio del empleo, cargo o función no es falta y carece de ilicitud. Consideración que estipula completamente equivocada y alejada de la realidad, lo cual comparte esta instancia, porque efectivamente buena parte de las faltas gravísimas nada tienen que ver con las funciones del cargo, como es el caso de actuar a pesar de la existencia de causal de incompatibilidad, pero si con el concepto de deber funcional porque podría resultar afectado.

(...)

Conforme tales parámetros, el deber funcional no abarca solamente las funciones propiamente dichas asociadas al cargo o empleo, sino a la obligación de actuar conforme a la Constitución y la ley, de ahí que resulte válido disciplinar comportamientos que se producen por fuera del horario de oficina o de la sede de la entidad, siempre y cuando con ellos se pueda desconocer por ejemplo el régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de intereses, como el ejercicio ilegal de la profesión de abogado por parte de un servidor público aún en situación administrativa de permiso.

ii. De la sustancialidad de la ilicitud

(...) Descendiendo al caso en concreto, independientemente de haberse demostrado que efectivamente se violó por parte de la disciplinada el régimen de inhabilidades, al haber actuado como apoderada de confianza del señor FAGC el 23 de febrero de 2018, en la celebración de diligencia de testimonio de la señora MAVL, la situación fáctica no comporta la entidad o sustancialidad suficiente par haber afectado la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general.

En efecto, aunque la disciplinada bajo ninguna consideración podía asumir la defensa de los intereses del sujeto pasivo de la acción disciplinaria adelantadas en la ANT, y sin importar que fuera inducida a hacerlo por la funcionaria comisionada para la práctica de las pruebas ordenadas en la instrucción, como medio para poder estar presente durante la práctica probatoria, lo cierto es que se trató de una situación aislada producto del momento y las condiciones especiales de salud del cónyuge de la disciplinada, el señor FAGC, en esta actuación procesal.

Sin que se esté avalando la situación fáctica motivo de la actuación disciplinaria, no puede pasarse por alto que la intención inicial de la disciplinada para asistir a la diligencia en el municipio de La Mesa era acompañar a su esposo, habida cuenta, no sólo del simple desplazamiento, sino de las actividades programadas que podrían generar repercusiones en sus condiciones de salud, si no atendía las recomendaciones médicas de evitar permanecer prolongado tiempo de pie, realizar pausas activas de por lo menos cinco (5) minutos, evitar la flexión del tórax en forma repetitiva o el uso de sillas que

demandaran un esfuerzo para incorporar el cuerpo. (Certificado médico Clínica Los Nogales del 25 de abril de 2018.)

Aunque el día de la diligencia no se hicieron presente las personas programadas para ser escuchadas en diligencia de testimonio, espontáneamente se acercó otra persona dispuesta a brindar a través de testimonio su conocimiento sobre los hechos materia de investigación, y es ahí cuando se evalúa la posibilidad de cumplir la diligencia probatoria, y se emite el respectivo consentimiento por el señor FAGC, dándose desarrollo a la situación fáctica que determinó la investigación y sanción impuesta en la presente actuación disciplinaria.

Sin embargo, tal como se anotó párrafos atrás, no se advierte en el acontece fáctico, la fuerza necesaria para afirmar categóricamente que la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general resultaron sustancialmente afectados, pues, a fin de cuentas, los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública fueron respetados, y los principios de legalidad y moralidad resultaron, formalmente, más no sustancialmente, afectados, destacando que en efecto no es del todo acertada la alusión al último de los principios en el presente asunto, por estar referido a un modelo de actuar en los procedimientos administrativos, y para ese momento de la diligencia testimonial se cumplió conforme al procedimiento que la regulaba.

Así las cosas, como quiera que en el caso bajo examen se está ante un comportamiento típico, pero no sustancialmente ilícito, esta Dirección General revocará en su integridad la decisión recurrida, y en consecuencia decretará la absolución de la señora **B.A.P.S.** de responsabilidad disciplinaria, por los hechos acaecidos el 23 de febrero de 2018, absteniéndose de continuar con el examen a los argumentos sobre la culpabilidad de la conducta.

En tal virtud, la Directora (E) de la UAE Agencia del Inspector General del Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en uso de sus atribuciones legales, RESUELVE: REVOCAR el fallo impugnado y en consecuencia absolver a **B.A.P.S.**”

Extracto tomado de la Resolución Fallo No. 6 de fecha 22 de marzo de 2019, proferido por la Directora General (E) de la Agencia ITRC.