

FICHA TÉCNICA – SEGUNDA INSTANCIA**1. INFORMACIÓN PROCESO**

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-199
- FUNCIONARIO QUE PROFIERE PROVIDENCIA	Directora General Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC
- INVESTIGADO:	LESF
- CARGO:	Gestor III, Código 303, Grado 03
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja
- TEMA:	Inobservancia del régimen de inhabilidades de la contratación estatal

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

La exservidora pública LESF para la época de los hechos se encontraba vinculada en calidad de Gestor III, Código 303, Grado 03 de la División de Gestión de Asistencia al Cliente en la Dirección Seccional Tunja de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, y de manera simultánea procedió a celebrar contrato de arriendo en el 2016 y modificatorio en el 2017 con la Alcaldía Municipal de Tunja, negocios jurídicos que suscribió en calidad de representante legal de la Asociación SSVF de Tunja.

Reseña procesal

Mediante auto del 26 de noviembre de 2018 se abrió indagación preliminar.

El 31 de mayo de 2019, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC profirió auto de apertura de investigación a través del cual se vinculó a LESF, en su condición de funcionaria de la Dirección Seccional Tunja de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

Con Auto del 28 de enero de 2020, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, decretó de manera oficiosa la práctica probatoria y dispuso acumular a la presente investigación el expediente número 213-303-2019-133, remitido por la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, adelantado contra LESF.

Mediante auto número 17416-00024 de 28 de abril de 2021, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC dispuso: “[...] DECLARAR que no existe mérito para proseguir la investigación disciplinaria adelantada en contra de la señora LESF, por el supuesto uso de información privilegiada a la que tenía acceso por el cargo y funciones que desempeñaba en la DIAN; por los hechos relacionados con

Página: 1 de 31

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

el posible asesoramiento ilegal y el aparente ausentismo laboral injustificado para ejercer sus actividades como representante legal de la Asociación “SSVP CFO”, siendo procedente ordenar el archivo parcial de las diligencias, de conformidad con lo expuesto en el presente Auto”, y “(...) CONTINUAR con el trámite de la actuación disciplinaria en lo que respecta a la posible existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, atribuibles a la investigada [...]”

El 10 de junio de 2021 la primera instancia emitió auto de cierre de investigación.

Se dispuso que la actuación disciplinaria continuara bajo los lineamientos del procedimiento verbal y como consecuencia de lo anterior, el 3 de agosto de 2021, se citó a audiencia a LESF, como presunta autora responsable de la infracción disciplinaria gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por la inobservancia del régimen de inhabilidades de la contratación estatal porque ostentando el cargo de servidora pública, simultáneamente y en calidad de representante legal de la asociación “SSVP de Tunja” celebró contrato de arrendamiento con la Alcaldía Municipal de Tunja en el 2016. La falta se endilgó a título de dolo.

El 10 de agosto de 2021, el operador de primera instancia resolvió las peticiones probatorias presentadas por los sujetos procesales en etapa de descargos, con base en el cual accedió a la práctica de unas pruebas y negó otra por considerarla innecesaria e impertinente; decisión contra la cual el apoderado de confianza interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto por el a quo confirmando la negativa probatoria. En subsidio, presentó recurso de apelación, impugnación que fue concedida en el efecto diferido.

Agotado el periodo probatorio y el traslado a los sujetos procesales para la presentación de alegatos de conclusión, el 9 de septiembre de 2021 la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en audiencia pública, emitió fallo sancionatorio a través del cual declaró responsable disciplinariamente a LESF frente al cargo único imputado por la presunta incursión en la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 17 artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Como consecuencia de ello, impuso sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de diez (10) años.

La investigada y su defensa interpusieron recurso de apelación contra el fallo, en audiencia pública. Se concedió el recurso en el efecto suspensivo.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo de primera instancia se consideró que se demostró en grado de certeza la existencia de las irregularidades atribuidas a la exservidora pública LESF, quien para la época de los hechos, se encontraba vinculada en calidad de Gestor III, Código 303, Grado 03 de la Dirección Seccional Tunja de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, y no obstante, de manera simultánea procedió a celebrar con la Alcaldía Municipal de Tunja un contrato de arriendo en XXXX de 2016, con su modificatorio en XXXX de 2017, negocios jurídicos que suscribió en calidad de representante legal de la Asociación SSVP de Tunja.

Con base en la certificación allegada por el Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN, se acreditó la calidad funcional de la servidora pública al servicio de la DIAN Seccional Tunja, frente a lo cual precisó: “[...] En conclusión, existe plena prueba, la cual no fue desvirtuada en ninguna de las etapas del presente trámite disciplinario, que acredita que la señora LESF identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX, ostentaba la calidad de funcionaria de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja, para la fecha de suscripción del Contrato No. XXXX del XXXX de 2016 y de la firma del modificadorio No. XXXX del XXXX del año 2017 que se efectuó al contrato de arriendo, atrás citado [...]”.

Además, soportó que la disciplinada LESF, en su calidad de servidora pública de la DIAN de manera paralela obró como Representante legal de la Asociación SSVP de Tunja, identificada con el NIT. No. XXXX; sobre este aspecto puntualizó: “[...] Dentro de la etapa de indagación preliminar y de investigación disciplinaria se arrimaron al expediente certificados de existencia y representación legal que dan cuenta de que la señora LESF, identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX, es representante legal de la Asociación SSVP de Tunja identificada con el NIT. No. XXXX y que era así para la época de los hechos.

A su vez, que en la Inspección Administrativa realizada el día 05 de febrero de 2019 a la sede de la Asociación SSVP de Tunja en la dirección XXXXXXX- Tunja, la administradora señora XXXX, informó que hasta el 29 de diciembre de 2018 en la oficina XXX funcionó la Asociación SSVP de Tunja, y que la persona que manifestó ser su representante legal era la señora LESF, según certificado de Cámara de Comercio de fecha 29 de octubre de 2018. En dicha visita se aportó el certificado indicando que la representante legal es la señora LESF.

En visita administrativa realizada el 10 de octubre de 2019 a la secretaría de Contratación, Licitaciones y Suministros de la Alcaldía de Tunja-Boyacá, se encontró que dicha entidad territorial había celebrado con la Asociación SSVP de Tunja, el contrato No. XXXX de 2016, del cual se suministró copia en magnético de todo el expediente contractual. En el mismo sentido mediante oficio No. XXXX del XXXX de octubre de 2019, suscrito por Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros de la Alcaldía de Tunja-Boyacá, se allega certificación de dicho contrato y su copia total, entre estos se encuentra el certificado de existencia y representación con código de verificación XXXX de fecha 15 de junio de 2016, donde se registra que la señora LESF es la representante legal Asociación SSVP de Tunja con Nit. No. XXXX desde el 25 de junio de 2015. Se concluye que existe plena prueba de que la señora LESF, identificada con la cédula de ciudadanía no. XXXX era la representante legal de la Asociación SSVP de Tunja Nit. No. XXXX desde el 25 de junio de 2015 y durante la fecha de los hechos aquí investigados, siendo reconocida tal condición por otros representantes de asociaciones [...]”.

Luego, el a quo constató la celebración del contrato de arrendamiento suscrito entre la Alcaldía Municipal de Tunja - Boyacá y la Asociación SSVP de Tunja identificada con el NIT. No. XXXX, frente a lo cual consideró: “[...] En visita administrativa realizada el 10 de octubre de 2019 a la Secretaria de Contratación, Licitaciones y Suministros de la Alcaldía de Tunja-Boyacá, se encontró que entre dicha entidad territorial y la Asociación SSVP de Tunja se había celebrado el Contrato No. XXXX, del cual se suministró copia en magnético de todo el expediente contractual.

A su vez, por parte del Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros de la Alcaldía de Tunja-Boyacá, se allegó certificación de dicho contrato y su copia total. Dentro de la misma certificación, en el acápite de información del contratista, se expresa que el representante legal del contratista es la señora LESF, quien se identifica con la C.C. No. XXXX; que la firma de contrato fue el XXXX de 2016, con un plazo de ejecución de 2 meses, es decir hasta el XXXX de 2016, así mismo se señaló que el objeto del contrato era: “tomar en arrendamiento un inmueble de dos plantas, ubicado en la calle XXXX en la ciudad de Tunja, para que se desarrollen y apoyen los diferentes programas artísticos y culturales, requeridos por la Secretaría de Cultura y Turismo de Tunja”, y finalmente que el valor de dicho contrato era de nueve millones de pesos (\$9.000.000).

De los anexos del contrato No. XXXX de 2016, se encuentra un documento denominado “Propuesta de arrendamiento y canon de arrendamiento sobre bien inmueble de propiedad de la Asociación SSVP de Tunja”, donde claramente se evidencia estar suscrito por la señora LESF, quien manifestó desde el encabezado ser la representante legal de la Asociación SSVP de Tunja.

Se verifica el Contrato de Arrendamiento No. XXXX del XXXX de 2016, suscrito por PABLO EMILIO CEPEDA NOVOA en calidad de Alcalde Municipal de Tunja y representante del municipio de Tunja y por la señora LESF como representante legal de la Asociación SSVP de Tunja. Dentro de los documentos contractuales se encuentran también el acta de inicio No. XXXX del XXXX de 2016; el acta de seguimiento y recibo a satisfacción No. XXXX de XXXX de 2016, del periodo correspondiente del XXXX de 2016 a XXXX de 2016, acompañado de los soportes para pago, entre estos, la factura; Acta de entrega de inmueble de fecha XXXX de 2016; y el Acta de terminación del contrato de fecha XXXX de 2016. Todas estas actas fueron suscritas por la señora LESF como representante legal de la Asociación SSVP de Tunja y la señora XXXX en calidad de supervisora.

En ese sentido, existe plena prueba que acredita que la señora LESF identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX suscribió el Contrato de Arrendamiento No. XXXX de 2016 con la Alcaldía Municipal de Tunja, en calidad representante legal de la Asociación SSVP de Tunja Nit. XXXX, firmado el XXXX de 2016 y con un plazo de ejecución de dos (2) meses es decir hasta el XXXX de 2016. Es necesario precisar que el rol de arrendatario fue de la Alcaldía Municipal de Tunja y el rol de arrendador la Asociación SSVP de Tunja, representada legalmente por la señora LESF.

Así mismo se encuentra prueba documental de que la señora LESF suscribió el modificadorio No. XXXX al contrato de arriendo No. XXXX de 2016 el XXXX de 2017 en calidad de representante legal de la Asociación SSVP de Tunja [...].

Conforme a los elementos de juicio recaudados en el plenario se indicó: “[...] De la referenciación y análisis de las pruebas descritas en este acápite es posible advertir que, la señora LESF identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX, es abogada inscrita ante el Consejo Superior de Judicatura con la tarjeta profesional No. XXXX, conforme a las pruebas que son allegadas en la etapa verbal por parte de la coordinación de Historias Laborales de la UAE DIAN, así como del certificado No. XXXX del 21 de abril de 2021 expedido por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; que, estando vinculada como servidora de la DIAN, en el cargo de gestor III Código 303 Grado 03 de la División de Gestión de Asistencia al Cliente de

la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja, fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Tunja como representante legal de la Asociación SSVP de Tunja NIT. XXXX, y que contando con apoyo del asesor jurídico XXXX presentó propuesta para celebrar contrato de arrendamiento de un bien inmueble con la Alcaldía de Tunja y posteriormente suscribió el contrato No. XXXX del XXXX de 2016 y su modificadorio N° XXXX del XXXX de 2017 [...]”.

Más adelante precisó: “[...] Para el caso que nos ocupa se tiene que la señora LESF identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX suscribió Contrato de Arrendamiento No. XXXX de 2016 con la Alcaldía Municipal de Tunja, en calidad representante legal de la Asociación SSVP de Tunja Nit. XXXX, siendo aún funcionaria pública, inobservando el régimen de inhabilidades de la contratación estatal, y desconociendo normas de rango Constitucional y legal, así:

Rango Constitucional: El artículo 127 de la Constitución Política, dispone: “ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”.

Rango Legal: El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece: “ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR. 1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) f) Los servidores públicos [...]”.

En sede de tipicidad concluyó el fallador de primer grado que: “[...] En ese orden de ideas, se tiene que señora LESF identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX suscribió contrato de arrendamiento con una entidad Estatal del nivel territorial estando inmersa en la inhabilidad establecida en la Ley 80 de 1993 para contratar con el Estado, desconociendo así el régimen de inhabilidades e incompatibilidades desarrollado anteriormente [...]”. (transcripción literal)

En torno a la culpabilidad indicó: “[...] Para el Despacho, se está entonces ante actos verdaderamente conscientes y voluntarios que requieren de capacidad, análisis, reflexión y de preparación, más la carga de conocimiento del funcionario sobre la obligatoriedad de saber sobre los deberes y las prohibiciones señaladas; aquí debe resaltarse que la señora XXXX es abogada y fue servidora pública por más de 25 años, contaba con amplia experiencia en el sector administrativo, llegando incluso a ser asesora jurídica de la oficina jurídica de la Alcaldía Municipal de Tunja, además contó con el apoyo de un asesor jurídico, circunstancias que dan cuenta que la investigada comprendía la realidad fáctica y jurídica en la que se encontraba, siendo conocedora de los deberes y ritualidades que debe observar en cuanto al régimen de inhabilidades del servidor público.

Incluso, su voluntad se ve reflejada en el hecho de que fue ella quien ofreció en arriendo el inmueble de propiedad de la entidad sin ánimo de lucro de derecho privado Asociación SSVP de Tunja, como se refleja en las pruebas documentales, entonces se entiende que quiso actuar de esa forma en contravía de sus deberes, inobservando los principios de la función administrativa y de la contratación pública.

De todo lo expuesto, está plenamente probado que la señora LESF realizó actos preparatorios como fue la planeación y entrega de la oferta; que en el contrato manifestó no estar incurso en causal de inhabilidad o de incompatibilidad; se acreditó que presentó cuentas de cobro y suscribió el acta de liquidación del contrato XXXX de 2016; y que dada su profesión y experticia era conocedora de dicho régimen, por lo que contaba con elementos suficientes para saber que con su actuar estaba desconociendo el artículo 127 superior desarrollado entre otras normas por el artículo 8 de la ley 80 de 1993.

En conclusión, una vez analizada la conducta de la exfuncionaria LESF a la luz del acervo probatorio que obra en el expediente, el Despacho encuentra que se reúnen los requisitos que permiten afirmar que, la misma se desplegó a título de DOLO, en la medida que conocía los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y aun así los realizó [...]”.

Como corolario de lo anotado, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, impuso sanción de destitución e inhabilidad general para ocupar cargos y ejercer funciones públicas por el término de diez (10) años, atendiendo los criterios de graduación de la sanción, expresamente consagrados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

En acta de audiencia pública efectuada el 9 de septiembre de 2021, el apoderado de confianza de la disciplinada sustentó la alzada, en los siguientes términos resumidos por el fallador jurídico de primer grado:

“[...] El despacho no valoró en contexto las pruebas aportadas por la defensa y las allegadas por los investigadores. Que no se demostró que la actuación en razón, con ocasión o con abuso de su cargo en la DIAN, que respecto del contrato actuó en nombre de la Asociación SSVP. Que si bien es cierto existía una urgencia, se debía cumplir con las formalidades de la contratación que la alcaldía y la Asociación debían protegerse, que por eso se tenía un asesor jurídico con 25 años de experiencia como lo era LS. Que no se puede equiparar la experiencia de la doctora LESF con la de LS, así mismo que LESF en la DIAN estaba en un tema de atención al público y no con relación al derecho, en su cargo de más de 10 años no requería conocimientos de derecho. Que sus limitaciones de conocimiento de su defendida origino Que no se demostró que la investigada tuviera una especialización en régimen den inhabilidades o incompatibilidades, que para eso se contrató al doctor LS. Que el contrato solo fue por 2 meses y fue para evitar un deterioro de una casa que hace parte del patrimonio de la ciudad, que esto prevenía de un detrimento patrimonial y unos eventuales accidentes a las personas.

Que respecto a lo que se refiere el despacho por la queja elevada por el doctor LS, en cuanto a que no se manifestó sobre el contrato de arrendamiento, esto obedece que solo hasta el 2021 solo la ITRC emitió el pliego de cargos, y que el anónimo no habla del contrato de arrendamiento, fue hasta ese momento que se evidenció una posible irregularidad en el régimen de inhabilidades, pero que este fallo demuestra aún más o sustenta aún más las irregularidades del abogado, que la doctora LESF actuó con buena fe en creer en el abogado. Que existe un error imprevisible por confiar en el Jurídico, que estos nuevos hechos van a ser objeto de complementación de la queja. Que existe un error de prohibición por confiar en el abogado, que

es invisible y elimina la culpabilidad, que se actuó en debida forma. Que se evidenció la existencia de un caso fortuito por el estado del inmueble, que la misma Alcaldía lo reconoce las irregularidades en el inmueble. Que la presentación de la propuesta y la cuenta de cobro y demás actuaciones no se pueden decir que fue de mala fe. Que de no hacer el contrato se vería un detrimento patrimonial, que no se fundamenta la conducta endilgada, no se demuestra el dolo, si existiera la misma no lo hubiera suscrito lo hubiera hecho de forma más escondida, que el despacho presume la mala fe, que no se demostró el dolo.

El actuar doloso se basa en unas apreciaciones subjetivas del despacho, que no se hace un análisis probatorio, que se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las circunstancias en que se dio el contrato, que esto se evidencia incluso en que el despacho no decretó la inspección ocular. No se demuestra el daño que sufrió el Estado ni económico ni moral, ni se tasa ni se evidencia, en especial el daño moral. Que dentro del auto que ordeno el archivo no se demostró una irregularidad de la disciplinada o un daño generado al Estado. No se evidencia en los hechos ni se prueba cual fue la afectación funcional pública del Estado Con el contrato de arrendamiento suscrito por dos meses no se generó un daño moral, ni funcional ni otro daño que genere detrimento, que el desgaste se evidencia es en la investigación[...]. (Transcripción literal)

Por su parte la disciplinada, presentó los siguientes argumentos:

“[...] Que es un fallo injusto, que ella salvó una casa, sino que evitó fue un detrimento patrimonial, que los anónimos fueron mal intencionados, que obró de conformidad. Que ella es abogada, pero que, en la DIAN, los últimos 10 años solo trabajó en digiturno, nada que ver con su profesión, que no se demostró el daño. Que ella confió en su abogado y en los eximentes, que si nos les llama la atención el tiempo de duración del contrato. Que el error grave fue firmar un contrato para salvar una casa y ayudar una gente, que no hizo nada a título de dolo [...]”.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

De conformidad con lo previsto en el artículo 180 inciso séptimo de la Ley 734 de 2002, la defensa de la disciplinada dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos de conclusión mediante correo electrónico de 30 de noviembre de 2021, el cual sustentó de la siguiente forma:

“[...] es clara la afectación al Derecho de Defensa y Contradicción, derivado del artículo 29 Constitucional, en el entendido que es clara la falta de Competencia de la Subdirección Técnica De la Agencia Investigaciones Disciplinarias Unidad Administrativas Especial Agencia Del Inspector General De Tributos, Rentas Y Contribuciones Parafiscales – ITRC, para conocer en primera Instancia del Proceso Disciplinario, lo que se reitera, se puso en conocimiento en su momento procesal oportuno, y que genera Nulidad de todo lo actuado, justamente por esa falta de Competencia, toda vez que de conformidad a lo establecido en el numeral 17 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, fata endilgada a mi Defendida, la citada falta se dá, siempre y cuando se dé por razón, con ocasión o bajo abuso del cargo del funcionario público, sin que en el caso bajo estudio, la supuesta inhabilidad haya surgido en alguno de estos aspectos, siendo claro que

las actuaciones investigadas son diametralmente ajenas a las funciones que para ese entonces desarrollaba LESF para la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Esta situación fue resuelta de manera parca por el Fallador de Primera Instancia, sin tener en cuenta la literalidad de la Norma, que determina que la citada falta solo es objeto de reproche disciplinario, cuando la misma se da por razón de su cargo, ni con ocasión del mismo, y mucho menos abusando de éste, sin que así se hubiere estudiado, hecho por el cual solicito se considere tal argumento al momento de desatar la Impugnación elevada ante Usted [...]”.

Agrega el defensor de la disciplinada que la primera instancia:

“[...] no dió aplicación al Principio de favorabilidad establecido en el artículo 14 de la ley 734 de 2002, por lo que ante la divergencias de norma dentro del mismo Código Único Disciplinario, se debe aplicar la mas favorable, en este caso a mi representada LESF, ante la evidente contradicción en la falta endilgada a mi representada, en dos normas, la primera de ellas endilgada por el ITRC, y la segunda denotada en la Codificación disciplinaria así:

a) De la norma endilgada por el ITRC Se endilga el artículo 48, numeral 17, del código Disciplinario Único, constituye falta gravísima: “... 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...”

b) De la norma que bajo el principio de favorabilidad, se constituiría en el caso bajo estudio, correspondiente al artículo 50 del CDU, establece las faltas graves y leves como: “...

ARTÍCULO 50. FALTAS GRAVES Y LEVES. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima...” (Subrayado y resaltado fuera del texto original)

[...] Pues bien, al no absolverse dicha impugnación de competencia, se Genera la Nulidad establecida en el artículo 143 de la Laye 734 de 2002

[...]

Por existir una clara falta de competencia de la Subdirección Técnica De la Agencia Investigaciones Disciplinarias Unidad Administrativas Especial Agencia Del Inspector General De Tributos, Rentas Y Contribuciones Parafiscales – ITRC, y por violar las garantías fundamentales de quien represento.

Consideraciones estas no tenidas en cuenta, y que están plenamente demostradas, al ser derivadas de una Garantía Fundamental, que bajo el principio Pro – Homine debieron ser resueltas favorablemente a mi representada, hecho por el cual solicito sean consideradas en Sede de Segunda Instancia [...]”. (sic)

Argumenta como otro punto el defensor, que:

“[...] A pesar de haber sido endilgada como normas vulneradas conforme a los cargos, las establecidas en el artículo 127 Constitucional y artículo 8 de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que las citadas normas establecen excepciones, dentro de las que se enmarca la conducta de la Señora LESF,

Al respecto, Según el pliego de cargos, y el fallo recurrido, la conducta de la Disciplinada, se enmarca en las siguientes normas:

“... Rango Constitucional:

El artículo 127 de la Constitución Política, dispone:

“ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”.

Rango Legal:

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece: “ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos

(...)”

Siendo claro que, la Norma Constitucional arriba expuesta, establece la existencia de excepciones legales a la Falta Disciplinaria, y una de esas excepciones fue desarrollada en ley 80 de 1993, y más exactamente frente al Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, en su artículo 10 Dispone:

“... ARTÍCULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política...”

Siendo claro, y así se demostró que la ASOCIACION SSVP, es una entidad sin animo de lucro, no solo con la Certificación de la Secretaría de Participación y Democracia de la Gobernación de Boyacá, el Certificado de Existencia y Representación Legal emanados de la Camara de Comercio de Tunja, sino con los estatutos de la misma Entidad, lo que la enmarca dentro de las excepciones determinadas en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, anteriormente citada pruebas documentales estas que obran dentro del expediente y que no fueron debidamente valoradas por el A-quo, ya que de ninguna manera se desvirtúa una excepción, establecida en la Ley, y que en consecuencia no admite mas interpretaciones, que la del ser favorable al Investigado.

[...]

Y es que de la lectura del fallo recurrido, se observa el a quo no tuvo en cuenta la orden legal y estatutaria donde que autorizaban a la disciplinada para firmar contratos públicos, por tratarse de representante legal de una Entidad sin Ánimo de Lucro, y más aun cuando de los estatutos de la ASOCIACION SSVP CFO, determinaba tal obligación, en pro del bienestar de los menos favorecidos del Departamento de Boyacá.

En este sentido el A-quo, se vale en la decisión recurrida de apreciaciones acomodadas al sentido condenatorio de su decisión, sin tener en cuenta, que no existe interpretación al tenor literal de la Ley, y mas aun cuando esta exculpa de manera clara a mi representada, al estar sometida a una de las excepciones establecidas en la misma norma, y traída desde el mismo artículo 127 Constitucional [...].”

Página: 9 de 31

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

Por otro lado, expuso el defensor en el escrito de alegatos de conclusión que el fallador de primera instancia:

“[...] no realizó la valoración probatoria integral, ya que solamente avizoró aquellas pruebas que buscaban declarar configurada la imputación realizada, y no aquellas que claramente la desvirtuaban y más exactamente:

a) El ingrediente subjetivo del tipo, denominado como representación de otro no puede ser acogido en el caso que nos ocupa ya que esta representación no sea de manera tangencial o para la suscripción del contrato específicamente sino que está conferida por la misma asociación que es una entidad sin ánimo de lucro eximida por una ley que desarrolló el precepto constitucional, y conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993.

b) Al tratarse de una entidad sin ánimo de grupo, claramente está definida dentro de las excepciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley 80 de 1993, norma esta a la que se acogió mi defendida, y la que es clara, debiéndose interpretar restrictivamente, al tratarse de una norma de carácter sancionador.

Hecho por el cual la Subdirección Técnica De la Agencia Investigaciones Disciplinarias Unidad Administrativas Especial Agencia Del Inspector General De Tributos, Rentas Y Contribuciones Parafiscales – ITRC, no pudo demostrar el cargo formulado, por existir una excepción legal, que se configura en el caso bajo estudio, hecho este por el cual se desvirtúa tal tipicidad de la conducta, y a pesar de ello, y de estar debidamente demostrado, profirió un fallo Condenatorio, omitiendo esas pruebas que desvirtuaban los cargos formulados [...]”.

Expone el defensor respecto a la suscripción del contrato de arrendamiento, que existe una:

“[...] clara la plena justificación para la suscripción del Contrato por Parte de la Representante Legal de la ASOCIACION SSVP CFO, con el fin de recuperar un bien inmueble usado para fines sociales, ante la mala o nula administración anterior, que llevaba a incluso poder perderse ese Bien Inmueble, conforme se denoto en el escrito de descargos, ya que la Alcaldía Mayor de Tunja en compañía con la ASOCIACION SSVP DE TUNJA establece que la única manera de recuperar dicho bien, es a través del contrato de arrendamiento suscrito, situación esta que se demuestra con las siguientes documentales, que no se entiende por que no fuero tenidas en cuenta por la Subdirección Técnica De la Agencia Investigaciones Disciplinarias Unidad Administrativas Especial Agencia Del Inspector General De Tributos, Rentas Y Contribuciones Parafiscales – ITRC dentro de la investigación que nos ocupa, y que me permito reiterar, para que en el eventual fallo si se evalúen al compas de los descargos y argumentos de defensa presentados por la parte que represente en su debida oportunidad y en audiencia.

En este sentido, quedó demostrado el Estado de Necesidad de la ASOCIACION SSVP DE TUNJA, de suscribir el Contrato de Arrendamiento con la Alcaldía Mayor de Tunja, para recuperar un bien inmueble, usado para fines sociales y sin animo de lucro, recuperación que se dio gracias a la suscripción del Contrato Público en mención

[...]

Por lo que, a contrario de lo sostenido en el fallo de primera instancia, esta demostrada claramente la necesidad y justificación de la suscripción de ese contrato de arrendamiento, constituyendo el mismo un

Página: 10 de 31

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

estado de necesidad de la Asociación de realizar dicho negocio jurídico, para evitar un perjuicio irremediable, y mas aun cuando estaba enmarcada dentro de las excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, reitero, por la configuración del artículo 10 de la Ley 80 de 1993 [...].

Por lo anterior, adujo la defensa que: “[...] al negar la Inspección ocular a la casa que motivó el contrato con la Alcaldía Mayor de Tunja, en donde se demostraba el estado de necesidad, al evidenciarse la magnitud de la obra que se realizó como también los 6 locales comerciales que tiene y que sirven para sustentar el objeto social de la ASOCIACION SSVP DE TUNJA[...].”

Llama la atención el defensor indicando que:

“[...] se inicia la investigación Por un anónimo llegado al ITRC, sin entenderse el por qué se toman declaraciones por el ITRC del señor RAFAEL MORA NAVARRO en calidad de presidente de la SSVP DE COLOMBIA, y la esposa de éste y la señora MERY PACHON en calidad de vicepresidenta de la misma Asociación cuyo Nit es XXXX, entidad esta diferente a la entidad ASOCIACIÓN SSVP DE TUNJA, Asociaciones estas autónomas presupuestal y administrativamente, con patrimonios independientes.

En este sentido, en el A-quo, en el Fallo recurrido e tomó en cuenta el hecho demostrado que las personas que declararon y enunciadas anteriormente, dentro del proceso disciplinario que nos ocupa, el día 8 de Octubre del año 2018, sin permiso de la Disciplinada y por orden ilegal del señor RAFAEL ENRIQUE MORA ingresan a las instalaciones de la ASOCIACIÓN SSVP DE TUNJA cometen atropellos como el cambio de guardas de la puerta y otros y además sustraen documentos ilegalmente como los aportados al ITRC y que se encuentran en los folios 720 al 743 y los cuales pusieron a rodar en diferentes instancias judiciales de lo anterior existe denuncia penal en su contra y que fue aportada como prueba, y no considerada por el A-quo, para sacar de la valoración probatoria, por ilegales, las pruebas allí obtenidas.

[...]

De igual manera, el fallo sancionatorio ca recurrido, no se analizaron los documentos probatorios solicitados y recaudados por el mismo ITRC contenidos en los folios 641 al 665 del expediente , empezando por el contrato que firmó la representante legal de La ASOCIACIÓN SSVP DE TUNJA DRA. LESF con la Alcaldía mayor de Tunja, por la urgencia manifiesta y solo por dos meses para poder sacar de la casa a los invasores, y poder arreglar el inmueble que tenía serias afectaciones, graves la casa tiene 6 locales comerciales y los arriendos son para desarrollar el objeto social que es ayudar al más necesitado.

En el mismo sentido, Dentro del expediente Hay una prueba muy importante no valorada por el A-quo, y que valida la actuación de la Representante Legal DRA. LESF vista al folio 647 del expediente donde la Secretaria de Cultura y Turismo con fecha 14 de Diciembre del 2016 informa al Secretario de contratación de la Alcaldía Mayor de Tunja “ que el mal estado del inmueble es total e informa que el deterioro puede causar accidentes”, lo que constituye una urgencia manifiesta, tal como se demostró con evidencia fotográfica en 16 folios que se vuelven a adjuntar y que no fueron ni siquiera enunciadas, y mucho menos objeto de valoración probatoria en el fallo impugnado [...].”

Por otro lado, se expone en el escrito de alegatos de conclusión que en el fallo de primera instancia no se realizó un estudio de fondo, indicando lo siguiente:

Página: 11 de 31

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

“[...] frente al error de prohibición expuesto en la contestación a los cargos formulados, por la existencia de una norma que la exceptuaba del Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, de aplicación exegética y restrictiva, siendo así asesorada por el Abogado LS, quien firmó el contrato objeto de controversia, justamente dándole a mi representada un piso de legalidad ya que se excluía del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, configurándose dicho error de prohibición, en el entendido que el sujeto comete un hecho bajo “la influencia total o parcial de una percepción errada de la valoración global de la antijuricidad de su actuar evitable o inevitable”, y más aun cuando del mismo no se produjo afectación alguna a la Administración pública, hecho este que no fue desvirtuado por el ente Investigador en el fallo recurrido

AL respecto, con las pruebas aportadas al proceso, se demostró que el abogado LS quién era el asesor jurídico de la asociación sociedad San Vicente de paúl firmó el citado contrato, dio el aval correspondiente a mi defendida para suscribir el contrato de arrendamiento en mención, reafirmandose aún más la convicción de no estar enmarcándose dentro del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, con la existencia de la excepción legal de que trata el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 expuesta con anterioridad, de llegar a presentarse y en gracia de discusión invencible en atención a la existencia de una norma de exclusión del régimen de inhabilidades [...]”.

Enuncia el defensor que:

“[...] en el fallo recurrido se dejó de estudiar los criterios para la graduación de las faltas, en clara contraposición de los Derechos al Debido Proceso, Defensa y contradicción, basándose en una presunción, que desdibuja la existencia de una norma mas benéfica para mi representada, tal como se expuso y no fue considerado por la autoridad Disciplinaria, mas exactamente en cuanto al no estudio y consecuentemente a la no configuración de los aspectos denotados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único, en cuanto al no estudio del grado de culpabilidad, de la naturaleza esencial del servicio, del grado de perturbación del servicio, de la jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución, de la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, así como de las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, así como los motivos determinantes del comportamiento, la intervención de varias personas [...]”.

Exponiendo que:

“[...] Con el fallo proferido se está violando el debido proceso, el Derecho al trabajo y al buen nombre de mi representada, configurándose violencia contra la mujer que ha sido afectada psicológicamente y sometida al escarnio público sin haber cometido la falta que le están endilgando, y quien cumplió cabalmente con el trabajo que desempeñó en la Dian y que ustedes abalaron con el archivo parcial de la Investigación Disciplinaria, proferido por la Autoridad Competente, donde la eximen de toda responsabilidad contradiciendo la lo afirmado en el fallo sancionatorio acá recurrido [...]”

Termina su escrito de descargos solicitando:

“[...] se Revoque el Fallo sancionatorio recurrido, y se profiera fallo absolutorio, conforme a las pruebas debidamente recaudadas a lo largo del devenir Procesal, por no haberse desvirtuado la Presunción de Inocencia, y haberse afectado Derechos fundamentales de ni representada [...]”.

5. CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Página: 12 de 31

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

Por parte de la segunda instancia se resolvió inicialmente sobre el recurso de apelación contra la decisión de negativa parcial de práctica de pruebas adoptada en audiencia pública de 10 de agosto de 2021.

Al respecto, en lo relacionado con la negativa a la práctica de inspección a un inmueble, se señaló que la solicitud probatoria resultaba impertinente por cuanto la conducta endilgada a la investigada “[...] recayó sobre hechos relacionados en la incursión como servidora pública en el régimen de inhabilidades al contratar con una entidad pública siendo funcionaria de la DIAN y no en la verificación del estado del inmueble mencionado, que trata de una propiedad de carácter privado y cuyo estado, para la época de los hechos se puede establecer con el registro fotográfico allegado por la disciplinada”, y en consecuencia, confirmó la decisión adoptada por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias en audiencia pública de 10 de agosto de 2021, en el sentido de no decretar la inspección ocular al inmueble.

En relación con el fallo, se señaló:

“En cuanto al caso en concreto, debe tenerse en cuenta que la presente investigación se inició en la queja anónima de 9 de noviembre de 2018, a través de la cual, entre otras, se denunciaron unas irregularidades atribuidas a la exservidora de la DIAN señora LESF, quien en condición de representante legal de la “Fundación Asociación SSVP” - Tunja, celebró el contrato de arrendamiento No. XXXX de XXXX de 2016 y su modificatorio de XXXX de 2017, con la Alcaldía Municipal de Tunja.

La Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, formuló a la señora LESF, como cargo único, el siguiente:

“[...] A la señora LESF, identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX, quien para el año 2016 se desempeñaba como funcionaria de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja en el cargo de gestor III Código 303 Grado 03, adscrita a la División de Gestión de Asistencia al Cliente, por celebrar con la Alcaldía Municipal de Tunja, el contrato No. XXXX del XXXX de 2016, suscrito por ella en calidad de representante legal de la Asociación SSVP de Tunja, identificada con el NIT. No. XXXX y ostentando simultáneamente el cargo de funcionaria pública. Como presunta autora responsable de la infracción disciplinaria gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, atribuida provisionalmente a título de dolo [...]”.

La norma atribuida por la primera instancia expone:

“[...] Numeral 17 artículo 48 Ley 734 de 2002, **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 [...]”. (Negrilla fuera del texto)

Lo anterior, conlleva el conocimiento previo por parte del servidor público que está en una causal de inhabilidad de carácter legal y/o constitucional, y a pesar de ello, decide realizar una conducta contraria a lo establecido en las mismas. Como ejemplo de las inhabilidades de rango Constitucional comunes a todos los funcionarios del Estado se cita el artículo 127, que contempla una inhabilidad general para contratar,

preceptuando que los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

La jurisprudencia constitucional desde tiempo atrás ha sostenido, sobre la naturaleza de las inhabilidades incompatibilidades, que su consagración en la contratación del Estado obedece primordialmente a unas razones éticas, y a otras que se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues se busca garantizar la realización de los fines del Estado, más aún frente a la contratación estatal por ser uno de los espacios en el que se presenta mayor contacto entre la administración y los particulares, relación que debe fundarse siempre en el principio de transparencia. Es por ello, que el legislador ha dispuesto en diferentes normas diversas causales de inhabilidad e incompatibilidad obligatorias como restricciones dirigidas a los servidores públicos, exservidores y a algunos particulares que por cualquier motivo afecten el principio de transparencia mencionado.

La existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular, y el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad, por esta razón, quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con entidades estatales.

Así las cosas, el inciso primero del artículo inmediatamente transcrito reprocha el hecho de que el servidor investigado esté incurriendo en estas limitaciones y a pesar de ello actúe u omita hacerlo.

Ha dicho la Corte Constitucional que las inhabilidades e incompatibilidades son parte necesaria y obligada de un régimen de contratación, pues ellas aluden a una materia que es específica y consustancial de éste, como es la atinente a la regulación de las incapacidades de los sujetos privados o en el presente caso a los servidores públicos que hacen uso de la regulación contractual.

Por ello, el artículo 127 Constitucional se desarrolla en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, cuando establece las inhabilidades e incompatibilidades para contratar de la siguiente manera:

“[...] Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1. **Son inhabilidades** para participar en licitaciones y **celebrar contratos con las entidades estatales**:

[...]

f) **Los servidores públicos** [...]”. (Negrilla fuera del texto)

Como puede observarse, las inhabilidades e incompatibilidades recaen en los servidores públicos en ejercicio; debe además considerarse que, al aludir el tipo disciplinario a las causales de inhabilidad e incompatibilidad contempladas en la ley, es necesario entender que para completar esta descripción debe acudir a todos los regímenes vigentes y no únicamente al consagrado en el Estatuto de la Contratación Estatal. Es así entonces como el literal f, del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, desarrolla el mandato constitucional que, como se ha expuesto, se encuentra previsto en el artículo 127 de la

Constitución Nacional, el cual contempla como inhabilidad para todos los servidores públicos celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con entidades públicas.

Dentro de la actuación procesal adelantada por la primera instancia se pudo establecer lo siguiente:

- De conformidad con los oficios No. No. 100206214-004412 de 13 de diciembre de 2018 suscrito por la Subdirección de Gestión de Personal y No. 100214308-1402 de 20 de diciembre de 2018, suscrito por la Jefe de Coordinación de Historias Laborales de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, la señora LESF, fue servidora pública adscrita a la DIAN hasta el 31 de diciembre de 2018 desempeñándose en el cargo de Gestor III, Código 303, Grado 03, ubicada en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja.
- Que con acta No. XXXX de XXXX de 2015 de la Asamblea de Asociados de la SSVP de Tunja registrada en la Cámara de Comercio con el No. XXXX del Libro I de Entidades sin ánimo de lucro fue nombrada representante legal la señora LESF.
- Que la Asociación SSVP de Tunja, identificada con NIT. No. XXXX suscribió contrato con la Alcaldía de Tunja No. XXXX de 2016 y su modificatorio de XXXX de 2017.
- Que la señora LESF se reporta como cotizante en el SGSS de la UGPP para las vigencias enero de 2015 a diciembre de 2019 donde la Asociación SSVP figura como empleador.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se estableció que la señora LESF, funcionaria de la DIAN, celebró el contrato de arrendamiento No. XXXX de 2016 y su modificatorio de XXXX de 2017, en calidad de representante legal de la Asociación SVP con la Alcaldía Municipal de Tunja, momento en el cual, paralelamente se desempeñaba como servidora pública de la DIAN.

Lo anterior, va en contravía del Literal f) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, que establece que están inhabilitadas para participar en licitaciones o concursos **y para celebrar contratos con el Estado**, las personas que ostenten la calidad de servidor público.

Respecto a la celebración de contratos por parte de los servidores públicos el Consejo de Estado ha considerado:

"[...] El artículo 127 de la Constitución Política prohíbe a los servidores del Estado celebrar cualquier tipo de contrato con la administración pública ya sea para su propio beneficio o por cuenta de terceros. "Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

La norma superior fue desarrollada por la Ley 80 de 1993, según ésta (art. 8º, letra f) los servidores públicos se encuentran inhabilitados "para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales".

[...]

El Decreto - ley 3074 de 1968 sobre la misma materia dispuso que a los empleados públicos les está prohibido intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado y en la

obtención de concesiones o de cualquier beneficio que implique privilegios a su favor, redacción idéntica a la citada anteriormente.

Se insistió así en alejar los intereses de los empleados públicos de la actividad económica estatal que exige imparcialidad y transparencia en su desarrollo. Esta orientación finalmente vino a expresarse en la norma constitucional del artículo 127 que no admite interpretaciones distintas de su texto que es claro: a los servidores públicos, con las únicas excepciones que de manera específica señala la ley, les está prohibido celebrar contratos con el Estado. Tal fue la voluntad expresa en la legislación desde 1968 y la orientación que consignó el constituyente de 1991.

Además, la norma superior se repitió en la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y determinó además que están inhabilitados para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales "f) los servidores públicos" (art. 8º), con estas disposiciones se reitera que el servidor público no puede mezclar sus intereses con la actividad económica estatal y tampoco participar en eventos que puedan conducir a contratar. Por lo demás la Sala ya se había pronunciado en este mismo sentido en oportunidad anterior (Consulta 598, mayo 5 de 1994).

[...]

La Sala responde

1. De conformidad con el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, los servicios públicos no pueden "participar en licitaciones o concursos" para celebrar contratos con entidades estatales, mientras permanezcan en sus empleos.

Cuando una entidad estatal requiere públicamente servicios profesionales, está citando a concurso y en él no pueden participar los servidores públicos.

Tampoco puede la entidad pública seleccionar para celebrar contrato a quien se encuentre vinculado con el Estado en carácter de servidor público.

2. El servidor público no puede participar en el concurso mientras conserve su vinculación con el Estado por estar legalmente inhabilitado; igualmente lo está para celebrar contratos [...].

Así las cosas, teniendo en cuenta que la señora LESF, tenía vínculo laboral y formaba parte de la planta de servidores de la DIAN, es claro para este Despacho que, para el momento de la suscripción del contrato de arrendamiento No. XXXX de 2016 y su modificatorio de XXXX de 2017 en calidad de representante legal de la Asociación SVP, se encontraba inhabilitada para contratar con el Municipio de Tunja, y a pesar de lo anterior, dirigió su comportamiento a la realización de dicha conducta suscribiendo los mencionados contratos.

En torno al recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el defensor de la investigada alegó que el a quo no dio aplicación al principio de favorabilidad establecido en el artículo 14 de la ley 734 de 2002, el cual establece que se debe aplicar la norma más favorable, en este caso, por encontrarse dos normas aplicables a la conducta de su defendida dentro de la legislación disciplinaria, una considerada como falta gravísima, la cual fue imputada dentro del pliego de cargos, y la otra, correspondiente al artículo 50 de la Ley 734 de 2002, que establece las faltas graves y leves.

Se indicó que en relación con lo mencionado por la defensa, debe resaltarse que en ocasiones se contemplan varios tipos disciplinarios para una misma conducta dentro de la Ley 734 de 2002. Esa

Página: 16 de 31

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

circunstancia pone de presente que el operador jurídico disciplinario está obligado a analizar, en cada caso, si se encuentra frente a un concurso de faltas disciplinarias, pues la conclusión a la que llegue será relevante al momento de graduar la sanción.

Puede ocurrir que una misma acción parezca vulnerar varias disposiciones disciplinarias, caso en el cual el concurso sería aparente y, en consecuencia, la formulación de los cargos y la eventual imposición de la sanción debe consultar esa circunstancia.

Se advierte que en el pliego de cargos la primera instancia imputó la falta establecida en el numeral 17 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, conducta relacionada con el “[...] *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 efecto, se cuestiona a la disciplinada la celebración del contrato de arrendamiento No. XXXX de 2016 y su modificadorio de 2017, en condición de representante legal de la Asociación SVP, siendo funcionaria de la DIAN sin la observancia del régimen de inhabilidades que recae sobre todo servidor público.

La doctrina ha señalado algunos principios jurídicos para solucionar esta clase de circunstancias, en el proceso penal, estos, como el de especialidad, son aplicables en el derecho disciplinario en virtud de la aplicación del artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

El concurso aparente entre los tipos disciplinarios previstos en la Ley 734 de 2002 se resuelve aplicando el principio de especialidad.

El principio de especialidad se deriva de lo dispuesto en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 57 de 1887, según el cual “[...] *la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general [...]*”, y se aplica en aquellos casos en los que, aparentemente, concurren un tipo general y uno especial que contiene todos los elementos constitutivos del primero.

Según este principio, en la hipótesis mencionada, se debe aplicar el tipo especial, porque por contener todos los elementos del general y otros adicionales, permite adecuar plenamente la conducta dentro de su marco.

El numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, prevé, como falta gravísima “[...] *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 [...]*” lo que conlleva implícito y como lo estableció el fallador de primera instancia el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley.

Sobre la definición de las faltas disciplinarias la Corte Constitucional ha previsto que:

“[...] con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las

faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan: La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias entran en juego elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos políticos – institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación [...]”.

La citada Corte Constitucional, sobre el particular determinó:

“[...]Tipicidad directa e indirecta “La exigencia de una clasificación de infracciones administrativas en normas tipo, en donde no sólo se haga una descripción exacta de la conducta que será objeto de sanción sino de la sanción misma, modelo típico del precepto penal, devendrá en el desconocimiento de la naturaleza misma de la actividad administrativa”, debiéndose entender, entonces “que existe una tipificación indirecta, que presupone la existencia de un precepto que establece un mandato, una prohibición y otro que establece que el incumplimiento de éstas, será objeto de sanción [...]”.

Al respecto en concepto jurídico emitido el 24 de julio de 2019, por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, de cara a la clasificación de las faltas efectuada por el legislador disciplinario estableció:

“[...] En aplicación de la especialidad de las faltas gravísimas, si la conducta del investigado está expresamente prevista en la ley como tal, prevalecerá esta calificación frente a aquella genérica”.

Ciertamente acude a la aplicación del principio de especialidad, al momento de realizar la adecuación típica de los hechos investigados, técnica que desde antaño ha sido de común aplicación, tanto en el campo del derecho penal como también en el disciplinario, y que en ningún caso se ha considerado contraria al debido proceso, ni a ninguna otra de las garantías constitucionales.

Así las cosas, en aplicación de la especialidad de las faltas gravísimas, si la conducta del investigado está expresamente prevista en la ley como tal, prevalecerá esta calificación frente a aquella genérica que determina como faltas graves o leves varios comportamientos como el incumplimiento de los deberes, abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses [...]. (negrilla fuera del texto).

Por su parte, la Corte Constitucional sobre el principio en comento estableció:

“[...] se trata de que ante la posible existencia de dos o más descripciones típicas en las cuales pudiera eventualmente encuadrarse una determinada conducta sancionable, el operador jurídico opte por subsumirla en aquel de tales tipos que, de manera más clara y precisa, y con mayor grado de detalle,

describa la conducta realizada. Esta técnica permite descartar en forma segura la aplicación de las restantes posibles normas, así como la consideración sobre la eventual ocurrencia de un concurso aparente de hechos punibles, y con ellos, la supuesta infracción del principio constitucional del non bis in idem [...].”.

En el presente caso, el argumento de la apelación gira en torno a que la conducta por la cual se sancionó a la disciplinada se encuadra en dos descripciones típicas, esto es, el artículo 50 de la Ley 734 de 2002 y el numeral 17 del artículo 48 de la referida ley Disciplinaria, lo cual no conlleva a la vulneración del principio de favorabilidad, puesto que el comportamiento reprochado a la disciplinada se encuentra tipificado de manera detallada, clara y precisa en la falta de naturaleza gravísima por la que optó el operador jurídico de primera instancia, disposición a la cual le otorgó prevalencia frente a la norma genérica en observancia del mencionado Principio de Especialidad.

Lo anterior, no configura ninguna causal de nulidad como lo pretende hacer ver el defensor de la investigada, toda vez que, con los pronunciamientos jurisprudenciales traídos a colación, el concurso aparente entre los tipos disciplinarios, se resuelve aplicando el principio de especialidad, dejando claro también, que la competencia de la Agencia ITRC sigue intacta conforme a las facultades conferidas por el Decreto 4173 de 2011, aclarado por el Decreto 4452 de 2011 y en atención a las previsiones contenidas en el Decreto 0985 del 14 de mayo de 2012.

Por otro lado, enuncia la defensa que la primera instancia no tuvo en cuenta a favor de la disciplinada las excepciones establecidas para contratar por parte de los servidores públicos, en este caso, la contemplada en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, que establece, entre otras, que “[...] *No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores [...] ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario[...]*”, exponiendo:

“[...] Siendo claro, y así se demostró que la ASOCIACION SSVP, es una entidad sin ánimo de lucro, no solo con la Certificación de la Secretaría de Participación y Democracia de la Gobernación de Boyacá, el Certificado de Existencia y Representación Legal emanados de la Camara de Comercio de Tunja, sino con los estatutos de la misma Entidad, lo que la enmarca dentro de las excepciones determinadas en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, anteriormente citada pruebas documentales estas que obran dentro del expediente y que no fueron debidamente valoradas por el A-quo, ya que de ninguna manera se desvirtúa una excepción, establecida en la Ley, y que en consecuencia no admite mas interpretaciones, que la del ser favorable al Investigado.

Y es que en el fallo recurrido, la ASOCIACIÓN SSVP DE TUNJA es una persona jurídica principal sin ánimo de lucro con autonomía presupuestal y administrativa, ya que a pesar de solicitarse después de más de dos años de iniciado el proceso disciplinario a la Secretaría de Participación y Democracia de la Gobernación de Boyacá con fecha 10 de agosto del 2021 se informara la naturaleza jurídica de la ASOCIACIÓN SSVP DE TUNJA con Nit. XXXX, y obteniendo certificación en la que se observa como una Entidad sin Animo de Lucro, en clara configuración de la excepción legal allí definida [...]”

Teniendo en cuenta lo expuesto, es importante nuevamente traer a colación lo establecido en la norma respecto al régimen de inhabilidades, así:

“[...] El artículo 127 de la Constitución Política, dispone:

ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales [...]. (Negrilla fuera del texto)

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, “[...] por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [...]”, establece “[...] **ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR [...].**”

2. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos

[...]” (Negrilla Fuera del Texto]”.

El artículo 10 de la Ley 80 de 1993, dispone:

“[...] ARTÍCULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política [...].” (Negrilla fuera del Texto)

Al respecto comparte esta instancia lo manifestado por el a quo, al exponer en el fallo de primera instancia, que:

“[...] Visto lo anterior el término "por obligación legal" utilizado por el artículo 10, se refiere al hecho de contratos forzados por las necesidades del servicio público como por ejemplo la compraventa para obras públicas, usufructos, usos o comodatos transitorios requeridos por problemas de orden público, servidumbres públicas.

En el segundo evento "bienes que se ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten" se refiere por ejemplo a ofertas públicas en general, acceso a actividades lúdicas y recreación al público, comedores públicos, etc., esto es, ofertas generales sin discriminación a particular alguno.

En el tercer evento, cuando se trate de un representante legal de persona jurídica sin ánimo de lucro que haga parte de juntas o consejos directivos y deba contratar en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario se hace referencia a las personas jurídicas sin ánimo de lucro de naturaleza pública o mixta, así mismo se exceptúa obligación en virtud a su cargo es decir en el ejercicio de las funciones públicas o por orden de una norma proferida por el Congreso de la Republica o estatuto proferido por una autoridad pública investida para tal efecto, para el caso de la Asociación SSVP de Tunja nos encontramos que es una ESAL de carácter privada y no existe el elemento en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario por lo cual no es posible acoger los argumentos de la defensa que el artículo 10 de la ley 80 de 1993 excluye a la aquí investigada del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Frente a este argumento, resulta claro que las circunstancias en la que se ofertó, celebró y liquidó el contrato 923 de 2016 no se enmarcan en las excepciones legales que pretende hacer valer la defensa [...]”.

Conforme a lo anterior, para esta instancia, la excepción alegada por la defensa establecida en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, aplica única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que debe desempeñar el servidor público, es decir, que siendo funcionario de la administración, forme parte del consejo directivo de alguna asociación sin ánimo de lucro, entendiendo que esta tenga dineros públicos o sea de carácter mixta, lo que deja en claro que, la Asociación SVP, a la cual representaba legalmente la disciplinada LESF, si bien es cierto, es una entidad sin ánimo de lucro, también es cierto que, es una asociación de naturaleza privada, por lo que no se reúnen los elementos fácticos y jurídicos contenidos en la norma en comento, lo que sin duda alguna deja claro que la servidora disciplinada y sancionada se encontraba incurso en el régimen de inhabilidades constitucional y legal.

De acuerdo con lo antes expuesto, se puede concluir, según lo establecido en los artículos 8° de la Ley 80 de 1993, que los servidores públicos están inhabilitados para contratar con entidades estatales; así, en el caso bajo estudio, se comprobó que la servidora de la DIAN, LESF, en calidad de representante legal de la Asociación SVP, al suscribir el contrato de arrendamiento No. XXXX de 2016 y su modificatorio de XXXX de 2017 con la Alcaldía Municipal de Tunja, se encontraba incurso en la inhabilidad contemplada en la Constitución Política y en la norma legal mencionada.

De manera que en el caso objeto de estudio, como fue manifestado por la defensa en el escrito de descargos y en el desarrollo del proceso disciplinario, las obligaciones, actividades y funciones asignadas a la disciplinada en su cargo en la DIAN, no tenían ninguna relación con la actividad de celebrar contratos con entidades estatales como excepción de la norma citada; en otros términos, conforme señala el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no quedan cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, las personas que suscriban contratos estatales por obligación legal, es decir, aquellas personas que en calidad de servidores públicos, pero en ejercicio de sus funciones legales, deban celebrar contratos administrativos para el desarrollo de estas.

Lo anterior, deja claro lo establecido por el legislador en cuanto el espíritu de la norma, al desarrollar el artículo 127 de la Constitución Política, la cual es taxativa y prohíbe a los servidores del Estado celebrar

cualquier tipo de contrato con la administración pública, ya sea para su propio beneficio o por cuenta de terceros, como es la circunstancia fáctica estudiada.

La norma superior fue desarrollada por la Ley 80 de 1993, según ésta (art. 8º, letra f) los servidores públicos se encuentran inhabilitados "[...] para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales [...]".

Por lo tanto, con base en los argumentos expuestos, este Despacho considera que no es viable que un servidor público, como lo era la señora LESF, por sí mismo o por intermedio de una entidad sin ánimo de lucro, de carácter privado, participe en un proceso de contratación pública con una entidad del estado, pues la Constitución y la Ley lo prohíben de manera explícita y el desconocimiento de esta limitación genera sanciones disciplinarias para el servidor.

De otro lado, argumenta el apelante en su recurso de alzada que el despacho de primera instancia no valoró en contexto las pruebas aportadas por la defensa y las allegadas dentro de la actuación disciplinaria, por tanto, no realizó un análisis de las circunstancias de tiempo modo y lugar, basándose en apreciaciones subjetivas.

Revisado el fallo de primera instancia observa este Despacho que la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias en ejercicio de la potestad disciplinaria concedida por la Ley, al momento de proferir el fallo realizó un estudio y análisis dentro de la decisión de fondo adoptada del material probatorio arrimado al expediente, tanto de oficio como por las partes, llegando a la siguiente conclusión:

"[...] De la referenciación y análisis de las pruebas descritas en este acápite es posible advertir que, la señora LESF identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX, es abogada inscrita ante el Consejo Superior de Judicatura con la tarjeta profesional No. XXXX, conforme a las pruebas que son allegadas en la etapa verbal por parte de la coordinación de Historias Laborales de la UAE DIAN, así como del certificado No. XXXX del 21 de abril de 2021 expedido por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; que, estando vinculada como servidora de la DIAN, en el cargo de gestor III Código 303 Grado 03, adscrita a la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja, fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Tunja como representante legal de la Asociación SSVP de Tunja NIT. XXXX, y que contando con apoyo del asesor jurídico LSG presentó propuesta para celebrar contrato de arrendamiento de un bien inmueble con la Alcaldía de Tunja y posteriormente suscribió el contrato No. XXXX del XXXX de 2016 y su modificatorio N° XXXX del XXXX de 2017.

Finalmente, de las pruebas allegadas por la Coordinación de Historias Laborales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de la Escuela de la DIAN, se pudo establecer que la ex funcionaria LESF recibió capacitación en especial en temas referentes a la ley 734 de 2002, que igualmente dentro de su experiencia laboral ejerció cargos en la Gobernación de Boyacá y en la Alcaldía de Tunja en los niveles profesional y de asesoría Jurídica; así mismo que dentro de las actas de posesión la ex funcionaria juro respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes y desempeñar con amor, ética y responsabilidad social los deberes y las obligaciones.

De las pruebas antes analizadas es importante establecer que ninguna fue desvirtuada u objetada por ilegalidad en las distintas etapas del trámite disciplinario [...].”

Bajo este entendido, es erróneo afirmar, como lo hace el recurrente, que la primera instancia no valoró en debida forma el material probatorio, pues se observa que el a quo al valorar los elementos de juicio aplicó los criterios de la sana crítica determinando con certeza la existencia de la falta y la responsabilidad de la disciplinada desde una construcción lógica de hechos probados, como lo es, la certificación de la DIAN donde consta que era funcionaria pública de dicha Entidad para el momento de los hechos, el contrato de arrendamiento suscrito con la Alcaldía Municipal de Tunja y la Certificación de la Cámara de Comercio, donde se estableció que la disciplinada ejercía como representante legal de la Asociación SVP de carácter privado, por lo tanto, concluye esta instancia que el fallador de primer grado fundamentó su decisión sancionatoria aplicando las reglas de la sana crítica respecto del material probatorio debidamente recaudado.

Sobre la valoración de las pruebas, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] La apreciación individual y conjunta de las pruebas según las reglas de la sana crítica no es un concepto vacío, ni una válvula de escape de la que el juez puede echar mano para dar la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, tabúes, posturas ideológicas, emociones, prejuicios culturales, políticos, sociales o religiosos, o a sus sesgos cognitivos o de “sentido común”. Es, por el contrario, un método de valoración de las pruebas que impone a los jueces reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

La valoración del significado individual de la prueba es un proceso hermenéutico, pues consiste en interpretar la información suministrada por el medio de prueba a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para realizar tal labor, el juez debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba, es decir su adecuación o correspondencia con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, a partir de las cuales infiere la coherencia del relato, es decir su ausencia de contradicciones y su mérito objetivo.

La apreciación racional de la prueba en su singularidad se establece a partir de su consistencia y coherencia: una prueba es valiosa si la información que suministra explica la realidad a la que se refiere y no contiene contradicciones. La suficiencia o plenitud de la prueba es siempre relativa al thema probandum, por un lado, y al contexto de referencia, por el otro, pues no existe una prueba completa en sí misma (a menos que la ley lo disponga expresamente), sino unos medios que proveen el conocimiento con la aptitud o eficacia para explicar las circunstancias en que se basa la controversia, a la luz de un análisis contextual de la realidad social, profesional o técnica en que se dan los hechos que se investigan.

Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a su análisis conjunto mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas, de suerte que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, es decir sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencial. Finalmente, todas las hipótesis probatorias comparecen ante el tribunal de la experiencia, tanto de las circunstancias por ellas referidas como del marco de significado que las hace objetivamente consistentes y valiosas, de manera que encajen fácilmente como si se tratase de piezas de un rompecabezas, quedando por fuera todas aquellas hipótesis explicativas que no concuerdan con los enunciados probados por ser inconsistentes, incompletas o incoherentes (método de falsación).

La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en suma, trasciende las reglas estrictamente procesales porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades, sino que los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso, y esta función sólo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar completamente reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a «un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático tan querido por los exégetas de las reglas procesales ordinarias»

Estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el juez de motivar las sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes [...]”.

Teniendo en cuenta el anterior pronunciamiento, este Despacho observa que en ningún momento, se puede evidenciar que el fallador de primera instancia haya impuesto la sanción sin el estudio probatorio correspondiente, sino por el contrario, el resultado fue el cumplimiento de su deber constitucional, dado que, verificó de manera integral los elementos probatorios y realizó un estudio minucioso de la conducta, lo que le permitió llegar a la certeza de los hechos, estableciendo una línea temporal que dio consistencia y coherencia de los elementos probatorios, y que condujo a establecer que la señora LESF en calidad de servidora pública adscrita a la DIAN se encontraba incurso en una inhabilidad legal y constitucional para contratar con entidades estatales, sin que se configurara la excepción argumentada por la defensa, como precedentemente se analizó, eliminando de esta manera el *a quo*, cualquier duda razonable a favor de la disciplinada, razón por la cual este argumento presentado por la defensa no tiene vocación a prosperar.

Por otra parte, la defensa argumentó que no se demostró que la actuación de la disciplinada se hubiera realizado en razón, con ocasión o con abuso de su cargo como funcionaria de la DIAN, o que la conducta hubiera ocasionado un daño económico o moral al Estado, toda vez que, el contrato suscrito con la Alcaldía Municipal de Tunja lo realizó en calidad de representante legal de la Asociación SVP, por lo tanto, no existía inhabilidad.

Ante lo manifestado por el apelante, estableció este Despacho que la señora LESF, para la época de los hechos, se encontraba vinculada como servidora pública en la DIAN y además, como lo manifiesta el apelante, fungía como representante legal de la Asociación SVP, y que en dicha calidad suscribió el contrato de arrendamiento con la Alcaldía de Tunja No. XXXX del XXXX de 2016 y su modificadorio No. XXXX de XXXX de 2017, bien inmueble de propiedad de la mencionada asociación.

Recordemos que el Literal f) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 establece, que están inhabilitadas para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con el Estado, las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución o por la Ley, entre ellas menciona a los servidores públicos.

Precisa este Despacho que la disciplinada ejercía, según se probó documentalmente y mencionó la defensa, como representante legal de la Asociación SVP, que es una entidad sin ánimo de lucro, las cuales están definidas como personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de una o más personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de asociados, terceras personas o la comunidad en general, y no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros. En este caso, la disciplinada como representante legal de la mencionada asociación se comprometió con la Alcaldía de Tunja a cumplir con unas obligaciones contractuales, y es importante resaltar por esta Instancia que, la señora LESF a pesar que actuó como representante legal de la Asociación SVP, mantenía su calidad de servidora pública y celebró un contrato con una entidad estatal estando inhabilitada para ello, como se ha mencionado reiteradamente, en contravía del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 127 Constitucional, comportamiento que conllevó a la incursión de la falta gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002.

Por ello, no es de recibo el argumento esgrimido por la defensa en torno a que la actuación desplegada por la disciplinada no fue en razón, con ocasión o con abuso del cargo, que desempeñaba en la DIAN, toda vez que el derecho disciplinario, en tanto hace parte de la facultad sancionadora del Estado, no sólo contempla el comportamiento en ejercicio de las funciones y del cargo, sino que va más allá del comportamiento del individuo que como servidor público, ostenta una relación especial de sujeción con el Estado, lo cual le impone la observancia de los principios que regulan la función administrativa, concretamente el principio de transparencia que lo obliga a acatar el régimen de inhabilidades establecido en la Constitución Política y la ley, restricción legal que, de manera general, incapacita a los servidores públicos para ser parte en una relación contractual con entidades del Estado.

La Corte Constitucional ha precisado que el principio de legalidad en asuntos disciplinarios no tiene la misma rigurosidad que en asuntos penales, pues en los primeros no se afecta la libertad física, ya que se aplica en ámbitos específicos, a personas que están sometidas a una relación de sujeción especial.

Cuando el legislador estableció el catálogo de conductas dentro del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como infracciones disciplinarias consideradas gravísimas, integró en estas disposiciones unos deberes, mandatos y prohibiciones que resultan obligatorios y aplicables a todos los servidores públicos mientras ejercen su cargo, es por ello, que la tipicidad en las infracciones disciplinarias se configura cuando el actuar del funcionario está en contravía con dicho ordenamiento, traducéndose en que de no acatar dicho catálogo, se afecta la buena marcha de la gestión pública, así como el cumplimiento de los fines y funciones del Estado perturbando sin duda alguna la imagen de la administración ante los ciudadanos. Este artículo del código disciplinario pone sobre la realidad unos comportamientos que al ser considerados faltas gravísimas, tiene como fin salvaguardar la diligencia, eficiencia e imparcialidad de la función administrativa encargada

a las personas que ejercen como servidores públicos, lo que da cumplimiento a lo previsto en el artículo 209 Superior sobre el cumplimiento de la función administrativa.

Estas conductas pueden ser fácilmente determinadas en un ejercicio de integración normativa, con la regla concreta contenida en la Constitución, en la ley o el reglamento, y el servidor público quien está obligado a cumplir en el ejercicio de sus funciones o tareas, al no darle cumplimiento lleva implícito el desconocimiento injustificado de la norma disciplinaria (numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002) abusa de su cargo y/o función, pues lo que busca esta norma es la transparencia de las personas que forman parte del Estado, quienes deben dejar a un lado sus intereses particulares y prima el interés general en cumplimiento de la norma superior y la legal.

Es por eso, por lo que el derecho disciplinario, tiene el propósito de examinar y, si es del caso, sancionar, la conducta de los servidores públicos cuando se presente alguna violación al Código Único Disciplinario, a la Ley y a la Constitución, por tanto, pese a que algunos aspectos de la conducta del servidor público no tenga relación con sus deberes funcionales o con sus tareas como servidor público, no significa que no genere un daño al Estado, pues con su actuar afecta la imagen y credibilidad de las que deben gozar las entidades públicas ante los ciudadanos.

En este contexto, el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2001, al referirse a actividades o negocios, que sin ser ilícitos, están incluidos dentro del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, siendo incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece el servidor público permite al operador disciplinario se adentre en situaciones que al parecer no trascienden a la esfera de lo público, por no existir vínculo entre la conducta y los deberes asignados, pero que sin duda alguna afecta la imagen del Estado ante la sociedad; razón por la cual no prospera el argumento esgrimido por la defensa de la disciplinada.

De igual manera, el defensor de la disciplinada argumentó que la señora LESF actuó de buena fe, exponiendo que “[...] *la presentación de la propuesta y la cuenta de cobro y demás actuaciones (realizadas dentro del contrato de arrendamiento) no se pueden decir que fue de mala fe [...]*”, al respecto este Despacho debe precisar:

Está probado que la disciplinada, actuó siendo servidora pública realizando una conducta prevista en la ley disciplinaria que conlleva una violación al régimen de inhabilidades sin estar amparada por alguna causal de exclusión de responsabilidad.

Así las cosas, es claro para este Despacho que en el caso en particular, el comportamiento desplegado por la señora LESF, obedece a una violación del régimen de inhabilidades, y en cuanto al argumento de la defensa de la buena fe con la que actuó la disciplinada, este no es de recibo por parte de esta instancia, entendiendo que la buena fe pregonada, es un principio con el que debe actuar cada persona y principalmente un servidor público, en tanto sus actuaciones deben propender por cumplir las leyes y la constitución.

Es de anotar que, esa buena fe, no exime de responsabilidad al servidor que al asumir un cargo, está en la obligación de conocer mínimamente, las normas que regulan el ejercicio de las funciones, en este caso, el régimen de inhabilidades que debía sujetarse por la condición asumida, si esto no fuera así, no tendría sentido el artículo 6 Constitucional, cuando establece que los funcionarios públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes.

Es así como, los principios de la función pública se encuentran establecidos en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, y al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional, así:

“[...]ARTICULO 3. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. (...)”

Lo anterior guarda relación, de igual manera, con lo manifestado por el apelante respecto a que la disciplinada LESF no conocía dichos principios, pues no se demostró dentro del plenario que la investigada tuviera especialización en régimen de inhabilidades o incompatibilidades y fue esa la razón por la cual se asesoró de un abogado externo. Para el Despacho el desconocimiento del régimen de inhabilidades va en contravía con el principio de moralidad que le asiste a todo servidor público; en el caso bajo estudio, el comportamiento desplegado afectó los principios que sirven de protección a la función pública tales como la moralidad, eficiencia, eficacia, transparencia, entre otros, lo que configuró la falta endilgada por el fallador de primera instancia.

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los siguientes términos:

“[...] Se advierte que la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o quienes aspiran o pretenden acceder a la misma [...]”.

Lo anterior, significa que la disciplinada actuó en contravía del artículo 127 de la Constitución Política y lo establecido como inhabilidades en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, desconociendo que dichos principios son inherentes a todo servidor público, aunado a ello, es profesional del derecho y contaba con los conocimientos para el ejercicio de sus funciones, teniendo en cuenta que ejerció en el servicio público por más de 10 años.

No se puede perder de vista que el principio de la buena fe, no se aplica por el sólo hecho de que un servidor actúe sin la intención de causar un daño, puesto que para que se considere que una persona actuó de buena fe, se debe demostrar en su comportamiento un mínimo de cuidado a fin de evitar ese daño, así lo consideró la Corte Constitucional al expresar:

“[...] La buena fe no consiste simplemente, como equivocadamente lo concibe el demandante, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro. El concepto involucra también el conducirse sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y, en general, en el actuar humano, desvirtúa el principio de buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica [...]”.

Como lo afirma la Procuraduría General de la Nación, “[...] Es obligación de todo servidor público conocer las funciones que debe desarrollar [...]” y en ese sentido, se considera que la conducta de la señora LESF afectó su deber funcional, claramente limitado por su condición de servidora pública adscrita a la DIAN y su actuar, por ser contrario a derecho, no la exime de la responsabilidad, pues la conducta se consumó al suscribir un contrato de arrendamiento con una entidad estatal (Alcaldía Municipal de Tunja), en contravía de las normas suficientemente citadas dentro de esta providencia.

Además, en las pruebas allegadas al plenario por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, entre ellas la información suministrada por la Coordinación de Historias Laborales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de la Escuela de la DIAN, se pudo establecer que la disciplinada LESF fue capacitada en temas relacionados con la Ley 734 de 2002, de igual manera, se pudo comprobar que tenía como experiencia laboral el ejercicio de diferentes cargos en la Gobernación de Boyacá y en la Alcaldía de Tunja en los niveles profesional y como asesora Jurídica, observándose el acta de posesión en la que bajo la gravedad de juramento se obligó a respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, razón por la cual no prospera el argumento esgrimido.

Ahora, con respecto a lo expuesto por la defensa en cuanto que la conducta de la disciplinada está revestida por un error imprevisible y un error de prohibición, toda vez que la señora LESF confió en su abogado asesor circunstancia que, según el togado, elimina la culpabilidad, se advierte que ello guarda relación con la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria contenida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, consistente en haber obrado con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. Sobre este argumento, establece esta segunda instancia que la mencionada causal no se configura ya que para que esta se acredite debe haber error en el conocimiento, lo cual claramente no se evidenció en los hechos pues el accionar de la señora LESF no puede atribuirse a una falta de capacitación como lo afirma el recurso de apelación; esto, se reitera, porque se probó que la funcionaria contaba con la formación profesional de abogada y también fue capacitada en lo referente al Código Disciplinario Único que regula el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para todos los servidores públicos, de manera que su comportamiento debió adecuarse a lo que le dicta el mandato de la Constitución y la Ley.

Para que opere esta causal como eximente de responsabilidad, se requiere que el sujeto incurra en una falta disciplinaria creyendo equivocadamente que no está cometiéndola. En el presente caso, no es correcto afirmar que la disciplinada al momento de suscribir el contrato de arrendamiento con la Alcaldía Municipal de Tunja, en calidad de representante legal de la Asociación SVP, cuando ejercía simultáneamente la

calidad de funcionaria de la DIAN, no contaba con los conocimientos básicos que le imponía ser servidora pública, pues se tiene probado, se reitera, que la señora LESF ejerció para la época de los hechos, como se desprende del extracto de la hoja de vida, en el cargo de Gestor III, Grado 303 y se desempeñó durante su carrera profesional de abogada en cargos como lo es el de asesora jurídica con la entidad contratante.

También se pudo establecer, con el material probatorio arrimado por la primera instancia, que el actuar de la disciplinada lo realizó sin tener en cuenta el régimen de inhabilidades establecido en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual debía conocer atendiendo su condición de servidora pública y como profesional del derecho, no siendo de recibo, por ello, el error invencible alegado por la defensa.

Por otro lado, la defensa de la disciplinada solicitó igualmente al Despacho, tener en cuenta el numeral 1 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, que contempla que está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta por fuerza mayor o caso fortuito, argumentando que para el momento de los hechos el bien inmueble arrendado amenazaba ruina y afectaba el patrimonio de la Asociación SVP.

Para este Despacho la fuerza mayor o caso fortuito no se puede confundir con el actuar en contravía de lo dispuesto en la Constitución Política y la Ley, en el ejercicio del cargo y de las funciones, puesto que sólo puede considerarse como fuerza mayor o caso fortuito a aquellos hechos a los que no es posible resistirse en el desempeño como servidor público de quien alega el evento eximente.

Debe tenerse en cuenta, que el reproche efectuado por la primera instancia recae sobre el quebrantamiento del deber de cumplir con las normas constitucionales y legales respecto del régimen de inhabilidades aplicables a todos los servidores públicos, y es de anotar, nuevamente, que el bien objeto de contratación con la Alcaldía de Tunja es un bien privado el cual configura la inhabilidad que tiene todo funcionario para contratar mientras ostente esa calidad, por lo tanto, no se advierte la presencia de un evento que pueda ser considerado caso fortuito o fuerza mayor, pues la conducta recae sobre la prohibición de estar incurso en el régimen de inhabilidades para contratar con una entidad estatal, circunstancia que debía conocer por ostentar dicha calidad y por el conocimiento adquirido por la formación profesional de la disciplinada.

Ahora bien, respecto al dolo atribuido por la primera instancia, y por el cual fue sancionada la disciplinada, al haber actuado a sabiendas y pese a estar incurso en el régimen de inhabilidades establecido para los servidores públicos en el artículo 127 de la Constitución Política y en la Ley 80 de 1993, es claro para este Despacho que le asiste razón al a quo. Esto, no sólo por la característica del tipo disciplinario atribuido, sino también por lo establecido en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que indica que la conducta tendrá esa calidad cuando la funcionaria es consciente de la ilicitud de su conducta y aun así decidió realizarla, pues no le queda duda a este Despacho que, en este caso en concreto, la disciplinada a sabiendas que contaba con la calidad de servidora pública actuó en contra de las normas citadas, y en atención a su formación profesional de abogada se encontraba en capacidad de comprender y actuar conforme a los postulados que regulan la función pública, no obstante, se recalca, conscientemente realizó la conducta.

Para este Despacho, es evidente que la primera instancia sí demostró los elementos objetivos y subjetivos de la falta endilgada a la disciplinada LESF, la cual calificó como gravísima a título de dolo de conformidad

con el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, porque evidenció que actuó a sabiendas de su proceder irregular que contrariaba el ordenamiento jurídico, lo que encuentra sustento probatorio en el contrato de arrendamiento, celebrado cuando era servidora pública de la DIAN y en calidad de representante legal de la Asociación privada SVP con la Alcaldía Municipal de Tunja, lo que demuestra la configuración de la conducta, todo con el fin de favorecer los intereses particulares de la mencionada Asociación sin ánimo de lucro que, valga recordar, es una entidad privada, es decir que obró con la intención de obtener un resultado contrario a la norma vigente y aplicable a su calidad de servidora pública”.

En lo concerniente a la ilicitud sustancial, se dijo: “Así las cosas, se tiene que, cuando la señora LESF, en su condición de servidora pública de la DIAN y en calidad de representante legal de la Asociación SVP, celebró el contrato de arrendamiento No. XXXX del XXXX de 2016 y su modificadorio de XXXX de 2017 con la Alcaldía Municipal de Tunja, se encontraba inhabilitada para contratar, lo que dio como resultado que no garantizó el principio de moralidad y de transparencia, situación que afecta la administración pública y el desconocimiento de la normativa que prohíbe incurrir en esta clase de conductas, según lo establecido por el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, toda vez que las personas que forman parte del Estado deben dejar a un lado sus intereses particulares en cumplimiento de la norma superior y la legal.

Por lo tanto, la señora LESF, en su condición de Gestor III, Código 303, Grado 03, adscrita a la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Seccional de Tunja de la DIAN, al celebrar el contrato de arrendamiento No. XXXX de XXXX de 2016 y su modificadorio de XXXX de 2017 con la Alcaldía Municipal de Tunja, en calidad de representante legal de la Fundación SVP, incurrió en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 127 de la Constitución Política, su comportamiento se adecúa, por lo tanto, a la conducta descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que la establece como FALTA GRAVÍSIMA.

Por todo lo anterior, el fallador de primera instancia encontró responsable a la señora LESF, quien paralelamente como funcionaria adscrita a la DIAN y representante legal de la Asociación SSVP de Tunja, incurrió en la FALTA GRAVÍSIMA descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber celebrado el contrato de arrendamiento No. XXXX de XXXX de 2016 y su modificadorio de XXXX de 2017 con una Entidad Estatal, encontrándose inhabilitada para contratar, y determinó que le era aplicable la sanción descrita en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002: “Destitución e inhabilidad general”, circunstancia que comparte esta instancia y en consecuencia, confirmará este Despacho la sanción impuesta en el fallo de primera instancia de 9 de septiembre de 2021 consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL PARA EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS

6. RESUELVE - 2º INSTANCIA

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021

En virtud de lo anterior, mediante Resolución No. 008 del 10 de diciembre de 2021, se resolvió:

“PRIMERO. CONFIRMAR la negativa probatoria proferida por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC en audiencia pública realizada el 10 de agosto de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. NEGAR la nulidad propuesta por el defensor de la disciplinada dentro del escrito de alegatos de conclusión, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

TERCERO. CONFIRMAR en su integridad el fallo sancionatorio No. 17317-00012 de 9 de septiembre de 2021, proferido en audiencia pública contra la disciplinada LESF, de conformidad con la parte motiva del presente fallo”.

