

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

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2019-032
- FUNCIONARIO QUE PROFIERE PROVIDENCIA	Directora General Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC.
- INVESTIGADO:	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. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

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

Página: 1 de 7

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PM04-JDI-PR01-IN01-FT02	Versión	1	Fecha emisión	1/11/2022
--------	-------------------------	---------	---	---------------	-----------

de Bogotá, ante quien se dirigió al día siguiente de la 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.

Reseña procesal

Por auto No. 1740600012 de fecha 20 de diciembre de 2023 se profirió pliego de cargos contra el servidor **A.M.B**, como 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.

La conducta se le imputó provisionalmente a título de dolo. La falta fue calificada como gravísima

Mediante Resolución No. 17317-00006 de fecha 27 de diciembre de 2022 se profirió fallo de primera instancia, declarando la responsabilidad disciplinaria del servidor AMB, y en consecuencia se le impuso sanción de 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, lo anterior teniendo en cuenta que se realizó la degradación de la culpabilidad de dolo a culpa grave, por tanto, la falta disciplinaria fuente de responsabilidad disciplinaria respecto del señor A.M.B se califica como falta grave.

Que frente a esta decisión interpuso recurso de apelación, sustentado en legal forma.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo de primera instancia se tuvo por acreditado que el servidor AMB Que para la época de los hechos fue comisionado a la Dirección de Gestión de Recursos y Administración Económica. Que las funciones desempeñadas en dicha comisión fueron desplegadas desde la sede de la ESCUELA DE IMPUESTOS DIAN, y eran las que 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,

Página: 2 de 7

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	PM04-JDI-PR01-IN01-FT02	Versión	1	Fecha emisión	1/11/2022

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”.

Se encontró 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, 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, pudiendo afirmar que conocían lo relacionado con los lineamientos del proceso de selección de los 1006 cargos en provisionalidad los cuales aplicaban en su labor.

Que 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 señor AMB tiene de profesión abogado que le exige un conocimiento de la Ley.

En cuanto a las etapas que las hojas de vida de los participantes en la convocatoria de los 1006 cargos en provisionalidad debían surtir para la correspondiente vinculación con la entidad, se encontró que la etapa a cargo del exfuncionario AMB era eliminatoria 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.

Que se probó la relación de parentesco de las dos cuñadas con el señor AMB, con los documentos que demuestran que una de ellas era esposa de su hermano y la otra hermana de su esposa. 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.

Encontrando entonces que una incurrió en la falta disciplinaria gravísima descrita en el artículo 48 N. 46, que recita: “46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.”

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Página: 3 de 7

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	PM04-JDI-PR01-IN01-FT02	Versión	1	Fecha emisión	1/11/2022

La defensa técnica del disciplinado el 16 de enero de 2023, sustentó la alzada, argumentando que el fallo disciplinario de primera instancia incluyó un aspecto fáctico no contenido en el auto de formulación de cargos, lo cual a su juicio conlleva a la vulneración del principio de congruencia, como quiera, que se les priva a los sujetos procesales de la oportunidad de ejercer sus argumentos defensivos en debida forma.

Que en el fallo se va más allá de la simple revisión de las hojas de vida y suscripción de las listas de chequeo, al considerar y concluir que en relación con las hojas de vida de sus cuñadas, en desarrollo del proceso de selección, había realizado la etapa eliminatoria de su conocimiento y que como fruto de su revisión exhaustiva “las pasó para un cargo diferente al que éstas se habían presentado y automáticamente por su aval continuaron la siguiente etapa convocatoria, recalando 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”.

Que cualquier tipo de imputación debe hacerse única y exclusivamente en el auto de cargos o en el auto que lo varíe (artículos 163 y 165 de la Ley 734 de 2002, aplicable para este caso), para el caso que nos ocupa, el auto de cargos no tuvo variación alguna y en ningún momento, se hizo tal imputación. Es claro que el fallador de instancia, al declarar responsable al señor M por un hecho que no le fue imputado en el auto de cargos, como lo es el de haber modificado los cargos para los cuales aspiraban sus cuñadas violó el principio de congruencia, lo cual constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y el derecho de defensa, especialmente en lo que atañe al derecho de contradicción, lo que sin lugar a dudas constituye las causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 143 de la Ley 734 de 2002. Sin que sea su intención la nulidad.

Que en virtud del principio de tipicidad, existiera una norma, directriz, resolución o circular que así lo indicara, y se les hubiera dado a conocer previamente, sin embargo, para el caso que nos ocupa, la demanda de dicho instrumento jurídico brilla por su ausencia, pues no basta con señalar, como lo hace el fallador, que el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, prevé el conflicto de intereses y, que de acuerdo con el mismo “todo servidor público deberá 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 socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido [...]”.

Cuestionó que en el auto de formulación de cargos al abordar la categoría dogmática de la ilicitud sustancial, el operador jurídico disciplinario se limitó a enunciar los principios de la función pública de moralidad, imparcialidad y transparencia, supuestamente infringidos con el actuar del disciplinado, sin embargo, no fueron desarrollados, aspecto sobre el cual precisó que dicha actividad argumentativa sólo se realizó en el fallo objeto de impugnación, lo cual afecta directamente el derecho de defensa de su prohijado, frente a lo cual aclaró que dicho argumento no lo invoca como causal de nulidad de la actuación sino como argumento de absolución.

5. CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Adujo la segunda instancia que el fallo emitido el 27 de diciembre de 2022, proferido en primera instancia por la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, sancionó a AMB, por encontrarlo disciplinariamente responsable de la comisión de la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 46, artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es decir, la misma norma invocada en la decisión de formulación de cargos; no obstante ello, se observa que el fallo sancionatorio definitivo objeto de recurso no se limitó a lo señalado en el cargo único endilgado al disciplinado, sino que fácticamente incluyó un hecho nuevo consistente en haber modificado los cargos a los que aspiraban sus familiares en el marco del citado proceso de selección y pasarlas a la siguiente etapa para ser vinculadas en calidad de provisionales, denotando una falta de correspondencia, coherencia y armonía entre una decisión y otra, lo cual afecta el derecho de defensa de los sujetos procesales al ser sorprendidos con una nueva conducta frente a la cual no han tenido la oportunidad dentro de la actuación procesal de ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Acogió los argumentos expuestos por la defensa técnica ante la variación de las circunstancias fácticas contenidas en el auto de formulación de cargos, providencia en la cual la entonces Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, delimitó el ámbito de la actuación disciplinaria y de manera provisional se le reprochó al disciplinado el haber revisado las hojas de vida de sus familiares dentro del proceso de selección de personal encontrándose impedido para ello, marco fáctico que fue inobservado en el fallo disciplinario de primera instancia proferido por la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, toda vez que se incluyó un elemento fáctico nuevo consistente en haber modificado los cargos para los cuales fueron postulados sus parientes y las pasó a las etapas siguientes para ser vinculadas en la DIAN en calidad de provisionales, lo cual conlleva a la vulneración del principio de congruencia, como quiera, que se les privó a los sujetos procesales de la oportunidad de ejercer sus argumentos defensivos en debida forma.

En síntesis, para la segunda instancia existe vulneración al principio de congruencia; toda vez que, el acto administrativo recurrido incluyó un hecho diferente al que fue materia de formulación, circunstancia que conlleva a que se desconozca el marco fáctico delimitado al interior del proceso disciplinario, luego es cierto que con la expedición del acto administrativo definitivo se sorprendió al disciplinado y a su apoderado con una situación no debatida desde los cargos y por lo tanto le impidieron ejercer cabalmente el derecho de defensa y contradicción.

En relación con la nulidad que podría proceder adujo que si bien es cierto que la falta gravísima sancionada en el fallo definitivo proferido por la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, no coincide en su aspecto fáctico con la descrita en el pliego de cargos, lo cual conforme a lo precedentemente expuesto constituye una violación al derecho de defensa que conlleva a la nulidad de la actuación, no obstante no procede a decretarla, toda vez que, de la valoración ponderada y razonada de los elementos probatorios allegados legalmente al plenario se evidencia la ausencia de tipicidad de un conflicto de intereses que conllevara a que el disciplinado AMB, tuviera la obligación de declararse impedido para efectuar la revisión

de las hojas de vidas de sus familiares en el marco del proceso de selección adelantado por la DIAN a finales de 2018,

Indicó que el instituto jurídico del conflicto de intereses se configura cuando el interés personal de quien ejerce una función pública, colisiona con los deberes y obligaciones del cargo y/o funciones que desempeña, situación que se presenta cuando el servidor público tenga un interés directo, particular y actual, ya sea de carácter moral o económico, y a pesar de ello no manifieste su impedimento y participe en la adopción de la decisión sometida a su conocimiento.

Que en el fallo de primera instancia no se tuvieron en cuenta los postulados jurisprudenciales trazados respecto del calificativo “interés directo” exigido para la configuración del conflicto de intereses, toda vez, que en la decisión recurrida al efectuar el análisis del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, omitió valorar que el beneficio no puede ser hipotético o eventual o aleatorio, sino cierto e inminente, esto es, que no se encuentre supeditado a otras actuaciones. Contrario a ello, se observa que en el caso puntual bajo estudio, el interés particular de las cuñadas, consistente en lograr la vinculación a los empleos públicos a través de nombramiento provisional en la DIAN, no se materializaba únicamente ni de manera autónoma con la conducta desplegada por el disciplinado MB, al suscribir el formato denominado “listas de chequeo para ingreso o encargo de personal”, pues, para su configuración necesariamente se requerían de otras actuaciones y decisiones posteriores al interior del proceso de selección de personal que escapaban del resorte funcional del disciplinado, por ende la simple verificación de los requisitos mínimos de educación y experiencia, careció de la capacidad para configurar el beneficio de manera autónoma.

Que la revisión de las hojas de vida de sus parientes dentro del segundo grado de afinidad, no fue determinante ni generó un beneficio directo para las prenombradas participantes, toda vez, que el beneficio en la esfera de los intereses personales de lograr el nombramiento en provisionalidad, no se produjo de manera inmediata a la actuación del investigado, pues en este caso particular y concreto, dicho interés particular de vinculación ante la DIAN, dependía de otras decisiones que escapaban a la órbita funcional del disciplinado, sobre las cuales no tenía control, injerencia, ni poder decisorio, situación que descarta la configuración de un conflicto de intereses que impusiera al sujeto disciplinado la obligación legal para declararse impedido

Siendo suficientes para que dicha instancia determine la inexistencia de un interés directo, en los términos expuestos jurisprudencialmente, pues no se acreditó que la conducta reprochada al sujeto disciplinable AMB, por si sola haya tenido la virtualidad de obtener el beneficio o materializar la vinculación laboral en la DIAN de las aspirantes familiares, lo cual para ese momento era solo una mera expectativa, toda vez, que dependían de actos posteriores materializados en las etapas subsiguientes del proceso de selección de personal, como lo era aprobar la prueba de integridad y de conocimiento, las cuales eran del resorte de otros funcionarios comisionados que hacían parte del equipo revisor, por ende la única conclusión que deviene es la inexistencia de la tipicidad de la conducta constitutiva de falta disciplinaria gravísima imputada al disciplinado por el fallador de primer grado, entonces el cargo único endilgado por el operador jurídico de primera instancia no prospera pues, se itera, que el conflicto requiere un interés particular y directo, que en este caso puntual no se predica.

En dicho fallo también se ordenó la compulsión de copia ante la Subdirección de Instrucción Disciplinaria de la Agencia ITRC, para efecto de que se investiguen por separado:

- La presunta falta de imparcialidad y objetividad del disciplinado AMB, al momento de seleccionar las hojas de vida de sus familiares del banco de hojas de vida, favoreciéndolas en los órdenes de elegibilidad.
- La presunta modificación que realizó el disciplinado AMB, de los empleos a los cuales se habían postulado inicialmente sus cuñadas en el precitado proceso de selección de personal 2018, con el fin de favorecerlas y materializar la vinculación en la DIAN.
- Se ordena la compulsión de copia del expediente con destino a la Fiscalía General de la Nación (reparto), con el fin de que se adelante actuación y se investiguen las presuntas conductas constitutivas de delito en que pudo haber incurrido el disciplinado en el marco del citado proceso de selección de personal.

6. RESUELVE - 2º INSTANCIA

PRIMERO: REVOCAR la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos (2) meses, impuesta al disciplinado AMB, en su condición de Gestor II, Código 302, Grado 02, ubicado en la Coordinación de Provisión y Movilidad de Personal de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, contenida en el fallo de primera instancia proferido el 27 de diciembre de 2022, por la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. En su lugar, ABSOLVER de responsabilidad al disciplinado frente al cargo único endilgado en el presente proceso.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión al investigado y a su defensor, de conformidad con lo previsto en los artículos 101 y 107 de la Ley 734 de 2002, advirtiéndoles que contra la presente providencia no procede ningún recurso en la vía gubernativa.

TERCERO: COMPULSAR las copias de carácter disciplinario ante la Subdirección de Instrucción Disciplinaria de la Agencia ITRC y a la Fiscalía General de la Nación (reparto), para efecto de que se investiguen por separado otros hechos susceptibles de ser constitutivos de conductas disciplinarias y conductas punibles, de conformidad con lo anotado en la parte motiva de la presente resolución.