

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

NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2019-032
PONENTE:	Subdirectora de Asuntos Legales de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
INVESTIGADOS:	A.M.B
CARGO:	Gestor II Código 302 Grado 02 en la Coordinación de Provisión y Movilidad de Personal de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN
ENTIDAD:	DIAN
CIUDAD:	BOGOTA
TEMA:	NO DECLARARSE IMPEDIDO OPORTUNAMENTE, CUANDO EXISTA LA OBLIGACIÓN DE HACERLO, DEMORAR EL TRÁMITE DE LAS RECUSACIONES, O ACTUAR DESPUÉS DE SEPARADO DEL ASUNTO

2. HECHOS RELEVANTES

Con informe de fecha 21 de diciembre de 2018, la directora de Gestión de Recursos Financieros de la Dirección de la DIAN, puso en conocimiento de la Subdirectora de Gestión de Control Disciplinario Interno de la misma entidad, las irregularidades en que pudieron incurrir los funcionarios A.M.B., A.d.C.B.J y A.d.P.G.G, en el proceso de selección de XXXX vacantes, llevado a cabo entre el mes de noviembre a diciembre de 201X en dicha entidad. Relaciona que el señor A.M.B formó parte del equipo de 14 funcionarios, seleccionados por la Subdirección de Gestión de Personal, para adelantar el proceso de selección de los cargos vacantes. Dentro de las actividades desarrolladas se encontró, que firmo el formato de cumplimiento de requisitos denominado “Lista de Chequeo para Ingreso o encargo de Personal” de A.d.C.B.J y A.d.P.G.G, quienes resultaron siendo sus cuñadas, de conformidad con la información suministrada por la Directora Seccional de Impuestos de Bogotá, ante quien se dirigió al día siguiente de la

Página: 1 de 18

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PA01-GJU-PR06-FT03	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
---------------	---------------------------	----------------	-----------	----------------------	-------------------

posesión, la señora B.J manifestando que era esposa del funcionario B.M.B (hermano de A.M), al tiempo que se identificó que la señora G.G era cuñada de A.M.B por ser hermana de su esposa, R.G.G.G.

3. CARGOS Y ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Autor responsable a título de dolo por incurrir en la falta disciplinaria de que trata el numeral 46 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 esto es no declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto, en su calidad de Gestor II Código 302 Grado 02 de la Coordinación de Provisión y Movilidad de Personal de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Se probó que el investigado, se vinculó a la entidad desde el 25 de abril de 2013, con carácter provisional en el empleo de Gestor II Código 302 Grado 02 y se ubicó en el Despacho de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, tomando posesión el 1 de diciembre de 2016. Que para la época de los hechos fue comisionado mediante resolución xxx del 30 de noviembre de 2018 a la Dirección de Gestión de Recursos y Administración Económica, que dicha comisión le fue cancelada el 18 de diciembre de 2018. Que las funciones desempeñadas en dicha comisión fueron desplegadas desde la sede de la ESCUELA DE IMPUESTOS DIA.

Que las funciones desarrolladas le fueron comunicadas en diciembre de 2016, teniendo en cuenta que la labor que realizó en el grupo encargado de adelantar la provisión de los 1006 cargos en provisionalidad en el año 2018, consistía en la revisión de las hojas de vida de los diferentes participantes en lo que respecta a los requisitos de educación y experiencia exigidos para el cargo al cual se hubieran presentado resultando de dicha revisión la LISTA DE CHEQUEO PARA INGRESO, ejecutando de esta manera las funciones a su cargo descritas en el numeral “2. Ejecutar acciones relacionadas con la selección, vinculación, permanencia, movilidad y retiro de personal, de acuerdo con la normativa vigente y lineamientos institucionales” antes mencionada actividad que se encontraba dentro del procedimiento del proceso de Vinculación de Personal PR-GH-0061 PHVA (V) “2. Verificar que se cumplan los requisitos mínimos para el empleo a ocupar”.

Siendo esta la primera etapa para la selección de los participantes en la convocatoria para la vinculación en calidad de provisionales, por tanto, la conducta que desplegó al no haberse declarado impedido en la etapa a su cargo existiendo la obligación de hacerlo la realizó en el desarrollo de sus funciones, conforme a la comunicación del año 2016 la cual estaba activa para la época de los hechos.

Que, dentro del proceso de provisión de los 1006 cargos en provisionalidad, existieron lineamientos en los cuales se resaltaba la aplicación de procesos que imprimieran en su desarrollo la igualdad y transparencia, que si bien se daba la oportunidad de tener en cuenta las hojas de vida de los familiares de la entidad, esta era la última opción en la cadena, demostrando que se buscaba que los funcionarios imprimieran transparencia en el proceso de selección.

En relación con la falta del conocimiento por parte del grupo comisionado de la circular y correo de la convocatoria se encuentra que dentro de las pruebas testimoniales rendidas por los funcionarios que hicieron parte del equipo encargado de llevar a cabo el proceso de selección de los 1006 cargos vacantes, quienes indicaron como era el procedimiento a realizar, el orden de las hojas de vida a tener en cuenta, las pruebas a llevar a cabo, la cantidad de hojas de vida a escoger, siendo entonces que la información que estos manifestaron en sus diligencias era la contenida en la circular y los correos electrónicos. Por tanto, si bien no podemos afirmar que tuvieron en sus manos o en sus correos electrónicos la circular y el mail, si podemos afirmar que conocían lo relacionado con los lineamientos del proceso de selección de los 1006 cargos en provisionalidad los cuales aplicaban en su labor.

Por tanto, en relación con las instrucciones las mismas a pesar de ser verbales recalcan el uso en sus actuaciones de los principios de transparencia y moralidad, por tanto, no existe duda de la obligación de aplicar estos principios en el desarrollo de las funciones del grupo de provisión de 1006 cargos en provisionalidad, por tanto, debían ser utilizados por quienes actuaban en dicho grupo y más aún que en el caso que nos ocupa el investigado tiene de profesión abogado que le exige un conocimiento de la Ley.

Que las etapas que se llevaron a cabo en el proceso de provisión de los 1006 cargos en provisionalidad, fueron: • Verificación de las hojas de vida respecto al cumplimiento de requisitos de educación y experiencia requeridos en el manual de funciones y requisitos mínimos, formato denominado LISTA DE CHEQUEO PARA INGRESO (eliminatória). • Prueba de integridad (eliminatória) • Prueba de conocimiento (eliminatória) • Proferimiento del acto administrativo de nombramiento (grupo de provisión de los 1006 cargos).

Encontrando con lo anterior, que las hojas de vida de los participantes en la convocatoria de los 1006 cargos en provisionalidad debían surtir varias etapas eliminatorias para la correspondiente vinculación con la entidad, que la etapa a cargo del exfuncionario A.M.B era eliminatória y esto era de su conocimiento, no obstante, este procedió a revisar en la etapa a su cargo, dando inicio al proceso de vinculación las hojas de vida de sus cuñadas sin que pudiera decirse que desconocía quienes eran, que como fruto de su revisión exhaustiva las pasó para un cargo diferente al que estas se habían presentado y automáticamente por su aval continuaron a la siguiente etapa de la convocatoria, recalcando el despacho que estábamos frente a una convocatoria en donde se presentaron más de 40.000 hojas de vida mediante la web de la DIAN, pero fueron seleccionadas dos familiares de quien realizaba la revisión de requisitos mínimos de estudio y experiencia avanzando a la siguiente etapa.

Una vez claro lo anterior, se tiene completa certeza que el exfuncionario aquí investigado como se mencionó y se reitera era el encargado de realizar la revisión de las hojas de vida dentro del proceso de provisión de 1006 cargos en provisionalidad, que estas funciones se realizaron en el desarrollo de las funciones que le fueron asignados por su cargo, que estaba comisionado para laborar en el grupo del proceso de provisión de empleo. Que en el desarrollo de estas funciones tuvo a cargo la revisión de hojas de vida de sus cuñadas y que a pesar de conocer este parentesco no se declaró impedido para realizar dicha revisión, y más aún cuando está probado que la etapa a su cargo era el filtro para que continuaran con el procedimiento de vinculación, que si bien pudieron haber perdido las siguientes pruebas esto no es óbice para entender que con esta gestión del funcionario se dio la oportunidad de continuar con el trámite y en el caso de sus cuñadas ser nombrados en el cargo.

4. VERSIÓN LIBRE, DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**VERSION LIBRE**

En sus escritos de versión libre indico que en su cargo de Gestor II Código 302 Grado 02 asignado a la Subdirección de Gestión de Personal en la Coordinación de Provisión de Movilidad de Personal en el proceso de 1006 vacantes, cumplió con las funciones verbales que le fueron comunicadas. Afirmó que fueron comisionados mediante la Resolución XXXXX del 30 de noviembre de 2018 a la DGRAE, resaltando que en este acto administrativo no se dijo el objeto de la comisión. Describió las reuniones que tuvo con la doctora L.G.B.L. Que la funcionaria L.G.B también les señaló que ella no veía inconveniente que familiares ingresaran a la entidad, que solo les pedía que de ahí en adelante no tuvieran como prioridad familiares sin que ello implicara descartarlos

- El 7 de octubre de 2021 manifestó que el informe remitido por la doctora L.G.B.L, contiene la denuncia verbal que la directora Seccional de Impuestos Bogotá, que la doctora B no informó que su denuncia era de oídas. Que en reunión del 18 de diciembre de 2018, estaban presentes los directivos y en donde fueron llamados los servidores A.M.B, B.M.B, A.B.J, donde les comunicaron que la funcionaria A.B se había acercado a su despacho a preguntarle si existía algún problema para ella teniendo en cuenta que su esposo B.M trabajaba en la DIAN, siendo calificado este hecho como prohibido por la doctora P.G, a pesar tanto ella como todos los directivos presentes conocían muy bien que no estaba ni está prohibido en ninguna norma legal ni reglamentaria de Colombia, que dos personas del nivel profesional con vínculo de matrimonio laboraran en la misma entidad. Como otra prueba de la ausencia de esta prohibición, allegó copia del Auto 1017 -XXX del 27 de mayo de 2020 por medio del cual se declara la terminación de la acción disciplinaria dentro del expediente administrativo disciplinario N. XXXX-XXX-XXXX-XXX.

También afirmó que la doctora B, los directivos y asesores presentes, olvidaron que de acuerdo con el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015 la facultad de certificar correspondía al jefe de la unidad de personal o quien hiciera sus veces, por tanto, que esta facultad no estaba contemplada en sus funciones ni tampoco le había sido delegada. Sobre su intervención dentro del proceso, manifestó que era la de verificar que en el formato denominado "LISTA DE CHEQUEO PARA INGRESO", existieran los documentos descritos en la casilla tercera y cuarta del recuadro titulado "INGRESO DE PERSONAL" "Documentos que demuestran el cumplimiento de los requisitos de educación exigidos para el desempeño del cargo en el manual de funciones y requisitos mínimos" y "Documentos que demuestra el cumplimiento de los requisitos de experiencia exigidos para el desempeño del cargo en el manual de funciones y requisitos mínimos", que en el folio 5 del expediente aparecen identificados como el objeto de la verificación que debía realizar, conforme a las instrucciones impartidas verbalmente por su jefe inmediato.

Señaló que tampoco se identificaron las conductas que supuestamente trasgredieron la normatividad, Constitución, procedimientos, instrucciones y lineamientos institucionales impartidos previamente, solo a los Directores Seccionales de Impuestos y Aduanas Nacionales y a sus jefes de Personal por el despacho de la Directora del DGRAE en la circular 31 del 8 de noviembre de 2018 y con antelación por el Subdirector de Personal mediante correo electrónico del 31 de octubre de 2018 dirigido y entregado al nivel directivo, nivel central y directores seccionales de la DIAN, los cuales no le modificaron las funciones legalmente

Página: 4 de 18

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PA01-GJU-PR06-FT03	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

establecidas a su cargo, ni las funciones que por ley, reglamento o procedimiento correspondían al nivel profesional en provisionalidad, Gestor II de Gestión Humana, Código 302 grado 02. De igual manera, indicó que no existió para el cargo y las funciones que desempeñaba para la época de ejecución del Plan de Movilidad 2018, un acto administrativo alguno de delegación de funciones para la verificación y certificación de cumplimiento de requisitos para el nombramiento de personas en calidad de provisionales

Que no tuvo acceso al banco de hojas de vida tal cual fue concebido en la página web de la entidad, pues este solo era manejado por la funcionaria G.L.V.F y la información que suministraba este banco de hojas de vida era migrada por esta funcionaria a otras bases de datos la cual podían visualizar desde la Coordinación de Escuela de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Que no es cierto que el proceso de selección de A .d.C.B.J y A.d.P.G.G haya involucrado irregularidades, teniendo en cuenta que en cada etapa que se surtió en la ejecución del PLAN DE PROVISIÓN DE EMPLEOS 2018, los distintos servidores públicos que tenían a cargo alguna de las actividades de verificación en las diferentes etapas de selección de las ciudadanas aquí involucradas cumplieron con las instrucciones verbales impartidas por el equipo de trabajo, los formatos, información y documentación sistematizada, tanto los que físicamente estaban en la sede de la Coordinación de Escuela de Impuestos y Aduanas Nacionales, como los que recibían hojas de vida directamente y los que tenían acceso a las hojas de vida tanto en el despacho del DGRAE como en el despacho del Subdirector de Personal.

Relaciona que otro lineamiento fue fijado con anterioridad a la Circular 0031 del 31 de octubre de 2018, por el Subdirector de Gestión de Personal el cual remitió por correo electrónico exclusivamente a los directores seccionales llamado “LINEAMIENTOS PROVISION DE EMPLEOS -016”, fijando como fecha límite de ejecución de la provisión de empleos el 31 de diciembre de 2018, adjuntando las vacantes declaradas desiertas y describiendo las fuentes de provisión de hojas de vida, así: 1. Universidades con fecha limite 13 de noviembre de 2018, dependencia que recibía esta información la Subdirección de Gestión de personal al correo oficial conveniouniversidades@dian.gov.co. 2. Hojas de vida de personas que hayan laborado en la entidad retiradas por terminación de vacancia de empleo. 3. Pasantes y judicantes. 4. Las que fueran allegadas por los funcionarios de la DIAN a la fecha, oficina encargada GIT de personal o funcionarios que atiendan esas funciones. Procedimiento verificar que cumplan con los requisitos y se ajusten al perfil, remitir electrónicamente las hojas de vida a la Subdirección de personal, indicando orden de elegibilidad, plazo hasta el 16 de noviembre de 2018. Que los candidatos que cumplieran los requisitos debían presentar prueba virtual de conocimiento y a los dos con mayor puntaje se les aplicaba la prueba de competencias laborales PCA. Adujo que estos lineamientos no fueron comunicados al grupo el trabajo del plan de provisión 2018 antes de la iniciación del proceso disciplinario.

Resalta que tampoco en la comunicación dirigida a los directores Seccionales se prohíbe la presentación de las hojas de vida de familiares de funcionarios, además que se autoriza a que se tengan en cuenta para participar en el proceso las hojas de vida presentadas por funcionarios sin distinguir parentesco o afinidad alguna.

DESCARGOS

Requirió la práctica de pruebas y refirió que el comportamiento de su representado en manera alguna se subsume dentro de la falta imputada en el Pliego de Cargos, ya que el ejercicio de sus funciones siempre estuvo encaminado a cumplir estrictamente los deberes y funciones definidos en la ley, los procedimientos, lineamientos, manuales e instrucciones escritas de la DIAN, impartidas por las dependencias competentes

para el efecto, que fueron asignadas por su jefe inmediata durante el período comprendido entre el 22 de noviembre hasta el 18 diciembre de 2018, lo que evidencia la inexistencia de antijuridicidad como requisito imprescindible para la configuración del ilícito sustancial requerido por el Derecho Disciplinario.

Sobre el cargo formulado indica que el mismo este llamado a no prosperar por falta de tipicidad y antijuridicidad de la conducta desplegada por el investigado en cumplimiento de sus deberes funcionales, en el período comprendido entre el 22 de noviembre de 2018 y diciembre 18 del mismo año.

Relaciona lo relacionado con la VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Que este proceso disciplinario se erige sin contemplar la definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta presuntamente ilícita del servidor, cuál es el comportamiento reprochado, el contenido material y específico del deber funcional censurado, cuáles las normas violadas que regulan el ejercicio de la función pública relacionados con la vinculación de profesionales en calidad de provisionales, los estatutos de la DIAN, los reglamentos, los manuales de funciones, las órdenes superiores que correspondían a la naturaleza de las funciones del cargo que desempeñaba el servidor público M.B, cuál es el bien jurídico protegido.

Que en el proceso de selección y nombramiento, se impartieron instrucciones al cuerpo directivo de la DIAN, que están contenidos en los lineamientos fijados por el Subdirector de Gestión de Personal dirigido y comunicado únicamente a los directores seccionales y jefes de GIT de Personal y precisa la operatividad del proceso.

Aduce que se desconoce también el principio de legalidad cuando el ente de control disciplinario acusa al servidor público Alexander Mendoza de no declararse impedido para actuar en la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas, cuando esta actividad se limitaba a verificar que se cumplieran documentalmente los requisitos mínimos para el empleo a ocupar, corroborando que la información registrada en la Hoja de Vida estuviera soportada con los respectivos documentos, efectivamente, que los anexos a la hoja de vida correspondieran a los estudios y experiencia del cargo.

Que el deber del funcionario M.B, de acuerdo con toda la reglamentación existente, consistía únicamente en registrar en el formato pertinente, denominado LISTA DE CHEQUEO PARA INGRESO O ENCARGO DE PERSONAL, las acciones relacionadas con la verificación de los requisitos mínimos para el empleo a ocupar de acuerdo con el Manual de funciones y competencias laborales de la entidad, con la información contenida en la hoja de vida soportada con los respectivos documentos, diligenciar y firmar el formato FT GH-2031.

3. AMBIGÜEDAD EN EL CARGO FORMULADO Respecto al cargo proferido adujo que el juzgador de instancia señala como deber infringido el no declararse impedido oportunamente existiendo la obligación de hacerlo, argumentando que el investigado debió declararse impedido por un eventual conflicto de intereses, (...). No obstante, para esta el ente de control no individualiza el deber infringido contrastado con el cargo que ostentaba, ni con el rol del mismo, ni precisa dónde se consagraba el impedimento, ni tampoco cuál era el eventual conflicto de intereses. Su conducta nunca se enmarcó en ninguna disposición o reglamento legal que así lo contemple. Tampoco precisa cuál es el interés particular y directo cuando el investigado en el ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de un procedimiento establecido previamente por la DIAN, ejecuta acción de cotejar un formato oficial y una documentación presentada a través de la página WEB, correspondientes a dos ciudadanas colombianas, aspirantes a determinados cargos, previa convocatoria pública. No es claro para este proceso cuál es la causal de impedimento, cuál es la causal para efectuar el juicio de reproche en un cotejo de antecedentes de estudio y experiencia donde no se toma decisión alguna de acceder o no a un cargo público, facultad discrecional que solo ostenta el nominador.

VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD POR EXISTIR UNA DIFERENCIA DE TRATO DISCRIMINATORIA EN LA PROVIDENCIA QUE IMPUTA EL CARGO ÚNICO AL SERVIDOR MENDOZA BUCHELI.

RELACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS QUE FUNDAMENTAN LA DECISIÓN DE CARGOS. El ente juzgador, analiza, crea y modifica la estructura organizacional de la DIAN cuando declara que un servidor público con nombramiento provisional tiene la facultad de asumir las competencias de proferir actos administrativos.

LAS NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN El cabe preguntarse cuáles son los preceptos legales, los procedimientos administrativos que contemplan el deber funcional que tenía su defendido de declararse impedido ante un eventual conflicto de intereses, al diligenciar un formato que contrastaba únicamente la existencia de documentación de estudios y experiencia exigidos para el cargo al que se habían inscrito dos nacionales colombianas, en una convocatoria pública a través de la página WEB de la DIAN. No existe prueba de la existencia de una colisión entre el interés personal del investigado quien ejerce una función pública con los deberes y obligaciones del cargo que desempeñaba, su intervención en dicho asunto no fue determinante, solo debía leer, verificar la existencia documental de estudios y años de experiencias según los requisitos para el cargo que aspiraban los ciudadanos que habían subido su hoja de vida a la página web de la DIAN, o la habían allegado físicamente a los despachos tanto de la Directora de la DGRAE, los directores seccionales, entre otras fuentes de alimentación del banco de hojas de vida y firmar el formato preestablecido en el procedimiento existente.

COMPETENCIA

IDENTIFICACION DEL DISCIPLINADO.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El 22 de octubre de 2022 el investigado allego escrito de descargos suscrito por su defensor en donde manifestó que su defendido no incurrió en la falta disciplinaria que se le endilga, por tanto deberá ser absuelto en estricto deber de la aplicación de la justicia disciplinaria bajo las garantías previstas en el principio universal del debido proceso.

En relación con la ilicitud sustancial, adujo que el operador disciplinario preciso que la conducta desplegada por el disciplinado reñía con los principios de la función pública, pero se centrara, en un asunto medular de importancia a su juicio objetiva y jurídicamente elimina la posibilidad que su defendido haya podido incurrir en una conducta objeto de reproche disciplinario como la que se le ha injustamente endilgado, refiriéndose a la ATIPICIDAD de la misma.

Describe en relación con el principio de tipicidad en materia disciplinaria, Menciona lo relacionado con los tipos en blanco. Adujo que conforme a lo procesado a su representado habría incurrido en la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48 numeral 46 de la Ley 734 de 2002, al no haberse declarado impedido para llevar a cabo la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas, aspirantes a ocupar un cargo en provisionalidad, en el proceso de selección que se llevó a cabo en la DIAN, entre noviembre y diciembre de 2018, pues habría un conflicto de intereses que no le permitía hacer la revisión. Que el artículo 126 de la Constitución Política prevé: "Artículo 126. Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos

Página: 7 de 18

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PA01-GJU-PR06-FT03	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera. Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones: Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil". Indicando que lo anterior significa que en relación con la facultad nominadora y de postulación existe la prohibición legal de que trata la norma en cita, por lo tanto, se incurrirá en una conducta reprochable disciplinariamente, cuando quien tenga dichas facultades, nombre o postule a una persona con quien tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Que en el caso de la DIAN, la facultad nominadora la ejerce tanto el presidente de la república como el director general, en tanto que la facultad de postulación en la entidad la ejerce el director general, los directores de gestión de ingresos, de gestión de aduanas, y de gestión de recursos y administración económica, quienes en su condición de integrantes de la Comisión Nacional Mixta de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria tienen a su cargo la conformación de la terna para la designación del defensor del contribuyente y del usuario aduanero, tal y como lo corrobora la misma DIAN a través de la Dirección de Gestión Jurídica en el oficio 0172 del 25 de febrero de 2019 dirigido al disciplinado y obrante en el proceso.

Resultando claro, como también lo ha admitido la misma administración, que dicha norma no es aplicable al señor A.M.B, pues para la época de los hechos no ostentaba ninguna de las condiciones laborales señaladas. Que la resolución de comisión no señaló en forma expresa qué actividad iría a desarrollar en el período de comisión, encontrándose demostrado para la defensa a través de la prueba testimonial allegada al proceso, coherente con lo que ha expresado el mismo disciplinado, que su función se limitó a verificar los requisitos de educación y experiencia de hojas de vida presentadas por personas que se postularon para los cargos que la DIAN pretendía proveer en el proceso de selección en provisionalidad de 1006 vacantes

Aduce el defensor que ha debido por parte de la administración, fijarse claramente y por escrito, las reglas bajo las cuales el funcionario podía o no revisar las hojas de vida de un familiar, pues si se permitía la vinculación laboral de éstos, se estaba dando pie a interpretaciones encontradas o posiblemente equivocadas, amparadas en el principio de la buena fe, a tal punto que el caso que nos ocupa no fue el único que generó investigación disciplinaria, así se evidencia claramente en el auto 1017-xxxx del 27 de mayo de 2021, proferido Subdirección de Asuntos Disciplinarios de la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales, en el que se investigaron a otros funcionarios de la DIAN por presentar hojas de vida de familiares. De igual manera indico, que en el auto de cargos se señaló que su prohijado debió declararse impedido por cuanto se configuraba un conflicto: "entre el intereses (sic) general (que debía prevalecer en todas la actuaciones y asuntos que tramitara el servidor público) y el interés particular que

perseguían sus cuñadas, consiste en lograr la vinculación al empleo público”, afirmación conclusiva y sin desarrollo argumentativo en lo que tiene que ver con el interés general que se predica, pues ha debido desarrollarse plenamente los conceptos de prevalencia de las actuaciones y asuntos a cargo del servidor público que constituyan lo que se denomina interés general, en orden a ejercer plenamente y con fundamento en el principio del debido proceso, el ejercicio pleno del derecho a la contradicción. Enfatizo que su defendido, al cumplir objetivamente la labor encomendada, esto es, verificación de requisitos de escolaridad y experiencia, en manera alguna podría influir en la decisión de nominación de sus cuñadas, pues, además, éstas tenían que continuar con el procedimiento establecido para la selección, esto es, las pruebas de conocimiento y/o de integridad correspondientes al cargo que aplicaban, labor que ya no le competía controlar a A.M.

En síntesis, tal vez por la premura y el interés de la administración en proveer los cargos vacantes, no se precisaron los aspectos que hoy se echan de menos y que conllevaron a que se presentaran dificultades de orden legal, a tal punto que en su momento se consideró iniciar investigaciones disciplinarias, como la que nos ocupa, pero que, con el desarrollo de la misma, claramente se advierte la atipicidad de la conducta, bajo el entendido de que el tipo disciplinario endilgado es ABIERTO y, por consiguiente, requería de una complementación normativa, que como ha quedado expuesto no se hizo en debida forma, pues no bastaba con simplemente señalar la existencia del conflicto de interés al tenor del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, tal y como se ha explicado en precedencia.

Relaciono que en la forma cómo se llevó a cabo el procedimiento de selección, esto es, sin reglas claras en relación con la vinculación de familiares de los funcionarios y, especialmente, en relación con el procedimiento a seguir por parte de los funcionarios que tenían a su cargo la labor de verificación de requisitos de escolaridad y experiencia, el Despacho, lo mínimo que debe aceptar, es que por culpa de la misma administración, se generaron dudas razonables que, procesalmente no pueden ser capitalizadas en contra del funcionario investigado, por el contrario, deben ser resueltas a su favor en virtud del principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 9° de la Ley 734 de 2002. Que, en el auto de cargos al abordar el tema de la ilicitud sustancial, el Despacho señaló que el disciplinado, al no apartarse del asunto había violado los principios de la función pública referidos a la moralidad, imparcialidad y transparencia, sin embargo, causa extrañeza a esta defensa que simplemente se hayan enunciado y no se hubieran desarrollado, precisando en qué forma con la conducta endilgada resultaban agredidos, refiere sentencia e indica que en consecuencia, lo primero que debe hacerse cuando se invoca como violado un principio, es definirlo y, para ello, debe acudir a la normatividad que así lo haga, pues es necesario el entendimiento pleno que debe tener tanto el investigador como el investigado acerca de lo que debe entenderse por imparcialidad, moralidad y transparencia, a fin de poder delimitar la discusión en cuanto a la forma en que se pudieron ver afectados y ejercer plenamente el derecho de defensa en la modalidad de contradicción. Como conclusión de todo lo expuesto solicitó la defensa, se acepten los argumentos que demuestran la atipicidad de la conducta y, consecuencialmente, la inexistencia de la ilicitud sustancial, profiriendo fallo absolutorio. Subsidiariamente solicitó se profiera la misma decisión, esto es, absolutoria, bajo el entendido de que las pruebas obrantes en el proceso no conducen a la existencia de la certeza de la falta y de la responsabilidad del investigado, lo cual impide proferir fallo sancionatorio al tenor de lo previsto en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, y, por el contrario, dado que se presentan dudas razonables originadas en la actuación de la misma administración, sean resueltas a favor de A.M.B, conforme lo prevé el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 9° Ibidem.

De acuerdo con las conductas que se encuentran probadas en el plenario, se tiene que el servidor público investigado infringió las siguientes disposiciones normativas que se adecúan a la descripción típica de falta gravísima del Código Disciplinario Único, como se indica a continuación:

TIPICIDAD DISCIPLINARIA

Atendiendo la tipificación hecha en auto 17406-0001xx del xx de diciembre de 2021 mediante el cual se profirió pliego de cargos, encuentra el despacho que en sede de fallo la misma se mantiene incólume, que del no acatamiento de la norma anterior resulta la configuración de una falta disciplinaria clasificada taxativamente como gravísima, a la luz de lo señalado en el numeral 46 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, a saber: “ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) 46.No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.”

En el presente caso existe certeza en la ocurrencia de los hechos y la participación del disciplinado en ellos, sin que medie prueba en la actuación que permita restablecer el principio de inocencia que le asistía, al acaecer los presupuestos objetivos que las normas legales contemplan. Que contrario a lo descrito por la defensa cuando indica que en virtud del principio de la tipicidad para que el investigado tuviera la obligación de declararse impedido debía existir una norma, directriz, resolución o circular que así lo indicara, que esta se le hubiera dado a conocer previamente y que para el caso que nos ocupa brillaba por su ausencia dicha norma o directriz porque no bastaba con señalar que el artículo 40 de la ley 734 de 2022 que prevé el conflicto de intereses.

Para esta subdirección el decir de la defensa no es de recibo, lo anterior teniendo en cuenta que la falta que se imputa al investigado, es de aquellas llamadas por la doctrina tipos en blanco, porque para precisar la acción u omisión que se predica como infractora de la función pública, es necesario remitirse a otra norma, ya sea de carácter Constitucional, legal o reglamentaria.

Que conforme lo anterior se entiende precisada la infracción en la norma mencionada en el auto de pliego de cargos y desmeritada por la defensa, esto es el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, en donde se establece sin lugar a dudas la obligación para:

- “Todo servidor público” es decir la norma obliga a todos los servidores públicos y no distingue cargos, funciones o calidad, siendo entonces que la obligación de declararse impedido estaba en cabeza del señor A.M.B por el hecho de tener la calidad de servidor público, tal como lo indica la tipicidad descrita en el pliego de cargos y reiterada en la presente decisión. Aunado a lo anterior no hay que perder de vista que el disciplinado es abogado y conoce las normas como también que durante muchos años laboró en la Subdirección de Gestión de Personal, donde se manejan los nombramientos y se describen las obligaciones de servidores una vez son nombrados y posesionados en sus cargos.
- “declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho”, en nuestro caso se encuentra probado que el señor A.M.B estaba a cargo de la etapa donde se gestionaba la revisión de las hojas de vida de los concursantes en donde si este indicaba que cumplían los requisitos pasaban a la siguiente etapa, que en el desarrollo de dichas funciones

Página: 10 de 18

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PA01-GJU-PR06-FT03	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

se dispuso a gestionar la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas ocasionando con dicha revisión un cambio de cargos al cual se habían presentado y que estas continuaran en la siguiente etapa. Que a pesar de conocer el parentesco con sus cuñadas se abstuvo de declararse impedido para realizar la revisión de las hojas de vida, cuando existía un interés directo por parte de su parientes (cuñadas) quienes al pasar el primer filtro y al ser cambiadas de cargo se favorecieron para poder presentar las siguientes pruebas y tener la posibilidad de ser vinculadas en la entidad como en la realidad sucedió, a diferencia de más de 40.000 ciudadanos que se presentaron vía web y no tuvieron la oportunidad si quiera de que sus hojas de vida fueran revisadas y pasadas a la siguiente etapa.

- Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.” en cuanto a que el interés general entrase en conflicto con el interés particular y directo, se encuentra también probado el mismo, ya que no hay que perder de vista que estamos frente a una convocatoria en donde se debida realizar la provisión de los 1006 cargos en provisionalidad y en la misma se presentaron aproximadamente 40.000 ciudadanos vía WEB con competencias, estudios y experiencia, por tanto, el exfuncionario debió declararse impedido para no revisar las hojas de vida de sus cuñadas ya que al revisarlas, cambiarles de cargo y pasarlas a la siguiente etapa las ponía en una posición superior a la de los demás ciudadanos, entrando conflicto su interés directo con el interés general de las personas que se presentaron a un concurso en donde debían estar en igualdad de condiciones.

Observando entonces que la tipicidad dentro de la presente decisión se encuentra debidamente identificada y probada, en ese orden de ideas, se tiene que el señor A.M.B., gestionó la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas las cambio de cargo y las paso a la siguiente etapa para ser vinculadas a la entidad en calidad de provisionales en el proceso de provisión de empleos de los 1006 cargos en provisionalidad, desconociendo la obligación de declararse impedido teniendo la obligación de hacerlo tal como se desarrolló anteriormente.

ILICITUD SUSTANCIAL

El sujeto disciplinario, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.”

Conforme a lo anterior se tiene entonces que tal como se menciona en el pliego de cargos el señor A.M.B en su calidad de servidor público para la época de los hechos, comprometió con su actuar los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad descritos en el artículo 2 de la Ley 909 de 2004 por medio de la cual se expiden normas que regulan el empleo público, carrera administrativa, gerencia publica y se dictan otras disposiciones. Que contrario a lo dicho por el defensor para este despacho el operador disciplinario que tuvo a cargo el proferimiento del pliego de cargos, indicó la forma en que fueron vulnerados estos principios por el aquí investigado con la conducta desplegada, entre otros “(...) que los paso por alto al intervenir en el proceso de selección con la revisión de documentos de sus cuñadas y no apartarse de asunto tan pronto lo advirtió”. Por tanto, no puede decirse que hubiera desconocimiento de la forma en que

se alejó de estos, que el hecho que no se indicó taxativamente el significado de los principios no da como resultado que se le haya afectado el derecho a la defensa o contradicción a los sujetos procesales.

Una vez claro, se tiene que el señor A.M.B sin justificación alguna lesionó el deber funcional y así la función pública debido a que no observó ni tuvo en cuenta en su actuar los siguientes principios en el desarrollo de sus funciones:

- **Moralidad:** principio que establece que la actividad administrativa está al servicio del interés general y le exige al investigado el deber de observar rectitud y lealtad en todas las actuaciones que realice en ejercicio de sus funciones, de manera que sus actos se ciñan a los mandatos de la Constitución, la ley y el reglamento, asumiendo la responsabilidad que le corresponde por las decisiones que tome en contravía de las disposiciones legales, según lo previsto en el artículo 209 de la Constitución, en concordancia con el artículo 3, numeral 5, ley 1437 de 2011 y la Ley 909 de 2022 artículo 2. En el caso que nos ocupa el disciplinado no observó este principio tal como se tiene probado a lo largo de la decisión, ya que no se declaró impedido teniendo el deber de hacerlo en la gestión que realizó de la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas en donde les modificó su cargo, revisó lo relacionado con la educación y experiencia laboral y suscribió la lista de chequeo para ingreso o cargo de personal, con llevando a que sus familiares pasaran a la siguiente etapa y tuvieran la posibilidad de vincularse con la entidad como sucedió. Que en su actuar no se observa la lealtad requerida en el ejercicio de sus funciones, ya que no se ciñó a los mandatos legales que lo obligaban a declararse impedido por el interés directo de sus cuñadas para ser elegidas en la provisión de los 1006 cargos en provisionalidad cuando en dicha convocatoria se habían presentado más de 40000 concursantes solo por página web que buscaban también hacer parte de la entidad y presumían que las verificaciones se realizarían con base en la confianza que brinda el estado y sus representantes en sus actuaciones.

- **Imparcialidad;** En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, según lo previsto en el artículo 209 de la Constitución, en concordancia con el artículo 3, numeral 3, ley 1437 de 2011 y la Ley 909 de 2022 artículo 2. En cuanto a la vulneración de este principio se encuentra totalmente probada, teniendo en cuenta que la conducta desplegada por el investigado no presentaba ninguna clase de imparcialidad, que no consideró los factores de afecto e interés que se presentarían si revisaba las hojas de vida de sus cuñadas y que podría llegar a favorecerles de alguna manera, omitiendo lo anterior procedió a hacer la gestión de las revisiones de las hojas de vida de sus cuñadas las cuales le correspondieron entre más de 40.000 hojas de vida inscritas por páginas web, con llevando con dicha revisión a que realizara el cambio de cargos al que se habían presentado y así encuadraran las experiencias de estudios y laborales para que al suscribir la lista de chequeo para ingreso o encargo de personal pasaran a la siguiente etapa de la convocatoria otorgándoles la posibilidad de vincularse con la entidad tal como sucedió.

- **Transparencia;** El principio de transparencia invita a garantizar la igualdad de oportunidades conforme a la Ley 909 de 2022 artículo 2. En nuestro caso este principio se vio viciado por parte del investigado teniendo en cuenta que al gestionar la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas no garantizó igualdad de condiciones y oportunidades respecto a las otras participantes de la convocatoria, ya que a las mismas en el desarrollo de sus funciones hasta llegó a cambiarlas de cargo procediendo a suscribir la lista de chequeo para ingreso o encargo de personal en donde verificó los requisitos laborales y de estudios para los cargos que este les

Página: 12 de 18

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PA01-GJU-PR06-FT03	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

asignó, pasándolas a la siguiente etapa que les daba la oportunidad de ser vinculadas con la entidad, lo que en efecto sucedió, sin que en ningún momento hubiera cumplido con la obligación de declararse impedido. Así las cosas, es claro para esta Subdirección que el exfuncionario quien es de resaltar es de profesión abogado tenía la capacidad y obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma, así mismo, tenía el deber de declararse impedido teniendo la obligación de hacerlo para la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas, afectando su deber funcional inobservando e inaplicando los principios que sirven de protección a la función pública tales como la moralidad, la transparencia y la imparcialidad, por ende, su comportamiento se presenta como sustancialmente ilícito, conforme a la previsión establecida en los artículos 5 y 22 de la Ley 734 de 2002. Conforme a lo anterior, la conducta de la investigada es antijurídica al tenor de lo señalado en el artículo 5º de la Ley 734 de 2002.

CULPABILIDAD

Encontrando entonces que en esta etapa de juicio si bien se tiene probado que el señor A.M.B, en el cumplimiento de sus funciones procedió a gestionar la revisión de las hojas de vida de sus dos cuñadas cambiándolas de cargo y suscribiendo el documento llamado lista de chequeo para ingreso o encargo de personal en donde consta el cumplimiento de los requisitos para los cargos por el modificados sin que se hubiera declarado impedido teniendo la obligación de hacerlo, se debe revisar si dicha conducta fue desplegada con dolo o culpa. Lo anterior teniendo en cuenta que con base en los testimonios de los funcionarios comisionados para realizar el proceso de provisión de los 1006 cargos en provisionalidad, como también el testimonio de la doctora G.G.M adscrita a la Dirección de Recursos y Administración Económica de la DIAN, tomado dentro de las pruebas en descargos, se encuentra como ya se mencionó que esta provisión de los 1006 cargos en provisionalidad constaba de tres etapas eliminatorias para proceder al proferimiento de la resolución de nombramiento, adicional a lo anterior que una vez se realizaba la resolución de nombramiento pasaba por la Dirección de Recursos y Administración Económica de la DIAN y la Dirección General de la DIAN, en donde nuevamente eran revisados documentos.

Por tanto, encuentra este despacho que es claro que el funcionario tenía la obligación de declararse impedido para revisar las hojas de vida de sus cuñadas, no obstante, no podrá indicarse con las probaturas que obran en el proveído que esta conducta fue desplegada por parte del disciplinado imprimiendo dolo en su actuar, teniendo en cuenta que este a pesar de tener a cargo una etapa eliminatoria no podía tener conocimiento o podía asegurar que estas serían nombradas en la entidad como provisionales ya que solo presumía que podía pasar, demostrándose entonces que el funcionario actuó con una inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común debe imprimirle a sus actuaciones, por cuanto en su calidad de servidor público no se declaró impedido para revisar las hojas de vida de sus cuñadas, es decir no debió dar por sentado y normal dicho actuar.

Que, para dar más certeza sobre la degradación de la culpabilidad, se dispone a realizar un análisis de los elementos de la culpabilidad dentro de la presente actuación:

- Elemento intelectual o cognoscitivo; este refiere al conocimiento, a la representación mental y a la previsión de la conducta por parte del investigado. En el caso que nos ocupa como se mencionó, se tiene claro que el investigado en la etapa a su cargo conocía que las hojas de vida en donde gestionaba la revisión pasaban a la siguiente etapa y tenían la posibilidad de continuar en el concurso mas no tenía conocimiento y certeza que las personas que pasaban su filtro o etapa en este caso sus cuñadas pasarían las siguientes etapas y lograrían ser nombradas en provisionalidad, más aún cuando a parte de las tres etapas se observan dos

revisiones más por parte de profesionales del derecho vinculados a la entidad y adscritos a otros despachos.

• Y el elemento volitivo, que es la actitud consciente del agente, que desea o quiere situarse al margen del derecho. En este caso se encuentra que el investigado al ser parte del grupo de provisión si bien tenía la obligación de declararse impedido para revisar las hojas de vida de sus cuñadas y evitar cualquier acto irregular, no podrá indicarse que este procedió a nombrarlas directamente actuando al margen del derecho, pues no era pasarlas de la etapa a su cargo directamente al nombramiento, mostrando así nuevamente que su actuar se originó por una falta del cuidado necesario que cualquier persona imprime en su actuar. Ahora, también es importante indicar que dentro de la investigación disciplinaria no se logró determinar quién le asignó las hojas de vida de sus cuñadas al investigado, por tanto, se deberá entender que estas surtieron la entrega por parte de la persona que realizaba la impresión de las hojas de vida sin que este tuviera incidencia en la escogencia de las mismas para su revisión, siendo entonces que el disciplinado consideró a sus cuñadas como unas profesionales, con llevando hasta que firmara la lista de chequeo de ingreso o encargo de personal demostrando que si hubiera impreso en su actuar dolo no lo hubiera firmado, mostrando una ausencia de dolo y demostrando que actuó con una falta del cuidado necesario que cualquier persona del común debe imprimirle a sus actuaciones, más aun tratándose de un servidor público a quien se le exige más responsabilidad en su proceder.

Por las anteriores razones, podemos predicar que la falta cometida por el señor A.M.B, se cometió con Culpa con fundamento en lo anterior, se dará aplicación a lo normado en el Código Disciplinario Único, artículo 44 que reza: "...La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona imprime a sus actividades".

La Corte Constitucional sobre la forma de culpabilidad en el régimen disciplinario, precisó: "/PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN DERECHO DISCIPLINARIO-Aplicación Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que "el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado".

Por lo tanto, la forma de culpabilidad en materia disciplinaria es dolosa o culposa, y en consecuencia, partiendo de la base que está debidamente acreditado la ocurrencia de la infracción gravísima del numeral 43 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al igual que la responsabilidad de la disciplinada está demostrada y la conducta es sustancialmente ilícita, se cumple con el requisito de certeza para emitir juicio de responsabilidad disciplinaria. En este punto se hace necesario puntualizar que la presente variación de la culpabilidad no contraviene los principios del derecho disciplinario y en especial lo referente a la congruencia entre el pliego de cargos y el presente fallo, tal como lo ha definido el Consejo de Estado⁷⁶: "(...) Resulta relevante destacar, que el acto de formulación de cargos no constituye la imputación definitiva que se efectúa en el transcurso del proceso disciplinario; por el contrario, es apenas una adecuación típica provisional, pues en dicha instancia de la actuación administrativa, no se ha escuchado al disciplinado y seguramente no se habrá recaudado la totalidad de los elementos de juicio que otorguen certeza al fallador disciplinario de la comisión de la falta disciplinaria investigada, dado que, el pliego de cargos cumple la

finalidad específica de limitar o concretizar el ámbito de la actuación disciplinaria y permitir al investigado ejercer su derecho de contradicción y defensa. Ahora bien, toda vez que la decisión de formulación de cargos constituye un acto provisional, el fallador disciplinario puede variar algunos de los elementos esenciales inicialmente incluidos en el citado acto administrativo, si así a bien lo tiene en el transcurso de la actuación disciplinaria, con miras a salvaguardar los derechos fundamentales del disciplinado y obtener la verdad material en el referido procedimiento sancionatorio. (...)” Lo importante en estos casos es que, así como se cambió el título de imputación esto tenga su consecuencia en la variación de la sanción, como se verá en el título respectivo.

CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Al tenor de lo señalado en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la realización de una conducta descrita en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, desde el ámbito objetivo constituye infracción disciplinaria gravísima. Sin embargo, acorde con lo señalado en el numeral 9º del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave. Por tanto, atendiendo a la degradación de la culpabilidad de dolo a culpa grave, la falta disciplinaria fuente de responsabilidad disciplinaria respecto del señor A.M.B se califica como falta grave.

SANCION POR IMPONER

Que de conformidad al artículo 47 de la Ley 734 de 2002 el cual describe los criterios para la graduación de la sanción, se encuentra que el disciplinado no reporta antecedentes disciplinarios ni fiscales en el último lustro al servicio de lo público en la DIAN; que en el transcurso del tiempo que laboró en la entidad no había presentado llamados de atención, que siempre estuvo presto en su representación, con llevando a que la sanción a imponer sea de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos (2) meses la cual se convertirá en salario devengados para diciembre de 2018.

RESPUESTA A LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sea lo primero indicar que a lo largo de esta decisión se ha dado respuesta a varios de los sustentos realizados por los defensores en contra de la decisión de cargos y la conducta endilgada por el despacho al investigado, recalcando que en ocasiones han sido repetitivos por tanto no es necesario referirse nuevamente a estos, por lo cual en el presente título se mencionaran los argumentos a los cuales no se ha hecho referencia.

En relación con las probaturas requeridas por el investigado, el despacho ya hizo mención a las mismas en el auto que decide pruebas en descargos. Respecto a lo referenciado por el investigado en relación con los ejemplos dados respecto a la ausencia de prohibición de personas con vínculo matrimonial para la postulación, aprobación y nombramiento, se mantiene lo dicho dentro de la presente decisión en el título

“7.2. CUMPLIMIENTO AUTO 006 DEL 9 DE JUNIO DE 202278 POR MEDIO DEL CUAL SE RESOLVIÓ EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA NEGATIVA DE PRUEBAS ORDENADAS EN AUTO DE PRUEBAS EN DESCARGOS POR PARTE DE LA DIRECCION GENERAL DE LA ITRC”.

Sobre la omisión por parte de la doctora L.G.B.L al no indicar que la información que contiene el escrito de queja había sido de oídas por parte de la directora Seccional de Impuestos Bogotá, se procede a indicarle al investigado que conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 734 de 2002, el cual indica: “Oficiosidad y preferencia. La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público (...)”. Es entonces que el escrito allegado por la funcionaria se deberá tratar como un informe de servidor público, el cual es proferido en cumplimiento de los establecido en el artículo 33 Deberes N. 24 de la Ley 734 de 2002 en donde se indica: “24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuáles tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.” Encontrando entonces que el informe de servidor público allegado fue realizado por la funcionaria en cumplimiento de sus deberes dando a conocer las presuntas irregularidades que para época tuvo conocimiento, que el hecho que fuera de oídas o presencial fue determinado en el trascurso de la investigación al escuchar los diferentes testimonios, sin que esto afectara el desarrollo del proceso disciplinario y menos aún que por esto se vulneraran los derechos del investigado.

Ahora en lo que respecta a que la función de certificar le correspondía al jefe de la unidad, importante indicarle que el cargo endilgado menciona que el investigado debió declararse impedido para revisar la hojas de vida de sus cuñadas ya que era el encargado de gestionar la revisión de los requisitos de estudio y experiencia dando como resultado el visto bueno para el paso a la siguiente etapa, por tanto, si bien el informe de servidor público menciona la palabra certificar, los competentes de realizar la investigación y determinar la acción realizada por los sujetos procesales son las diferentes oficinas disciplinaria que actúan de manera independiente a quien elaboró el informe de servidor público y más aún cuando la ITRC es ajena a la DIAN.

En cuanto a lo relacionado con las conductas supuestamente trasgredidas, normatividad, constitución, procedimientos, instrucciones y lineamientos institucionales, delegación de funciones que no obran dentro de la decisión, esta subdirección dentro de la presente decisión ya se refirió sobre este tema en relación con la tipicidad.

Sobre la facultad nominadora, se reitera lo dicho en varias de las decisiones de la ITRC, en el presente caso no se está endilgando ninguna conducta en la que se indique que el disciplinado gozando de la facultad nominadora realizó y firmó el nombramiento de sus cuñadas, se está endilgando el hecho que este ex funcionario no se declaró impedido teniendo la obligación de hacerlo para gestionar la revisión de las hojas de vida de sus dos cuñadas en el proceso de provisión de los 1006 cargos en provisionalidad llevado a cabo en el año 2018 en donde para el caso de sus cuñadas tuvo a cargo la etapa de eliminación de revisión de requisitos de estudio y experiencia del cargo al que este las cambio.

Ahora en relación con que el proceso presentado por sus cuñadas tuviera alguna irregularidad se reitera lo antes descrito, es decir, la conducta aquí investigada trata del hecho de no haberse declarado impedido para gestionar la revisión de esas hojas de vida mas no se ha hecho referencia lo afirmado por el investigado.

Sobre que la resolución xxxx del 30 de noviembre de 2018, por medio de la cual se confieren comisiones fue expedida con fundamentos legales erróneos siendo posiblemente nula, es procedente indicarle que esta instancia no tiene la competencia para declarar nulidad de actos administrativos de otras entidades, por tanto, deberá acudir a la jurisdicción competente.

Respecto a la violación a los derechos por las decisiones administrativas tomadas que le ha causado sufrimiento psicológico, moral y perjuicio a su buen nombre al no respetar la presunción de inocencia se le indica que lo que tiene que ver con ITRC siempre se ha respetando su presunción de inocencia y no se han vulnerado sus derechos o se ha realizado alguna discriminación dentro del presente proceso.

En relación con la comunicación de la circular xxx del 8 de noviembre de 2018, la cual iba dirigida a los directores, directores de gestión y directores seccionales y no a los integrantes del grupo de trabajo comisionado, dentro de la presente decisión ya se hizo referencia a esto dentro del título del “CASO CONCRETO” literal “e. INSTRUCCIONES DE TRABAJO PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE LAS 1006 VACANTES EN PROVISIONALIDAD”.

Respecto al escrito de descargos Cargos refiere la falta de tipicidad y antijuricidad de la conducta desplegada por el investigado en cumplimiento de sus deberes funcionales y que nadie podrá ser juzgado conforme a las normas preexistentes, sobre este decir para esta subdirección contrario a su decir el cargo está llamado a prosperar conforme a lo descrito en la tipicidad y ilicitud sustancial de la presente decisión. Ahora en relación con que las conductas deben juzgarse conforme a las leyes preexistentes, como está probado este funcionario vulnera la ley existente para la época de los hechos, que era la obligación establecida en el artículo 40 de la ley 734 de 2002. Violación al principio de legalidad Aduce que no se contempló la definición de la conducta presuntamente ilícita del servidor, no se indicó cual es el comportamiento reprochado, el contenido material y específico del deber funcional censurado, las normas violadas, reglamentos, manuales de funciones, las ordenes de sus superiores que correspondían a la naturaleza de las funciones, sobre este aspecto no es de recibo para este despacho teniendo en cuenta que se han descrito en párrafos anteriores de manera clara la norma vulnerada como servidor público y todo lo referente a funciones y ordenes de sus superiores.

Sobre la función de verificar el cumplimiento de requisitos mínimos que exigía el empleo a ocupar de acuerdo con el manual de funciones y competencias laborales de la entidad, este despacho concuerda que esta era la función del investigado la cual precisamente realizó sin que hubiera dado cumplimiento a lo exigido a todos los servidores públicos, es decir al no haberse declararse impedido para gestionar la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas surgiendo el cambio de cargo y el paso a la siguiente etapa de la elección a diferencia de más de 40.000 ciudadano que se presentaron en dicha convocatoria vía web. Ambigüedad del cargo En cuanto a que no se individualiza el deber infringido contrastado con el cargo que ostentaba ni con el rol ni se precisa donde se consagraba el impedimento ni cual era el eventual conflicto de intereses. Se encuentra que en el pliego de cargos se menciona la norma donde se consagraba la obligación de declararse impedido y que en esta se indica de manera clara la forma en que se presenta conducta y porque se relaciona con sus funciones, que esto ya fue explicado en los párrafos anteriores, como también sobre el procedimiento, etapas e interés directo en relación con su intervención.

Violación al derecho de igualdad, al trato discriminatorio en la providencia que imputa el cargo único. En relación con el trato diferenciador y discriminatorio del investigado por el hecho de ser provisional frente a los directivos, encuentra esta subdirección que este decir no tiene algún soporte jurídico o probatorio, aunado que esta entidad investiga a servidores públicos adscritos a las entidades vigiladas sin que se manejen discriminaciones por cargo o vinculación, que todas las actuaciones surtidas dentro de la presente actuación han reconocido cada uno de los derechos de los sujetos procesales y en ninguna de las decisiones proferidas se ha atendido contra su dignidad humana.

Sobre la existencia de la duda razonable descrita por la defensa, no es de recibo, teniendo en cuenta que, en el análisis realizado dentro de la presente decisión, es clara la conducta desplegada por el investigado

en donde se indica de manera clara las conductas desplegadas desdibujando alguna duda razonable. Adujo también la defensa que el pliego de cargos carece del análisis del elemento subjetivo que pueda valorar el comportamiento como falta gravísima a título de dolo, sobre estas aseveraciones ya se hizo referencia dentro de la presente decisión en lo que tiene que ver la falta gravísima y la culpabilidad.

En lo que respecta a que el despacho crea y modifica la estructura organizacional de la DIAN cuando se declara que el servidor público con nombramiento provisional tiene la facultad de asumir la competencia de proferir actos administrativos, es importante indicar que ni en el pliego de cargos ni en las decisiones proferidas por esta entidad se ha manifestado que el investigado profirió algún acto administrativo, teniendo en cuenta que la conducta siempre se ha basado en la revisión de las hojas de vida de sus cuñadas donde el investigado reviso los requisitos mínimos, se observa que cambio sus cargos dándoles continuidad para que se presentaran en las siguientes etapas.

Dentro de la presente decisión se hizo mención a las normas violadas, el concepto de violación y los motivos por los cuales se exigía el haberse declarado impedido teniendo la obligación de hacerlo en la gestión de revisión de las hojas de vida de sus cuñadas, por tanto, se mantiene lo descrito sobre este tema.

Alegatos de Conclusión En cuanto al escrito de alegatos de conclusión la defensa reitera lo mencionado en los anteriores escritos, los cuales ya fueron analizados en los párrafos anteriores como respuesta a la versión libre y descargos.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de A.M.B, identificado con la cédula de ciudadanía No. xxxxx, por la conducta consignada como cargo en el Auto número 17xxx-000xx del 20 de diciembre 2021; actuar constitutivo de falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 N. 46 de la Ley 734 de 2002.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, IMPONER sanción disciplinaria consistente en suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos meses los cuales se convertirán en salarios devengados para el mes de diciembre de 2018 teniendo en cuenta que no se encuentra vinculado actualmente a la planta de personal de la DIAN, de conformidad con lo señalado en la parte motiva precedente.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002, a los sujetos procesales.

CUARTO: ADVERTIR que contra la presente decisión procede el RECURSO DE APELACIÓN

QUINTO. REMITIR copia de la presente decisión al nominador del procesado para que proceda a ejecutar la sanción impuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° y párrafo del artículo 172 de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que el mismo no se encuentra activo dentro de su planta de personal.

SEXTO: En firme la presente decisión, COMUNICARLA en la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 174 del Código Disciplinario Único.