***JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO***
***DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ***
***SECCIÓN SEGUNDA***

| | |
|---|---|
| ***PROCESO:*** | ***NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*** |
| ***RADICACIÓN*** | ***110013335-012-2021-00283-00*** |
| ***ACCIONANTE:*** | ***GISELA FIERRO VERGARA*** |
| ***ACCIONADA:*** | ***NACIÓN – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN*** |

***ACTA 292 – 2022***
***AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO***
***ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 DE 2011***

*En Bogotá D.C. a los cuatro (04) días del mes de noviembre de 2022, siendo las 10:30 a.m., la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretaria Ad Hoc declaró abierta la audiencia virtual, a través de la plataforma Lifesize, con la asistencia de los siguientes.*

***INTERVINIENTES***

***PARTE DEMANDANTE:***

- ***APODERADO:*** *Dr. Silvio San Martín Quiñones Ramos, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.465.542 T.P. 116323 del C.S. de la J.*

***PARTE DEMANDADA****:*

- ***DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN****: Apoderada Dra. Clara Cecilia Suárez Peralta, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.855.510 y T.P. 63369 del C.S. de la J. A quien se le reconoce personería para actuar.*

*Verificados los antecedentes de los apoderados, no aparece registrada sanción alguna en su contra y sus tarjetas profesionales se encuentran vigentes.*

***PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA***

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 182ª del CPACA incorporado con la ley 2080 del 2021, se procede a dictar sentencia anticipada por cuanto el presente litigio porque no existen pruebas por practicar como se determinará en la etapa correspondiente. En consecuencia, se adelantarán las siguientes etapas:*

1. *Saneamiento del proceso.*
2. *Fallo.*

## *I. SANEAMIENTO DEL PROCESO*

*De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento. Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.*

***DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.***

## *II. SENTENCIA*

*Procede el Despacho, luego de agotadas todas las etapas procesales pertinentes, a proferir la sentencia que en derecho corresponda.*

***PROBLEMA JURÍDICO***

*Corresponde al Despacho determinar si:*

1. *En la actuación disciplinaria adelantada contra el actor se vulneraron los derechos al debido proceso, y de contera los principios de legalidad, congruencia, motivación, contradicción y defensa.*
2. *El auto de cargos fue proferido con atipicidad pues la falta disciplinaria imputada no contiene los complementos normativos del tipo.*
3. *Hay incongruencia entre el auto de cargos y los fallos de primera y segunda instancia toda vez que en el auto de cargos no se le informó a la actora de manera clara y precisa cuál fue el deber funcional desconocido.*
4. *Existe ilicitud sustancial de la conducta por no haberse generado daño, lesión o peligro al bien jurídico de la función pública.*

***CONSIDERACIONES***

***MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL***

***El control que ejerce el juez administrativo sobre los procesos disciplinarios***

*Los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública, en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituyen ejercicio de la función administrativa. En consecuencia, son actos administrativos sujetos al control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al afirmar que:*

> *[…] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral*

*involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva […]»* [1]

*De acuerdo con el marco de competencia trazado por el alto Tribunal frente a las decisiones disciplinarias, corresponde al Juez realizar un análisis integral del caso. Para el efecto debe estudiar la responsabilidad del disciplinado a partir de los factores que componen la falta disciplinaria.*

***De los requisitos en la responsabilidad disciplinaria***

*En materia disciplinaria, la responsabilidad implica el análisis de la conducta del sujeto disciplinable desde tres factores: la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad.*

***De la adecuación típica de la conducta***

*En lo que atañe al principio de tipicidad, la Corte Constitucional ha señalado que cumple con "la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica"[2]. No obstante, a diferencia del derecho penal, el derecho disciplinario aplica con una mayor flexibilidad y menor rigurosidad el principio de tipicidad. Para la Corte Constitucional[3], la razón fundamental de esta característica del derecho disciplinario se origina en la naturaleza misma de las normas disciplinarias, toda vez que éstas suelen carecer de completitud y autonomía, ya que es necesario remitirse a otras preceptivas en donde se encuentran regulados en concreto los deberes, funciones, obligaciones o prohibiciones de los servidores públicos. De allí que, por regla general, la aplicación de las normas del derecho disciplinario se lleve a cabo a partir de una interpretación sistemática y de una remisión a otras normas que consagran el deber funcional de los servidores públicos, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria.*

*Esta laxitud del principio de tipicidad, de ninguna manera exime a la autoridad de realizar una debida adecuación típica desde la etapa de formulación del pliego de cargos, en orden a garantizar los derechos fundamentales del disciplinado. Como lo ha señalado el Consejo de Estado, la tipicidad como garantía que emerge en el proceso, "exige a la administración la obligación de confrontar correctamente la conducta examinada con el tipo disciplinario que se estructura, de tal manera que de este cotejo exacto se les permita a los procesados defender sus intereses"[4]. Este principio requiere que el proceso de subsunción típica de la conducta de quien es sometido a un proceso administrativo disciplinario establezca si una determinada situación fáctica encuadra dentro de los presupuestos señalados en la ley. Para ello, el proceso de subsunción o adecuación típica de la conducta debe estructurarse como "una secuencia lógica expresa de razonamiento jurídico encaminada a determinar si una determinada realidad*

---

[1] *Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00519-00(2009-11). Sentencia de 23 de marzo de 2017. C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ*
[2] *Corte Constitucional. Sentencia C-769 de 1998. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Referencia: Expediente D-2086.*
[3] *Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente D-8608.*
[4] *Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., 5 de abril de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00024-00(0085-12) Actor: Guillermo Andrés Muñoz Cifuentes, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional*

*fáctica encuadra bajo las definiciones y prescripciones establecidas en la ley escrita"*[5]. *Debe cumplir con el requisito de asociar expresa y razonadamente la norma y el hecho, "ya que es en dicho proceso de subsunción típica expresa de la conducta, que el Estado le señala al procesado y a la sociedad, elemento por elemento, porqué su comportamiento violó la ley"*[6]. *Es, en suma, uno de los pasos indispensables en el proceso de aplicación de la ley, cuya omisión o indebida realización impiden la estructuración de un acto jurídico sancionatorio conforme a derecho y le hacen derivar en una vía de hecho de la autoridad.*

***De la ilicitud sustancial***

*La ilicitud sustancial se encuentra definida en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:*

> ***ARTÍCULO 5º. ILICITUD SUSTANCIAL.*** *La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.*

*De la norma transcrita se desprende que la ilicitud sustancial se materializa con la afectación al deber funcional por parte del servidor público sin justificación legal, independientemente si mediante la conducta objeto de reproche disciplinario se produjo o no un daño. Al respecto el Consejo de Estado ha sostenido:*

> *"Respecto a la* ***antijuridicidad*** *que tiene que ver con el ilícito disciplinario, la Sala itera la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de que en el derecho disciplinario, la antijuridicidad no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido (****a. formal****), sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público*[7] *(****a. material****).*
>
> *En tal sentido, la jurisprudencia ha precisado que valoración de la «lesividad» de las conductas que se han consagrado como faltas disciplinarias frente al servicio público es una tarea que compete al legislador, quien ha de realizar tal apreciación al momento de establecer los tipos disciplinarios en la ley; por lo tanto, no compete a la autoridad disciplinaria que aplica la ley efectuar un juicio genérico de lesividad de las conductas reprochadas -lo que ya ha realizado el legislador-sino efectuar* ***un juicio de antijuridicidad*** *basado en la infracción del deber funcional, la cual -se presume- genera de por sí un desmedro, legislativamente apreciado, sobre la función pública encomendada al servidor público disciplinado*[8].
>
> *Es por lo que, la* ***ilicitud sustancial*** *es entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública.*
>
> *La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción, sin justificación alguna, consolida la antijuridicidad de la conducta; sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la ausencia de este no impide la estructuración de la falta disciplinaria.*
>
> *Ahora bien, para que exista antijuridicidad sustancial de la conducta es necesario que la afectación del deber funcional se origine en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que debe analizarse que tal conducta no haya sido cometida,*

---

[5] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de marzo de 2014, radicación número: 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13), actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo, demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren*
[6] *Ibídem.*
[7] *Se puede consultar la sentencia C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.*
[8] *Al respecto se puede estudiar la sentencia C-393-2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.*

*por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 del 2002[9]. "[10]*

## *CASO CONCRETO*

*La demandante argumenta que los actos reprochados adolecen de nulidad por cuanto la actuación disciplinaria fue adelantada con vulneración del debido proceso, y de contera de los principios de legalidad, congruencia, motivación, contradicción y defensa.*

*Aduce que el auto de cargos fue proferido con atipicidad pues la falta disciplinaria imputada no contiene los complementos normativos del tipo. Hay incongruencia entre el auto de cargos y los fallos de primera y segunda instancia porque en el auto de cargos no se le informó a la actora de manera clara y precisa cuál fue el deber funcional desconocido e inexistencia de la ilicitud sustancial de la conducta al no generarse daño, lesión o peligro al bien jurídico de la función pública*

*Para resolver los problemas jurídicos del caso concreto, en primer lugar, se identificará la conducta endilgada; posteriormente, se expondrá la decisión sancionatoria y el material probatorio con base en el cual se soportó. Por último, se analizarán los cargos de nulidad planteados por la demandante.*

### *La conducta endilgada*

*La entidad accionada sancionó a la señora Gissela Fierro Vergara por faltar a trabajar los días 27 de abril. 17, 18 y 24 de mayo de 2018, sin justa causa probada.*

*En los términos del artículo 23 de la Ley 734 de 2002 constituye falta cualquier conducta o comportamiento que conlleve al incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de los derechos, funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar bajo el amparo de causal de exclusión de responsabilidad.*

*Conforme a lo enunciado por el ente investigador, la actora incurrió en falta disciplinaria al incumplir el deber consagrado en el artículo 34, numeral 11 de la Ley 734 de 2002:*

*"Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales."*

### *El material probatorio que sirvió de fundamento para la imposición de la sanción Expediente disciplinario 213-303-2018465*

*La sanción disciplinaria impuesta a la demandante por inasistencia a laborar sin causa justificada se basó en las siguientes pruebas:*

*1. Oficio No 1-3200201-401- 346 del 31 de julio de 2018, remitido por el Jefe del G.I.T de Personal, Dr. MANUEL DARIO ARISTIZABAL, en el que dio cuenta de presuntas irregularidades relacionadas con el ausentismo a laborar de la funcionaria GISELA FIERRO VERGARA, durante los días 27 de abril, 17, 18 y 24 de mayo de 2018, sin que medie justificación alguna.*

---

*[9] Sentencia de 24 de enero de 2019. Sección Segunda. Subsección A. Expediente 11001032500020120034000 (13382012).*
*[10] Sentencia de 29 de octubre de 2020. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Radicación Nro. 76001-23-33-000-2014-01047-01(0942-19). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.*

*2. Control de horario (CONHORA), de los meses de abril y mayo de 2018, de la funcionaria GISELA FIERRO VERGARA, dentro de los cuales no se evidencia la marcación de los días 27 de abril, 17, 18 y 24 de mayo de 2018.*

*3. Control de Asistencia Reuniones 1674 del 23 de mayo de 2018, firmada por las funcionarias Lidia Cristina Solarte, Alicia Gómez y Gisela Fierro.*

*4. Correo electrónico del 18 de mayo de 2018, dirigido por Lidia Cristina Solarte Ortega, como jefe inmediata de la investigada, a la servidora Alicia Gómez Rodríguez como Jefe del G.I.T de Personal, dentro del cual informó que debido a que el 17 de mayo y en lo trascurrido del 18 de mayo la funcionaria Gisela Fierro Vergara, no se presentó a laborar, pone en conocimiento dicha circunstancia pues desconoce si la referida funcionaria se encuentra en alguna situación administrativa.*

*5. Correo electrónico institucional de fecha 1° de junio de 2018, remitido por la funcionaria Lidia Cristina Solarte Ortega a la investigada, en el cual anotó que de acuerdo a la reunión sostenida el día 23 de mayo de 2018, en la oficina del G.I.T de Personal, había quedado claro su compromiso de cumplir con el protocolo de permisos, razón por la que le informó que sería puesto en conocimiento dentro del informe de ausentismo para el mes de mayo de 2018.*

*6. Oficio No 32-241-432-614 del 1° de junio de 2018, informe de ausentismos de la disciplinada en el que la funcionaria Lidia Cristina Solarte Ortega consignó que para el 27 de abril de 2018 no había allegado la respectiva incapacidad, en relación con los días 17 y 18 de mayo de 2018 no había soporte de las ausencias.*

*7. Solicitud de permiso laboral para el día 18 de abril de 2018, requerido por la funcionaria Gisela Fierro, anotando como justificación urgencia odontológica de forma particular.*

*8. Correo electrónico de fecha 27 de septiembre de 2018, mediante el cual se informó al superior funcional que, en relación con el día 27 de abril de 2018, la investigada envió correo electrónico manifestando que no fue a laborar debido a una urgencia odontológica.*

*9. Correo electrónico de fecha 2 de octubre de 2018, de parte del funcionario de la Coordinación de Nómina de la Subdirección de Gestión de Personal, Dr. Miguel Arcángel Bolaño Castro, con el que adjuntó los documentos que evidencian los descuentos efectuados a la funcionaria Fierro Vergara, los cuales se identifican por # de concepto 3001, para un total de tres (3) días por valor de $485.872.00.*

*10. Oficio N° 1-32-0021-401-521 del 16 de octubre de 2018, mediante el cual el Despacho del G.I.T de Personal de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, remitió información de la investigada, relacionada con su historia laboral.*

*11. Correo electrónico institucional remitido el 21 de agosto de 2019, por la funcionaria Lidia Cristina, a través del cual informó a la señora Gisela Fierro Vergara el deber de cumplir con el horario laboral y se le informa el procedimiento que se debía tener en cuenta a efectos de requerir un permiso, o en caso de urgencia remitir de forma posterior el soporte de la misma.*

***Aportadas por la actora:***

*1. Certificación de OSISDENT sobre consulta y atención odontológica, a la disciplinada, el 27 de abril de 2018, con fecha del 02 de octubre de 2018.*

*2. Certificación del señor Héctor Julio Pulido Mora sobre arreglos efectuados los días 17 y 18 de mayo de 2018 en la vivienda de la disciplinada.*

*3. Certificación del señor Alonso Quintero, administrador del edificio donde se sitúa el apartamento de residencia de la implicada en la que informa sobre la realización de trabajos en esa unidad residencial los días 17, 18 y 24 de mayo de 2018.*

*4. Constancia de haber laborado los días que se compensó y que aparecen en el expediente.*

***Decretadas de oficio:***

*1. Requerimiento de información del 16 de agosto de 2019 al centro odontológico OSIDENT, a fin de verificar si para el día 27 de abril de 2018, la funcionaria Gisela Fierro Vergara fue atendida en dicho centro medico*

*2. Requerimiento al centro odontológico OSIDENT para que se informara acerca de si el procedimiento adelantado a la investigada para la fecha del 27 de abril de 2018, le impedía asistir a laborar, lo cual se requirió mediante correos institucionales de fechas 11 y 20 de septiembre de 2019.*

*3. Declaración juramentada a la servidora LIDIA CRISTINA SOLARTE ORTEGA MAURICIO SOLANO BAUQUE*

*4. Diligencia de declaración juramentada del señor Héctor Julio Pulido Mora, realizada el 25 de febrero de 2020 a las 9:30 a.m. (fl. 939-940)*

*5. Diligencia de declaración juramentada del señor Héctor Julio Pulido Mora, realizada el 25 de febrero de 2020 a las 11:12 a.m. (fl. 941-942)*

***Análisis de los cargos formulados.***

*A través de auto Nro. 1002-263 del 06 de septiembre de 2018 se ordenó abrir formal investigación disciplinaria en contra de la servidora Gisela Fierro Vergara. Este auto fue notificado el 29 de septiembre de 2018.*

*En el auto Nro. 1018-47 del 08 de noviembre de 2019[11] se profiere pliego de cargos, indicándose como cargo y descripción de la conducta:*

> *GISELA FIERRO VERGARA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 30.729.397, en su condición de servidor público de la DIAN, en el cargo Gestor II, Nivel 302, Grado 02; desempeñando funciones en el Grupo Interno de Trabajo de Régimen Sancionatorio de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogota, no compareció a laborar la totalidad de la jornada establecida la Resolución N° 130 del 19 de enero de 2016, en los días 27 de abril, 17 y 18 de mayo de 2018, sin que, al parecer medie justificación alguna, incumpliendo el deber de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de sus funciones, por cuanto como se observa en el reporte de horario, para estos días no figura información de ingreso o salida de l|a Entidad que haya evidenciado su comparecencia a laborar; imputación que se basa en las pruebas mencionadas en el capítulo V de este proveído.*

*Se determinó que la funcionaria Gisela Fierro Vergara, al parecer, se encontraba incursa en falta disciplinaria, en modalidad de omisión, por cuanto incumplió de manera reiterada su deber de presentarse a laborar, señalándose como norma*

[11] *Folio 861*

*contentiva del deber presuntamente desatendido el contemplado en el artículo 34 de la Ley 734 de 2002. Ello por cuanto no se encuentra justificada la inasistencia a laborar de la procesada los días 27 de abril, 17 y 18 de mayo de 2018.*

*Se indicó que su conducta habría afectado sustancialmente los deberes funcionales que le correspondía observar, en la medida en que desconoció constantemente el cumplimiento de la jornada laboral en el que debla realizar las funciones que le fueron oportunamente comunicadas, lo que por demás conllevó a que llanamente no se cumplieran las mismas.*

*Sobre la culpabilidad se califica la conducta que se le atribuye a la funcionaria Gisela Fierro Vergara, a título de dolo pues los elementos arribados al evaluador le indicaron que la voluntad de la funcionaria investigada se dirigió a inasistir a su lugar de trabajo en los días antes determinados.*

***Atipicidad de la conducta***

*Sostiene la actora que la falta disciplinaria imputada no contiene los complementos normativos del tipo. Indica que la norma principal imputada a la disciplinada corresponde al artículo 34 numeral 11 de la Ley 734 de 2002, que consagra el deber de "dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales. ( ... )". Sin embargo, a su juicio, este último aparte requiere que se traiga el manual de funciones del servidor donde se indique cuáles fueron las funciones encomendadas que incumplió.*

*Sobre el principio de tipicidad, según lo ha señalado la Corte Constitucional, por regla general, las normas disciplinarias carecen de completitud y autonomía, razón por la cual es necesario remitirse a otras preceptivas donde se regulen en concreto los deberes, funciones, obligaciones o prohibiciones de los servidores públicos. No obstante, este no es el caso de la norma que fue imputada a la actora, pues de su simple lectura se advierte que tiene sentido regulador autónomo, es decir que tomada de manera aislada abarca todos los elementos necesarios del tipo.*

*De la lectura del numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 se advierte que la norma hace alusión a tres componentes: (i) Dedicación del tiempo reglamentario de trabajo; (ii) al desempeño de las funciones encomendadas y; (iii) excepciones legales. Considera el actor que debió citarse las normas del reglamento que asignaron a la actora las funciones encomendadas.*

*Para el Despacho, el cargo formulado es claro en señalar que la falta imputada fue el incumplimiento de la dedicación del tiempo reglamentario de trabajo y en ese sentido, no se requiere remisión a otra norma, pues es parte esencial de la relación laboral, junto con la subordinación y la remuneración el cumplimiento del horario, el cual por demás está establecido mediante la Resolución N° 130 del 19 de enero de 2016.*

***Vulneración del debido proceso, defensa y contradicción***

*<u>1. Cargo de incongruencia entre el pliego de cargos y los fallos de primera y segunda instancia:</u>*

*El principio de congruencia como manifestación del debido proceso administrativo impone a la autoridad sancionar al disciplinado exclusivamente por la comisión de los hechos objeto de reproche disciplinario inicialmente imputados. El desconocimiento de este principio conlleva a la invalidación de la actuación comoquiera que se vulnera el derecho de contradicción y defensa.*

*Aduce la demandante que el fallo de primera instancia adicionó argumentos a los planteados en el pliego de cargos. Que se incluyó el desconocimiento de normas constitucionales (artículo 6 y 95) y de las funciones señaladas como comunes a todos los empleos de personal de la entidad, los cuales no fueron planteados en el auto de cargos.*

*El fallo de primera instancia señaló que la disciplinada incurrió en el cargo endilgado en el numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 al incumplir el deber de "Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales." a título de dolo grave. En consecuencia, se impuso sanción disciplinaria por el cargo que le fue formulado consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de dos (2) meses.*

*La autoridad disciplinaria, al analizar el elemento de la ilicitud sustancial en el auto de cargos Nro. 1018-47 del 08 de noviembre de 2019, hizo referencia a la definición del empleo público prevista en el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978:*

> ***"ARTÍCULO 2. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO.*** *Se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública.*
>
> *Los deberes, funciones y responsabilidades de los diferentes empleos son establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, o asignados por autoridad competente."*

*Igualmente, señaló que en virtud de la relación legal y reglamentaria que la señora Gisela Fierro Vergara tiene con la Administración Tributaria Nacional las condiciones del empleo están previamente determinadas en la ley "siendo una de las más importantes, el acatamiento del régimen de deberes, derechos y prohibiciones del servidor público, en cuyo contenido se encuentra, la atención de la jornada laboral, el horario en que ésta se desarrolla, e incluso la posibilidad de ausentarse del servicio con la autorización de los superiores (permisos)."*[12] Precisando que *"en aras de garantizar la función pública, se debe actuar con pleno respeto y aplicación de la Constitución, las Leyes y los reglamentos existentes, consultando permanentemente los intereses del bien común, para cumplir con los fines del Estado, los cuales son exigibles con mayor rigurosidad a los funcionarios públicos, en aplicación la correcta función pública, que se encuentra cimentada entre otros, en el principio de responsabilidad".*

*Considera el Despacho que no le asiste razón a la actora por cuanto se observa que, en el pliego de cargos sí se hizo referencia a la sujeción que tenía la disciplinada como empleada pública al cumplimiento de las normas constitucionales, legales y las propias del cargo. De manera que la mención de normas constitucionales específicas en el fallo de primera instancia no modifica el cargo imputado a la actora, consistente en no presentarse a laborar los días 27 de abril, 17 y 18 de mayo de 2018 sin justificación; ni amplía los hechos objeto de reproche disciplinario inicialmente imputados.*

*2. Cargo respecto de la contradicción en el horario de la disciplinada*

*Aduce la actora que existe incongruencia por cuanto en el fallo disciplinario se afirmó que el horario que se señaló como incumplido era el de "lunes a viernes en el horario de 8:30 am a 5:30 p.m." pero que en el fallo se señaló que el horario de trabajo era de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.*

---

[12] *Folio 14 del Pliego de cargos.*

*Al respecto se debe precisar que si bien en la Resolución Nro. 130 del 19 de enero de 2009, se fijó un horario de trabajo de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., en el proceso disciplinario resultó claro que se adoptaron varios horarios y que los empleados tuvieron la opción de elegir uno de ellos y fue concertado por la actora con su superior funcional.*

*Para el Despacho esta imprecisión no tiene la capacidad de afectar el derecho de defensa aducido comoquiera que la conducta que se imputó en el proceso disciplinario no fue precisamente el retraso o ausencia parcial sino su inasistencia durante toda la jornada laboral de los días 27 de abril, 17 y 18 de mayo de 2018 conforme a los reportes del aplicativo CONHORA allegados al plenario, con lo cual se consideró incumplido el deber consagrado en el numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002. Por lo tanto, comoquiera que la disciplinada no argumentó haber asistido a laborar para la fecha de los hechos, la especificación del horario de entrada y salida a su lugar de trabajo no tiene la entidad suficiente para concluir que la conducta imputada en el pliego de cargos resultó diferente a la reprochada en el fallo disciplinario de primera instancia.*

*En el fallo de segunda instancia se hace referencia de la concertación entre la señora Gisela Fierro Vergara y su superior funcional, sin embargo, como se mencionó más arriba esta consistió en fijar el horario laboral de 8:30 am a 5:30 p.m. por lo que la referencia a este tema de ninguna manera introdujo elementos fácticos adicionales a la conducta imputada inicialmente, por lo que no vulneró el derecho de defensa y contradicción de la disciplinada.*

***Ausencia de ilicitud sustancial***

*Plantea la actora que tanto la primera como la segunda instancia en sus decisiones, desconocieron el principio de ilicitud sustancial, toda vez que no se generó daño, lesión o peligro al bien jurídico de la función pública.*

*Al respecto considera el Despacho que la parte actora hace una interpretación errónea de la antijuridicidad en materia disciplinaria. Como se dejó planteado en el marco jurisprudencial, en el derecho disciplinario la antijuridicidad no es formal sino material, es decir, se basa en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público y no en el daño a un bien jurídico protegido. Por esta razón, el juicio de antijuridicidad que debe efectuar la autoridad disciplinaria es el que se basa en la infracción del deber funcional y no en el resultado material de la conducta.*

*Ahora bien, para que exista antijuridicidad sustancial de la conducta es necesario que la afectación del deber funcional se origine en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado,*

*Encuentra el Despacho que la accionada desarrolló en forma completa y suficiente la ilicitud sustancial en el presente asunto, la cual estuvo acreditada por la actora, en la medida en que incumplió los deberes funcionales a su cargo, en el previsto en el artículo 34, numeral 11 de la Ley 734 de 2002. Dentro del proceso disciplinario se demostró que con la inasistencia a su lugar de trabajo los días 27 de abril, 17 y 18 de mayo de 2018, la señora Gisela Fierro Vergara incumplió el deber fijado en el numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 lo cual vulneró el principio de responsabilidad dado que desconoció el cumplimiento de la jornada laboral y por consiguiente incumplió las funciones que le fueron oportunamente comunicadas.*

*Aunque la ilicitud sustancial implica que debe analizarse que tal conducta no haya sido cometida, por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 del 2002, para esta Censora la*

*disciplinada no demostró de manera suficiente la existencia de alguna justificación del incumplimiento de su deber funcional por las siguientes razones:*

*Aunque la actora intentó justificar la inasistencia laboral del 27 de abril de 2018 por una urgencia odontológica de la cual informó a su superior mediante correo electrónico enviado el mismo día a las 1:58 p.m., de las pruebas obrantes en el plenario se advierte una contradicción en las versiones rendidas, pues inicialmente informó que su urgencia odontológica fue atendida en Dentisalud, pero luego que había sido en OSIDENT de lo cual aporta una certificación. Esto resta credibilidad a los argumentos mediante los cuales pretendió justificar su ausencia en el trabajo.*

*Si bien es cierto el señor Luis Garnica del consultorio OSISDENT LTDA., en respuesta al requerimiento hecho por la entidad señaló que atendió a la señora Gisela Fierro Vergara entre las 8:30 am y las 5:30 pm, esto pierde veracidad con el correo electrónico enviado ese día a las 1:58 p.m. a su superior, dejando en evidencia que a esa hora la atención de la urgencia ya había finalizado, lo cual no le impedía acudir a su lugar de trabajo, tal como lo sostuvo el operador disciplinario. Tampoco obtuvo la incapacidad médica, la cual era el documento idóneo válido para justificar la ausencia a laborar en esa fecha.*

*Por su parte, para justificar las ausencias de los días 17 y 18 de mayo de 2018, la disciplinada allegó los certificados de los señores Alonso Quintero Silva, administrador del edificio donde reside y Héctor Julio Pulido Mora en las que se informó de los daños ocasionados en su apartamento y afectaron el fluido eléctrico impidiendo la comunicación inmediata con la oficina vía internet o celular. No obstante, esta urgencia no configura un evento de caso fortuito o fuerza mayor pues la solución a ella pudo darse en horas no hábiles e incluso de haber sido una calamidad doméstica debió avisar inmediatamente a su superior funcional y solicitar el permiso correspondiente, sin embargo, omitió hacerlo.*

*Encuentra el Despacho que el operador disciplinario valoró adecuadamente las pruebas aportadas al proceso para concluir que los argumentos expuestos por la actora no justifican su comportamiento ni mucho menos configuran una causal de exclusión de responsabilidad.*

*A pesar de que la actora formula los cargos de nulidad de desviación de poder y falsa motivación se advierte que se limitó a citar normas y pronunciamientos jurisprudenciales sin realizar la sustentación fáctica y jurídica de su caso concreto.*

*En suma, encuentra este Despacho que la actora no desvirtuó la legalidad de los actos administrativos que impusieron sanción disciplinaria. La entidad ejerció su competencia disciplinaria, pues advirtió que la conducta de la actora afectó el deber funcional al poner riesgo el debido ejercicio de la función pública y los actos administrativos que impusieron sanción, estuvieron bien fundamentados en tanto la inasistencia a trabajar sin justificación fue acreditada con las pruebas obrantes en el proceso disciplinario. Por esta razón se denegarán las pretensiones de la demanda.*

***CONDENA EN COSTAS***

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo. En este orden de ideas el Despacho se abstendrá de condenar en costas comoquiera que no se observaron actuaciones de mala fe o dilatorias de las partes en el desarrollo del proceso. Lo anterior aplicando la línea jurisprudencial trazada por la mayoría de las Salas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*

***REMANENTES DE LOS GASTOS***

*Toda vez que no se acreditó en el expediente que se hayan consignado gastos procesales, no hay valores pendientes para liquidación por este concepto.*

*En mérito de lo expuesto el* ***JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA****, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

***RESUELVE:***

***PRIMERO: NEGAR*** *las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.*

***SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS.***

***TERCERO: NO HAY LUGAR*** *a liquidación de remanentes.*

***CUARTO: EJECUTORIADA*** *esta providencia,* ***ARCHIVAR*** *las diligencias previas las anotaciones respectivas*

***DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS***

*Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.*

*El apoderado de la demandante interpone recurso de apelación y manifiesta que será sustentado dentro del término que indica la Ley.*

*Fungió como secretaría Ad-Hoc: Greissy Fernanda Palacios Moreno*

**Firmado Por:**
**Yolanda Velasco Gutierrez**
**Juez Circuito**
**Juzgado Administrativo**
**Sala 012 Contencioso Admsección 2**
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cb0f2521f505f5f45892f285838374a1d32fe4c42a9bc28bc1c33c78aa291b5d**
Documento generado en 18/11/2022 04:35:33 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**