



	Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública
Radicación:	085-12317-08
Disciplinados:	OLGA CECILÍA GUERRÓN ZAMUDIO y otra
Cargo:	Coordinadora Centro Zonal
Entidad:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Quejoso:	informe Oficial CGR
Fecha queja:	6 de junio de 2008
Asunto:	Fallo de segunda instancia

Bogotá D.C., 27 de noviembre de 2008

I. ASUNTO

Se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia, dictado por la Procuraduría Regional de Nariño el día 11 de septiembre de 2008, en audiencia pública dentro de proceso verbal.

II. ANTECEDENTES

Agotado el trámite procesal, la Procuraduría Regional de Nariño **declaró responsables disciplinariamente y sancionó** a las acusadas OLGA CECILÍA GUERRÓN ZAMUDIO y MIRIAN TOVAR PEÑA, en su condición de profesional especializada con funciones de Coordinadora de Centro Zonal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, con destitución e inhabilidad general de diez (10) y doce (12) años, respectivamente.

La anterior determinación fue recurrida oportunamente por la apoderada de las disciplinadas, correspondiéndole conocer a esta Delegada por reparto, luego de que la Procuraduría Delegada Segunda para la Vigilancia Administrativa se considerara incompetente.

III. DE LOS CARGOS FORMULADOS

La Procuraduría Regional de Nariño, mediante auto del 5 de agosto de 2008, formuló cargos así¹:

A LA DOCTORA OLGA CECILÍA GUERRÓN ZAMUDIO

“PRIMER CARGO:

“En su condición de Coordinadora del Centro Zonal Pasto Uno, posiblemente omitió declararse impedida en la escogencia de la Cooperativa del Magisterio de Tuquerres COACREMAT, cuando mediante oficio de fecha 20 de febrero de 2007 (folio 71), recomendó a esta firma para que contrate con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño. Como resultado de esta recomendación se suscribió el contrato de aporte No. 444 del 1 de marzo de 2007 por valor de MIL CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CIEN PESOS MDA.CTE. (\$1.177.542.100) (FOLIOS 53-55). Con lo cual con esta actitud habría incurrido, eventualmente en conflicto de intereses por cuanto a través de las pruebas allegadas al

¹ Cf. fl. 184.



informativo se conoce que la doctora GUERRON ZAMUDIO era socia activa de COACREMAT, para la época de los hechos.

“[...]”

“SEGUNDO CARGO:

“En su condición de Coordinadora del Centro Zonal Pasto Dos, posiblemente omitió declararse impedida en la escogencia de la Cooperativa del Magisterio de Tuquerres COACREMAT, cuando al suscribir la solicitud de trámite contractual de febrero de 2008 (folio 157), recomendó a esta firma para que contrate con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño. La referida recomendación sirvió de base para la suscripción del contrato de aporte No. 331 del 11 de febrero de 2008 por valor de MIL SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS NOVENTA PESOS MDA.CTE. (\$1.074.864.390) (Folios 160-168). Con este comportamiento irregular habría incursionado posiblemente en conflicto de intereses por cuanto la doctora GUERRON ZAMUDIO, de conformidad con el material probatorio, fungía para la época como socia de COACREMAT.

“[...]”

A LA DOCTORA MIRIAN CONSUELO TOVAR PEÑA

“PRIMER CARGO:

“En su condición de Coordinadora del Centro Zonal Pasto Dos y a la vez supervisora del contrato de Aporte No. 401 del 27 de enero de 2007 celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño y la Cooperativa del magisterio de Tuquerres, se le formula cargos por una posible omisión al no declararse impedida para supervisar el referido contrato actividad que desarrolló desde el 20 de febrero hasta el 31 de diciembre de 2006, por cuanto se conoce que para la época de los hechos ostentaba la calidad de socia de la mencionada cooperativa.

“[...]”

“SEGUNDO CARGO:

“En su condición de Coordinadora del Centro Zonal Pasto Dos, posiblemente omitió declararse impedida en la escogencia de la Cooperativa del Magisterio de Tuquerres COACREMAT, cuando mediante oficio de febrero de 2007 (folio 70), recomendó a esta firma para contratar con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño. Como resultado de esta recomendación se suscribió el contrato de aporte No. 451 del 1 de marzo de 2007 por valor de QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS MDA. CTE. (\$599.568.446) (folios 56-59); con esta actitud habría incursionado además en conflicto de intereses por cuanto a través de las pruebas allegadas al informativo se conoce que la doctora TOVAR PEÑA, era socia activa de COACREMAT.



[...]

“TERCER CARGO:

“En su condición de Coordinadora del Centro Zonal de Tuquerres, posiblemente omitió declararse impedida en la escogencia de la Cooperativa del Magisterio de Tuquerres COACREMAT, cuando mediante oficio de enero de 2008 (folio 169), recomendó a esta firma para contratar con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño. Como resultado de esta recomendación se suscribió el contrato de aporte No. 394 del 11 de febrero de 2008 por valor de QUINIENTOS SETENTA Y SISE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS MDA.CTE (\$577.238.760) (folios 170-178), con lo cual con esta actitud habría incursionado además en conflicto de intereses por cuanto a través de las pruebas allegadas al informativo se conoce que la doctora TOVAR era socia activa de COACREMAT, para la época de los hechos.

[...]

Se les atribuyó haber quebrantado los artículos 6, 123 y 209 de la Constitución Política de Colombia, y los artículos 23, 34 (numerales 1 y 2), 40 y 48 (numerales 17 y 46) de la ley 734 de 2002.

La falta se les calificó provisionalmente como gravísima a título de dolo.

IV. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Procuraduría Regional de Nariño fundamentó su fallo de primera instancia así:

“Corresponde analizar las pruebas recaudadas por la Procuraduría Regional como las aportadas por las investigadas, y si con base en ellas se pueden desvirtuar los cargos formulados.

1.1. Análisis de las pruebas aportadas por las investigadas:

Las declaraciones pedidas por la defensa GUILLERMO VALLEJO DORADO, MARIANA JURADO DE ESPAÑA, JOSE ANTONIO PERUGACHE, IRMA GOMEZ GUALDRON, y practicadas en audiencia, están dirigidas a demostrar que las doctoras MIRIAN CONSUELO TOBAR PEÑA y OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO, hicieron conocer de manera verbal, a la Administración del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño, su vinculación a la Cooperativa COACREMAT.

Por su parte tanto el doctor GUILLERMO VALLEJO DORADO, quien se desempeñó como Coordinador del Grupo jurídico en el año 2006, como el doctor ARTURO CADENA MONTENEGRO, quien se desempeña actualmente con funciones de Coordinador del Grupo jurídico, manifestaron que conceptuaron verbalmente respecto a la situación de las investigadas y su vinculación a la Cooperativa COACREMAT.

El Doctor ARTURO CADENA, haciendo una basta defensa a título gratuito de las investigadas, es enfático en señalar que los fundamentos jurídicos que



tuvo en su momento para indicar a las investigadas que no existía ningún impedimento de tipo jurídico para contratar con la cooperativa COACREMAT fueron las disposiciones contenidas en el artículo 98 del código de comercio, el artículo 3 de la ley 79 de 1988, siguiendo con la declaración dice “ fue así como del análisis que realicé de las disposiciones transcritas llegue a la conclusión de que existe una diferencia sustancial entre lo que la ley ha definido como sociedad y como asociación, diferencia que desde luego conduce a establecer otra consecuencial y lógica de lo que debe entenderse como socio y como asociado,... lastimosamente el código de comercio no es claro al establecer la diferencia entre los conceptos de socio o asociado, toda vez que en algunas de sus disposiciones alude de manera indistinta a los dos términos sin especificar su real naturaleza de cada uno de ellos.

Indica que ante la vaguedad de las definiciones consultó la definición que la real academia de la lengua tiene de lo que debe entenderse como socio y como asociado, comentando lo siguiente: “de tal manera según el autor RENE BETANCUORT XALAPA DE LA CRUZ, por socio se debe entender: “persona asociada con otra, u otras para algún fin; individuo de una sociedad o agrupación de individuos. Los hay socios capitalistas: persona que aporta capital a una empresa o compañía, poniéndolo a ganancias o pérdidas. Hay socios industriales: persona que no aporta capital a la compañía o empresa sino servicios o pericias personales para tener alguna participación en las utilidades obtenidas. “ Así mismo respecto de asociado, se trae la siguiente definición:” participio del verbo asociar, persona que acompaña a otra en alguna condición o encargo; persona que forma parte de una asociación o compañía. aclara que “con relación a las investigadas no se presenta o mejor no se incurre en ninguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses del artículo 8 de la ley 80 de 1993 estatuye para los servidores públicos, toda vez que según mi entender dichas causales se predicen con relación a servidores públicos, que en primer término ostentan la condición de directivos o asesores”.

Declaración del señor HENRY MERA MUÑOZ, quien se desempeñó como Gerente de la Cooperativa COACREMAT desde el 13 de enero de 2004 hasta el 26 de marzo de 2008, quien manifestó: : Ellas ya llevan muchísimo tiempo antes de la suscripción del convenio, con el cumplimiento de esos requisitos se convierte en asociado de la cooperativa y empieza a gozar de todos los servicios, como también es responsable de los derechos y obligaciones, esto es participar en las reuniones que hayan sido convocados, el pago oportuno de sus aportes, los valores son variables, actualmente oscilan entre el 3 y 7 por ciento del salario básico del asociado, además del pago de sus obligaciones, de los créditos, otra obligación es multiplicar la norma cooperativa.

1.2. Análisis de las argumentaciones de la defensa :

Los argumentos expuestos por las investigadas frente a los cargos endilgados por la Procuraduría Regional de Nariño, las pruebas aportadas en los descargos y los alegatos de conclusión tienden a establecer las siguientes premisas:



1) Que las doctoras OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO Y MIRIAN TOBAR PEÑA, no incurrieron en conflicto de intereses por cuanto no son socias de la Cooperativa sino asociadas de COACREMAT.

1.3. Al analizar esta situación se tiene lo siguiente:

Definición de Cooperativa:

Las cooperativas se basan en valores de autoayuda, autoresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Si bien las cooperativas son también empresas, los objetivos principales de las personas que crean una cooperativa o se unen a ella, consisten en mejorar sus condiciones económicas y sociales por medio de la acción conjunta orientada al bien de todos los asociados antes que a intereses sólo individuales.

Las cooperativas tienen algunas características comunes, tales que:

- *Los asociados están unidos, al menos, por un interés común*
- *Los asociados pretenden la meta de mejorar su respectiva situación económica y social mediante acciones conjuntas*
- *Los asociados utilizan determinada unidad, propiedad detentada y operada por ellos en conjunto, que les provee de bienes y/o servicios. Sin considerar su dimensión física y actividades, el propósito de esta unidad es utilizar los recursos conjuntos de los asociados para producir u obtener bienes o servicios para los asociados.*

Los asociados contribuyen equitativamente al capital de su cooperativa y democráticamente controlan. Ellos suelen recibir una compensación limitada, si acaso alguna, sobre el capital suscrito como condición para ser asociado. Los asociados destinan lo excedentes a cualquiera de los fines siguientes: desarrollo de su empresa cooperativa, si posible mediante la constitución de reservas, de las cuales una parte al menos debe ser indivisible; benefician a los asociados en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo a otras actividades aprobadas por los asociados.

La cooperativa es una empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

1.4 Diferencias entre socio y asociado:

Acogiendo el planteamiento del doctor ARTURO CADENA, prueba aportada por las investigadas, primeramente indica que el código de comercio no distingue entre asociado o socio y la definición traída del autor RENE BETANCUORT XALAPA DE LA CRUZ, por socio se debe entender: “persona asociada con otra, u otras para algún fin; individuo de una sociedad o agrupación de individuos. Los hay socios capitalistas: persona que aporta capital a una empresa o compañía, poniéndolo a ganancias o pérdidas.



El diccionario español define la palabra socio en los siguientes términos: “persona asociada con otras” y asociado: “dícese de la persona que acompaña a otra en alguna comisión”, es decir que gramaticalmente no existe diferencia entre estas dos palabras.

Ahora bien, en la legislación colombiana, cual es el tratamiento que se da al socio y al asociado:

El art. 794 del Estatuto Tributario que dice:

"Responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad".

"Los socios, copartícipes, asociados, cooperados, accionistas y comuneros, responden solidariamente, a prorrata de sus aportes o acciones en la misma y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable.

Lo anterior indica, que frente a la ley tributaria, los socios y asociados son tratados de una manera igualitaria.

El formato único de declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada de personas naturales, que suscribe cualquier servidor público antes de su posesión, según la ley 190 de 1995 y 443 de 1998, hace alusión a “Participación en juntas, consejos y sociedades : Hace referencia a cualquier vínculo como socio, asociado y/o propietario de cualquier tipo de corporación, sociedad o asociación legalmente establecida”.

Claramente la ley 190 de 1995, por medio de la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, trata indistintamente la calidad de socio o de asociado, del funcionario público en la declaración de bienes y rentas.

Tampoco la norma traída por el código disciplinario único, hace distinción de que sea socio de una entidad con ánimo de lucro, la norma determina: “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 o socios de hecho o de derecho”.

1.5. Naturaleza jurídica y estatutos de la Cooperativa COACREMAT:

Para clarificar aún más el conflicto de intereses en que incurrieron las investigadas, a continuación se realizará un análisis de los estatutos de la cooperativa COACREMAT:

El reglamento de una cooperativa, se encuentra en los estatutos de cada entidad, y para el caso en comento la cooperativa COACREMAT, se ubica dentro de las cooperativas multiactivas.

Los estatutos de la cooperativa COACREMAT determinan:



“Artículo 1: Constitúyase una empresa asociativa, de derecho privado, de responsabilidad limitada, de carácter multiactivo, sin ánimo de lucro, de personal y capital variable e ilimitado”

Fines de la cooperativa artículo 6 numeral 3: “Garantizar a sus miembros la participación y acceso a la formación, al trabajo, la propiedad, información, la gestión y distribución equitativa de beneficios sin discriminación alguna”.

El artículo 16 de los estatutos de COACREMAT, se establece: “Los asociados que hayan prestado servicios especiales o se distingan por su espíritu benefactor o solidario para la cooperativa, podrán ser acreedores de estímulos que la institución les otorgue. Estos estímulos serán de orden honorífico y/o económico y su reglamentación estará a cargo del Consejo de Administración.

1.6. Vinculación de las investigadas a la Cooperativa COACREMAT:

Según la visita practicada a través de comisionado, se tiene que la señora OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO, identificada con C.C. No. 51.796.321 es asociada de la cooperativa desde el 22 de abril de 1997, y la señora MIRIAM CONSUELO TOBAR PEÑA, identificada con C.C. No. 30.730288 es asociada de la cooperativa desde el 4 de abril de 1997, es decir que las implicadas llevan en el ejercicio de asociadas o afiliadas a la cooperativa aproximadamente 11 años.

Así las cosas, siguiendo los lineamientos de los estatutos de la Cooperativa, las implicadas como asociadas, tuvieron que en su momento haber suscrito el acta de constitución, ajustarse a las normas estatutarias, reglamentarias y a las demás normas concordantes.

Los estatutos de la cooperativa COACREMAT establecen unos deberes para los asociados en su artículo 15, entre otros está el de “respaldar a la entidad y esforzarse porque otros también le presten apoyo”.

Según el diccionario de la lengua española respaldar significa: “ Proteger, amparar, apoyar, garantizar, Inclinarsse o apoyarse de espaldas”.

Y esforzarse, es una palabra más diciente e importante para el estudio del presente caso, pues según el diccionario se traduce en “Obligar a alguien o algo a hacer un esfuerzo, hacer esfuerzos física o moralmente con algún fin”.

Que implica el anterior deber:

Que las señoras OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO y MIRIAM CONSUELO TOBAR PEÑA, asociadas para la época de los hechos, debían proteger a la cooperativa, inclinarsse a una decisión favorable, hacer esfuerzos para que sea posible un nuevo contrato, al momento de evaluar la gestión de la cooperativa COACREMAT en contratos anteriores, es decir que su concepto debía darse totalmente parcializado, hacía un fin, que su cooperativa contrate nuevamente con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño.



Siguiendo este orden de ideas, el artículo 40 de la ley 734 de 2002, determina:

“Artículo 40. Conflicto de intereses. 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 o 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”.

En sentencia AC-7084 de 1999, el Consejo de Estado Sala Plena, con ponencia del doctor Silvio Escudero Castro, se lee:

Sobre los antecedentes de esta norma, en la Gaceta Constitucional No. 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, página 16, se lee:

“Conflicto de interés. Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la corporación sus posibles motivos de conflicto de interés.”

“... No es de ninguna manera desconocido que la interpretación jurisprudencial que se le ha dado a la institución del conflicto de intereses, ha sido objeto de constante controversia, polémica y debate en el interior de esta Entidad.

Con todo, la tesis mayoritaria ha aceptado que el conflicto de intereses está regulado por las normas pretranscritas; que tanto la Constitución como la ley han querido garantizar que los congresistas cumplan con sus funciones de manera transparente, con absoluta imparcialidad, alejados de toda sospecha en torno a que en ejercicio de ellas puedan obtener un beneficio para sí o para los terceros que la ley señala.

Esta Sala, en sentencia del 19 de marzo de 1996 recaída dentro del expediente No. AC - 3300, Consejero Ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz, hizo las siguientes precisiones sobre el conflicto de intereses:

“El impedimento para que el Congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5° de 1992, en cuanto se expresa que él se presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera".



*Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral intelectual, etc.) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria** para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y, cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación. (resalta fuera de texto).*

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones. Estima la Sala, y con ello no se está sentando una tesis de última hora, que no es necesario, ni conveniente, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5° o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

“...Por lo anterior, no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los Congresistas, cuando éste tiene connotación económica”.

“El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley 'exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al Congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o a sus socios de derecho o de hecho'. Se trata, evidentemente de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

“... Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de participación en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrado, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, ya sea mediante sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria pero advertido el conflicto, lo haga manifiesto mediante la declaratoria del impedimento, ora por



iniciativa de terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación”.

Este Despacho, está de acuerdo con la defensa en que las investigadas son asociadas de la Cooperativa COACREMAT, que la entidad es una cooperativa sin ánimo de lucro, sin embargo, tomando como criterio de interpretación la jurisprudencia frente al Conflicto de intereses, y armonizando este antecedente con la conducta de las investigadas, su calidad de asociadas y sus deberes como afiliadas a la Cooperativa, se tiene que en estas circunstancias les asistía un interés directo en la decisión que debía tomar el ICBF de contratar o no con la Cooperativa COACREMAT.

1.6. Formato para la celebración de aportes:

A folio 70 y 71 aparece como prueba de la intervención en la contratación entre el ICBF Regional Nariño y la Cooperativa COACREMAT, formato para la celebración de contrato de aporte suscrito por las doctoras GUERRON ZAMUDIO Y TOBAR PEÑA, documento que contiene los siguientes aspectos:

En la primera parte aparece discriminada la entidad, “proponente seleccionado: COACREMAT”, objeto del contrato: Brindar el servicio de desayuno escolar, plazo del contrato: diciembre 31-07, fecha: febrero 07.

En la segunda parte, aparecen unos ítems correspondientes al factor de VERIFICACION, otorgando la facultad a los funcionarios que suscriben el formato de decidir cual es la entidad que contratará con el ICBF, cabe anotar que el formato es suscrito por el Director Regional o Seccional, el Supervisor del Contrato y con visto bueno del Coordinador del Centro Zonal, que en este caso fueron las doctoras: MIRIAN CONSUELO TOBAR PEÑA, Coordinadora del Centro Zonal Pasto Dos y la doctora OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO, Coordinadora del Centro Zonal Pasto Uno.

Este acápite del formato, referente a la verificación, hace alusión a la evaluación de capacidad legal para suscribir el contrato, experiencia, capacidad técnica y financiera, recurso humano, cumplimiento de contratos anteriores, análisis y valoración del aporte que realiza el proponente para la ejecución del contrato, se consigna además que “no existe pluralidad de oferentes”, y que el proceso de selección es adelantado por “contratación directa”.

Es decir que este documento, es determinante y trascendental para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño, suscriba un nuevo contrato con COACREMAT, por cuanto a través de él se realiza una evaluación y estudio, documentos que perfilan conveniencia, de todos los aspectos importantes atinentes a la Cooperativa para ejecutar el objeto contractual.

Debe tenerse en cuenta que la calidad de asociadas de la cooperativa, las separa de la generalidad de las personas, para ubicarlas en un terreno particular y concreto, en donde deben comportarse de una manera predeterminada por los estatutos, teniendo en cuenta su calidad especial, la de asociadas.



2) La segunda premisa en la que se basa la defensa es que las investigadas, señoras OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO y MIRIAN TOBAR PEÑA, no ostentaban la calidad de directivas, o asesoras, sino de profesionales universitarias, empleo público del cual no puede predicarse conflicto de intereses en materia contractual.

Las declaraciones de los doctores GUILLERMO VALLEJO Y ARTURO CADENA MONTENEGRO, dejan entrever que según su criterio solamente pueden incurrir en conflicto de intereses los servidores que se desempeñen en los niveles directivos o asesor. Cabe aclarar que la norma no hace discriminación alguna de grados, simplemente habla del “servidor público”, cualquiera que sea su grado o condición en una entidad.

Hay que aclarar, que los abogados del ICBF Regional Nariño, incurrir en una confusión entre los conceptos de inhabilidades e incompatibilidades con el conflicto de intereses, situaciones que son muy distintas tanto a nivel legal, como en las interpretaciones jurisprudenciales que se han expuesto frente a estas tres figuras.

También es necesario tener en cuenta, que en el momento en que la señoras OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO y MIRIAN CONSUELO TOBAR PEÑA, intervinieron en la etapa precontractual, recomendando la contratación con la Cooperativa COACREMAT al suscribir el formato para la contratación de aportes, cumplían una función especial asignada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño, la de Coordinar el Centro Zonal Pasto Uno y Pasto Dos, respectivamente.

3) La tercera premisa en que se basa la defensa es la manifestación verbal realizada por las investigadas en reunión de evaluación y la respuesta que la administración les dio frente a la misma, de que no existía ningún impedimento, inhabilidad o conflicto para que el ICBF Regional Nariño contratara con COACREMAT.

En primer lugar es de aclarar que la Procuraduría Regional, no evalúa en este caso, si el ICBF podía o no contratar con la Cooperativa COACREMAT, tratándose de una situación ajena a la falta disciplinaria endilgada a las disciplinadas, de lo que se trata es de establecer si con su comportamiento incurrieron o no en un conflicto de intereses.

De acuerdo con la legislación colombiana, cuando un funcionario cree estar incurso en conflicto de intereses, ya sea judicial, administrativo o de otra índole, debe declararse impedido.

En materia administrativa en el artículo 30 del C.C.A. se señala el procedimiento para que el funcionario manifieste el impedimento de la siguiente manera:

“El funcionario, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquél en que comenzó a conocer el asunto o en que sobrevino la causal, manifestará el impedimento por escrito motivado y entregará el expediente a su inmediato superior, o al procurador regional, si no lo tuviere.



La autoridad ante quien se manifieste el impedimento decidirá en el término de diez (10) días y en forma motivada, sin que contra la decisión quepa recurso; y al decidir señalará quién debe continuar el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario ad-hoc; en el mismo acto ordenará la entrega del expediente al designado que ha de sustituir al separado del conocimiento.

En consecuencia el trámite del impedimento es eminentemente escrito, la simple manifestación verbal sobre una situación particular como lo es el de ser asociadas de la cooperativa de las disciplinadas, no subsanaría para este despacho, la obligación legal que tenían como servidoras públicas de manifestación expresa y escrita de su impedimento para intervenir en el trámite precontractual objeto de este pronunciamiento.

Es importante tener en cuenta que tanto las investigadas como los testigos, indican que se hizo una manifestación verbal sobre la condición de asociadas a la Cooperativa, en una oportunidad, previa a la contratación del año 2006, y que los presentes analizaron la información dada por las disciplinadas, esto es que eran asociadas de la cooperativa, pero nunca informaron que ellas como asociadas se beneficiaban de los servicios de la cooperativa.

Este despacho llega a la conclusión que las disciplinadas no dieron toda la información al ICBF:

- De la visita practicada a la cooperativa COACREMAT sucursal Pasto, el día 10 de septiembre de 2008, se constató que las señoras TOBAR PEÑA y GUERRON ZAMUDIO, ostentaban la calidad de asociadas a la Cooperativa y que a la fecha poseen aportes la primera por valor de \$5.422.164 y la segunda por valor de \$12.898.332.*
- También se pudo establecer que para la época de los hechos objeto de investigación disciplinaria, la doctora MIRIAN CONSUELO TOBAR, era beneficiaria de un crédito de libre inversión por valor de \$10.000.000, deuda que fue aprobada el 6 de mayo de 2004 y que termina su pago el 6 de mayo de 2009. Igualmente la doctora OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO, tuvo un crédito aprobado el 14 de diciembre de 2004, el que culminó de pagar en abril de 2007, por valor de \$3.000.000. Nótese que las dos asociadas eran beneficiarias de crédito de libre inversión y deudoras de la Cooperativa, para la época de los hechos.*
- Cada año también reciben bono navideño que en el año 2007 fue de CIENTO MIL PESOS (\$100.000), y para el año 2006 fue de CINCUENTA MIL PESOS (\$50.000).*
- De acuerdo con los estatutos, todos los asociados anualmente reciben excedentes de la Cooperativa denominados “revalorización de aportes”. Para el año 2007, la doctora MIRIAN TOBAR recibió las sumas de \$28.014 y 64.135, y la doctora OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO, \$224.833 y \$17.118. Documentación que indica que si existen utilidades o excedentes anualmente, la Cooperativa hace una distribución equitativa de los mismos.*
- Está acreditado además que la señora TOBAR PEÑA recibió el 50% del valor de cursos de natación y guitarra en los años 2006 y 2007.*



Si las disciplinadas hubieran sido totalmente transparentes al momento de manifestar su afiliación a la Cooperativa, hubieran puesto de presente a la Administración las anteriores circunstancias.

Más aún, para los años 2007 y 2008, época de los hechos, nada dicen los testigos, respecto a una nueva manifestación del impedimento por parte de las doctoras GUERRON ZAMUDIO Y TOBAR PEÑA, ni en los formatos para la celebración de contrato de aporte, aparece alguna anotación que indique que las investigadas pusieron de presente su condición de asociadas a la cooperativa COACREMAT.

2. La culpabilidad en el proceso disciplinario

La Corte Constitucional ha dicho que el principio de culpabilidad en materia disciplinaria está instituido para garantizar los fines del Estado Social de Derecho, ya que es necesario reconocer los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta, como lo son la presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva, por lo que la imputación disciplinaria que se realice debe hacerse ineludiblemente a título de dolo o culpa.

El principio de culpabilidad está consagrado en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, indicando que en la actuación disciplinaria sólo son sancionables las faltas a título de dolo o culpa, por ser una de las modalidades de derecho sancionatorio, razón por la cual los principios del derecho penal en esta área son aplicables a la conducta valorada desde el punto de vista disciplinario, así lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia en la cual declaró la exequibilidad de tal principio.

La culpabilidad consiste en el “juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen” - , pues de acuerdo con las condiciones personales y sociales del agente se encontraba en la posibilidad de dirigir su comportamiento hacía el cumplimiento del orden jurídico, motivo por el cual, debe responder por no actuar conforme lo señala la norma.

La doctrina sostiene que en el ámbito disciplinario, al contar con reglas propias, dada su autonomía e independencia y porque los tipos disciplinarios son de mera conducta, no es acertado acudir al Código Penal, pues para que se predique que una conducta es dolosa “basta que la persona conozca que está obligada ante un contexto situacional típico, tenga conciencia de su capacidad individual de acción y no realice el deber”; y existe imputación culposa, “cuando los supuestos fácticos que aprehenden el deber sustancial infringido se realizaron sin el conocimiento actual del sujeto vinculado con él” .

2.1 De la culpabilidad atribuida a las implicadas.

Señala la defensa que el comportamiento de las implicadas carece de dolo o culpa, pues consideran que no estaban incurso en causal de impedimento por conflicto de intereses, pues ellas manifestaron en reunión de orientación a los procesos contractuales en el año 2006, específicamente la contratación de aportes con la Cooperativa COACREMAT, su situación de asociadas afiliadas



a esta Cooperativa. Manifestación frente a la cual se expresó que no existía dificultad u obstáculo jurídico alguno. .

Advierte la defensa que la situación anterior fue ratificada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante oficio de fecha 8 de abril del año 2008 dirigido a la doctora ROSA RAQUEL SAENZ ZAMBRANO, en su condición de Gerente Departamental de Nariño de la Contraloría General de la República, en el que se dice: “ lo expuesto anteriormente demuestra que si bien existen servidores públicos que pertenecen en calidad de asociados a la Cooperativa, ello no fue impedimento para desarrollar las funciones de supervisión con transparencia”.

“Frente al proceso de adjudicación y suscripción del contrato es pertinente aclarar que esta situación fue expuesta ampliamente ante la administración por las dos coordinadoras en mención previo a iniciar el ejercicio de contratación. Según la Administración este factor no se constituye en impedimento por cuanto COACREMAT es una cooperativa sin ánimo de lucro en donde los **excedentes se reparten** en los diferentes fondos sociales y nos se distribuye de ninguna manera dividendos a cada asociado...”

Afirma la defensa que las implicadas no tienen funciones de dirección, es importante recalcar el siguiente estudio de la situación jurídica de la vinculación de sus poderdantes ante esta entidad: Advierte que la calidad que ostentan es la de ser profesionales especializados, que son de carrera administrativa y que desarrollan funciones que no poseen en su esencia naturaleza que conlleve definición de políticas institucionales, ni adopción ni iniciativa de planes, programas y proyectos, no llevan implícita la potestad decisoria de la entidad.

Para que la conducta sea considerada dolosa, según la defensa, se requiere que las implicadas conozcan su impedimento al momento de diligenciar los formatos de solicitud de trámite contractual o de desempeñar las funciones de supervisor del contrato de aportes, en el caso particular de la doctora MIRIAN CONSUELO TOBAR PEÑA, sin embargo, de acuerdo con el concepto emitido por la misma administración las investigadas, consideraron que no incurrieran en ninguna conducta ilícita de carácter disciplinario.

2.2 Supervisión del contrato de aportes No. 401 de 2006:

La palabra supervisión es compuesta, viene del latín “visus” que significa examinar un instrumento poniéndole el visto bueno; y del latín “super” que significa preeminencia o en otras palabras: privilegio, ventaja o preferencia por razón o mérito especial. Supervisión es pues, dar el visto bueno después de examinar.

No hay labor más importante, difícil y exigente que la supervisión del trabajo ajeno. Una buena supervisión reclama más conocimientos, habilidad, sentido común y previsión que casi cualquier otra cosa de trabajo. El éxito del supervisor en el desempeño de sus deberes determina el éxito o el fracaso de los programas y los objetivos del departamento.



Es decir que la señora TOBAR PEÑA, al supervisar el contrato, debía examinar y evaluar el cumplimiento del contrato por parte de COACREMAT, situación que para este despacho, agrava la conducta del conflicto de intereses. Ser supervisor, no es simplemente realizar el acompañamiento en la ejecución contractual, como lo dice la defensa en el escrito de alegatos, es vigilar la correcta ejecución contractual, y en este caso surge la duda como un servidor público puede vigilar el comportamiento de una persona jurídica de la cual es parte y recibe beneficios.

La supervisión ejercida por la servidora pública mencionada, para este despacho, agrava su conducta, situación que se tendrá en cuenta al momento de imponer la sanción disciplinaria.

3. Reiteración de la falta por parte de las investigadas:

Tal como se desprende del acervo probatorio, en el presente caso, hubo reiteración de la conducta, pues en el año 2008, nuevamente las implicadas vuelven a diligenciar la solicitud de trámite contractual.

La doctora OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO, en calidad de Coordinadora del Centro Zonal Pasto Dos dirige la solicitud en el año 2008 al doctor ARTURO CADENA, Coordinador del Grupo Jurídico, para que se contrate con la COOPERATIVA COACREMAT, el servicio de asistencia nutricional al escolar y adolescente.

Lo mismo sucede con la doctora MIRIAN CONSUELO TOBAR PEÑA, quien con oficio CTZ No. 1050 de enero de 2008, estando de Coordinadora del Centro Zonal Tuquerres, solicita al Coordinador del Grupo Jurídico el trámite contractual para la prestación del servicio de la modalidad de asistencia nutricional al escolar y al adolescente con los municipios de Samaniego y providencia con la cooperativa COACREMAT.”

La falta se les calificó definitivamente como gravísima a título de dolo.

V. DE LA APELACIÓN

La apoderada de las implicadas interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia proferido por la Procuraduría Regional de Nariño, solicitando revocar la providencia impugnada, al considerar que no existen los elementos jurídico probatorios que las responsabilicen disciplinariamente, aduciendo las siguientes razones².

En cuanto a los cargos formulados, señala que la Procuraduría Regional de Nariño acepta que está demostrado que sus poderdantes manifestaron su vinculación a la Cooperativa COACREMAT, exponiendo a la administración el hecho de su condición de asociadas afiliadas a la cooperativa, en igualdad de condiciones a una generalidad de personas, que como se probó superan los 4003 afiliados, además del hecho de que los asesores jurídicos, dentro de su deber funcional, conceptuaron que no existía impedimento u obstáculo alguno de sus poderdantes para intervenir en el proceso de contratación con COACREMAT. Que si se valora el testimonio de doctor

² Cf. fl. 610



ARTURO CADENA, él expresa que rindió un concepto jurídico frente a la situación de sus poderdantes para formar parte en el proceso de contratación y presentar sus argumentos dados en un concepto jurídico, a más que sus poderdantes no recomendaron contratar con COACREMAT.

Expresa que dentro del expediente disciplinario no existe prueba alguna determinante de que sus poderdantes hayan violado las disposiciones y principios de la función pública, y más aún que hayan incurrido en una conducta disciplinable susceptible de reproche por parte de la Procuraduría Regional de Nariño, resaltando que las implicadas estaban plenamente convencidas de la legalidad de la contratación de aportes suscrita entre COACREMAT y el ICBF, y su intervención en la misma, desde sus cargos de profesionales especializadas, clasificados en el nivel profesional, y no directivo ni asesor. El hecho de que de acuerdo con la ley se les asigne algunas funciones de coordinación, no les cambia el nivel laboral y no conlleva poder de decisión y dirección, concluyendo que se presenta atipicidad de la conducta por falta del elemento subjetivo.

Enuncia que sus poderdantes no son sujetos de sanción disciplinaria, en atención que el solo hecho de ostentar la calidad de servidoras públicas en su condición de profesionales especializadas con funciones de coordinación del ICBF, no las hace responsables disciplinariamente, y específicamente en el caso que nos ocupa no son responsables de que a pesar de dar a conocer su condición de asociadas afiliadas a COACREMAT, enfáticamente y con fundamentación jurídica, se les informó que no existía obstáculo o impedimento alguno para desempeñar las funciones asignadas como coordinadoras y supervisoras de la contratación cuestionada, debiéndose tener en cuenta que informaron previamente y aún en forma pública en reunión de conducción de los procesos contractuales, además de que quedo plenamente probado de que ellas no recomendaron la suscripción de la contratación, la cual se celebró con anterioridad a la fecha en que ellas son designadas como coordinadoras.

Manifiesta que en el caso que nos ocupa, en gracia de discusión, si se acepta la interpretación de que se incurre en conflicto de intereses, podemos determinar que obraron sin conciencia de que estaban incurriendo en un ilícito disciplinario *“mírese que con eficiencia buscaron mis poderdantes desde el momento de su posesión actuar con fidelidad a los principio (sic) de la función pública, y mírese como inmediatamente son enteradas de la existencia de la contratación entre COACREMAR (sic) y EL ICBF, informaron a las directivas de su condición de afiliadas a esa cooperativa”*.

Revela que sus poderdantes no incurren en conflicto de intereses en atención a:

- Ellas previamente a la contratación de aportes que ocupa a la investigación, en forma expresa manifestaron a la administración, su situación de asociadas afiliadas. Y mírese que para que se estructure este tipo disciplinario, se requiere de una conducta omisiva.
- Es decir, se observo una conducta ética de su parte.
- Igualmente, mírese que no existía un interés directo y personal en la gestión frente a la contratación; no se demuestra, no se resalta un interés en la contratación; no existe un interés que las llevara a parcializarse según su conveniencia personal o su beneficio económico.
- El hecho de ser asociadas afiliadas a la Cooperativa, no genera un interés directo y personal, en la contratación.



Dice que de conformidad con la resolución 494 del 4 de marzo de 2004, personas que desempeñen cargos de nivel profesional pueden ser supervisores de la contratación que celebre el ICBF; y por su parte la resolución 1240 del 9 de julio de 2003, prevé las funciones de los supervisores, que en esencia son las de acompañamiento en la ejecución contractual para lograr la idónea ejecución contractual y la de servir de canal de comunicación con la administración. Dentro de este marco administrativo, fue designada la señora MIRIAN CONSUELO TOBAR PEÑA, como supervisora de la contratación de aportes con COACREMAT, previa conceptualización por parte de la Oficina Jurídica, con previo conocimiento de la Dirección del ICBF, de que no existía impedimento alguno, tomando como fundamento los argumentos jurídicos expuestos por los asesores jurídicos, y que reposan en la prueba testimonial decretada y practicada en la presente investigación. Ahora bien, como quedo probado con la prueba documental, el ICBF contrató igualmente una interventoría externa. Por otra parte, intervinieron otros funcionarios designados en cada municipio, quienes realizaban la supervisión del contrato.

Indica que de la prueba testimonial se establece la ajenidad de sus poderdantes a la celebración de la contratación entre COACREMAT, en el momento en que conocen de sus existencia ya en la ejecución expresan su situación de afiliadas a esta cooperativa, y la administración en forma expresa no les acepta su manifestación e informa que no hay dificultad u obstáculo alguno.

Enseña que sus poderdantes obraron con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, porque ellas dentro de su saber y entender manifestaron su condición de asociadas a COACREMAT, y les fue resulta informándoles con argumentos jurídicos de que no había dificultad u obstáculo jurídico alguno.

VI. CONSIDERACIONES DE LA DELEGADA

Procederá entonces la Delegada a resolver el recurso de apelación interpuesto, revisando únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, para ello se ocupará el Despacho en primer término (i) de analizar lo relativo a la competencia que le asiste a ésta Delegada para conocer de la actuación; posteriormente (ii) efectuará un análisis del proceso con el fin de verificar que no se configuren causales de nulidad, ni que la acción disciplinaria se encuentre prescrita; luego (iii) se analizarán los hechos imputados de acuerdo con el material probatorio recaudado, en confrontación con la impugnación presentada; para finalmente, (iv) tomar la decisión que corresponda.

De la competencia

En el presente caso se investigó y sancionó en primera instancia a OLGA CECILIA GUERRÓN ZAMUDIO y MIRIAN TOVAR PEÑA, en su condición de profesional especializada con funciones de Coordinadora de Centro Zonal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por parte de la Procuraduría Regional de Nariño, respecto de conductas relacionadas con la contratación.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde por competencia a las Procuradurías Delegadas para la Contratación Estatal y a la Procuraduría Delegada para la



Moralidad Pública conocer de las presentes diligencias en segunda instancia, que correspondieron por reparto a esta Delegada.

De la existencia de causales de nulidad y de la prescripción de la acción disciplinaria

Un presupuesto necesario para tomar una decisión de fondo en segunda instancia, está dado por la validez de la actuación cumplida en el proceso. Respecto a este punto hay que indicar que en la ley 734 de 2002 se optó por un régimen de nulidades que parte de la consagración de tres causales genéricas, cuya aplicación a casos concretos se matiza a través de la aplicación de unos principios que, si bien están consagrados en el Código de Procedimiento Penal, resultan aplicables por remisión expresa de la ley disciplinaria. Esas causales remiten al desconocimiento de las reglas de competencia, a la vulneración del debido proceso y a la afectación del derecho de defensa. Enseguida la Delegada se ocupa del análisis de cada uno de estos supuestos en el caso sometido a decisión.

En cuanto a la competencia para conocer del presente proceso disciplinario en primera instancia, se tiene que ella radica en la Procuraduría Regional de Nariño, por cuanto las investigadas para el momento ostentaban la calidad de servidor público del ICBF, con sede laboral en el Departamento de Nariño.

Por otra parte, en lo atinente al procedimiento seguido, la Delegada no tiene reparo alguno, toda vez, que el operador disciplinario de primera instancia respetó la estructura lógica del proceso, siguiendo y cumpliendo adecuadamente todos los pasos exigidos.

Respecto del derecho de defensa, encuentra la Delegada que desde el inicio del proceso les fue respetado a los investigados, notificándoseles en debida forma todas las decisiones, quienes además han contado con una defensa técnica adecuada.

Ahora en cuanto a la solicitud de nulidad, referida a que la formulación de cargos no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 163 del CDU, ya que no se efectúa la descripción y determinación de la conducta investigada, con la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, así como tampoco se hizo una exposición de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta de conformidad con lo señalado en el artículo 43 del CDU, encuentra la Delegada que la apreciación de la defensa no es cierta pues luego de una lectura de la formulación de cargos, se encuentra que efectivamente si hubo una descripción y determinación de la conducta investigada, con la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, y en lo atinente a la exposición de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta de conformidad con lo señalado en el artículo 43 del CDU, es preciso señalar que cuando se trata de una conducta tipificada como falta disciplinaria gravísima, la única salida es calificarla como tal, sin mayores consideraciones. En ese orden la solicitud de nulidad será despachada desfavorablemente.

No se advierte entonces, la existencia de causales de nulidad dentro del trámite del proceso en primera instancia, pues no hubo violación al derecho de defensa del investigado, ni se presentaron irregularidades sustanciales que afectaran el debido proceso, siendo además el fallo proferido por funcionario competente.



De otra parte, la acción disciplinaria no se encuentra prescrita, pues la misma tuvo ocurrencia desde 2006, y a partir de esa época no han transcurrido todavía cinco años.

Del asunto a tratar

Entraremos entonces a estudiar los argumentos expuestos por la defensa, con el fin de determinar si se confirma o revoca la decisión de primera instancia.

En primer lugar, compartimos la apreciación del fallador de primera instancia, en el sentido de que las implicadas al pertenecer como asociadas a la Cooperativa COACREMAT, estarían incursas en conflicto de intereses, al intervenir de cualquier manera en contratos a celebrar o celebrados con dicha cooperativa.

Las disciplinadas tenían la obligación de declararse impedidas para actuar e intervenir en cualquier aspecto relacionado con COACREMAT, en atención a su calidad de asociadas, lo que se traducía en un interés directo de parte de ellas, para que a COACREMAT se le adjudicara los contratos cuestionados y para que su ejecución fuera acorde a lo contratado, obligación contenida en el artículo 40 de la ley 734 de 2002, cuando establece que todo servidor público deberá declararse impedido cuando tenga un interés personal y directo en un asunto sometido a su consideración. Tal disposición tiene su razón de ser, por cuanto toda persona, en este caso servidores públicos, está sujeta a variaciones de su capacidad de juicio cuando intervienen intereses de carácter personal que puedan afectar las decisiones a tomar, por lo que para prevenir cualquier parcialidad, el funcionario afectado debe manifestar su impedimento.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina, establecen que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral intelectual, etc.), en cuanto prive al funcionario de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado y cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el trámite de la recusación. Así las cosas, el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

El conflicto de interés surge cuando según la ley “exista interés directo” en la decisión porque le afecte de alguna manera, o cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con interés particular y directo del servidor público. Se trata, evidentemente de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

En segundo lugar, encontramos que aunque la defensa no acepta plenamente la ocurrencia del conflicto de intereses de parte de sus poderdantes, acude entonces en caso de que su tesis no sea acogida, a tener en cuenta que sus clientes actuaron con la convicción errada e invencible de que su conducta no era constitutiva de falta disciplinaria, posición que comparte este Despacho.

Para respaldar probatoriamente lo anterior, primeramente nos permitimos transcribir los apartes más relevantes de los siguientes testimonios rendidos en el proceso.



1. El señor GUILLERMO VALLEJO DORADO, quien fuera coordinador del Grupo Jurídico del ICBF, Regional Nariño, respondió las siguientes preguntas así:

“[...] Es cierto que en reunión llevada a cabo en el año 2006, previa la contratación de aportes con la Cooperativa COACREMAT, mis poderdantes, manifestaron ser afiliadas a esta Cooperativa. CONTESTO: [...] Si sabíamos, ellas manifestaron y es de conocimiento de la regional especialmente del grupo jurídico [...] PREGUNTADO: Si frente a la manifestación realizada por mis poderdantes, sobre su condición de asociadas afiliadas a COACREMAT, hubo respuesta por parte de la Administración, y esta que sentido y fundamento jurídico tuvo. CONTESTO: Cuando conocimos de esta situación en grupo jurídico y los abogados que ente laboramos, analizamos detenidamente la situación de las afiliadas pero nosotros estimamos conveniente contratar con COACREMAT por cuanto las mencionadas doctoras coordinaban el centro zonal de Tuquerres refiriéndome a la doctora OLGA CECILIA GUERRON, y analizamos que ella no era directiva de la cooperativa y que esta no repartía dividendos o utilidades entre los asociados, razón por la cual consideramos no estar en causal de impedimento para contratar con dicha cooperativa, además y en la contratación que se realiza bajo la coordinación de MIRIAN TOVAR, en donde nuevamente analizamos el objeto social, la normatividad vigente, la situación de ellas como afiliadas, se ha llegado por parte de la administración de que si podíamos contratar, incluso y si mal no recuerdo parece que consultamos con la sede nacional este aspecto, avalando la decisión que se había tomado [...]”.

2. El señor ARTURO HERNANDO CADENA MONTENEGRO, quien fuera miembro del grupo jurídico de la Regional Nariño del ICBF, respondió así:

“[...] PREGUNTADO: En su condición de asesor jurídico del ICBF de Bienestar Familiar Regional Nariño, ha conceptuado sobre la situación de mis poderdantes, en su condición de asociadas afiliadas a COACREMAT y servidoras públicas del ICBF; si su respuesta es afirmativa en que sentido y que fundamento jurídico se tuvo en cuenta. CONTESTO: Si conceptúe al respecto, a raíz de una auditoría de la Contraloría General d(sic) la República mediante la cual se presentó como un hallazgo la situación que se presentó con las servidoras públicas investigadas, en una reunión realizada con representantes de la contraloría, y con posterioridad al mes de abril de 2007, fecha en la cual yo asumí las funciones de coordinador del grupo jurídico, luego de realizar un estudio de las disposiciones legales que a mi criterio son aplicables a este asunto, emití un concepto en el sentido de que las investigadas no están incursas en causal de inhabilidad y/o conflicto de intereses, el fundamento jurídico lo constituye en primera instancia el artículo 98 del código de comercio disposición que define lo que jurídicamente se debe entender como sociedad y como socio [...]”.

3. La señora MARIANA JURADO DE ESPAÑA, quien fuera coordinadora del grupo financiero de la Regional Nariño del ICBF, respondió las preguntas de la siguiente manera:

“[...] Si es cierto que en reunión llevada a cabo en el año 2006, previa a la contratación de aportes con la Cooperativa COACREMAT, mis poderdantes manifestaron ser asociadas afiliadas a esta Cooperativa. CONTESTO: [...] en una de las reuniones previas a la contratación y de seguimiento a este proceso, la doctora OLGA CECILIA GUERRON, manifestó su calidad de asociada a la cooperativa COACREMAT en el momento en que se revisaban las propuestas y documentos tendientes a la contratación, igual manifestación hizo la doctora MIRIAN TOVAR. PREGUNTADA: Si frente a la manifestación realizada por mis poderdantes, sobre su condición de asociadas afiliadas a COACREMAT hubo respuesta por parte de la Administración, y esta que sentido y fundamento jurídico tuvo. CONTESTO: Se analizó la información dada por las mencionadas doctoras y el concepto de los abogados quienes son los competentes para aclarar esta clase de dudas, fue de que por tratarse de un contrato de aportes con una cooperativa sin ánimo de lucro lo cual está autorizado por la ley 79 no había ningún problema por ser ellas asociadas, por una parte porque ellas no eran ordenadoras del gasto y por otra porque al tratarse de una ONG sin animo (sic) de lucro no era factible que se vayan a lucrar de algún beneficio de este contrato, además los contratos de aportes que celebra el ICBF vienen con un clasificador del gasto y unos costos fijos tendientes a la atención de los niños, niñas y jóvenes [...]”.

4. La señora IRMA RODRÍGUEZ GARCÍA, miembro del grupo de asistencia técnica, resolvió las preguntas así:

“[...] Si es cierto que en reunión llevada a cabo en el año 2006, previa a la contratación de aportes con la Cooperativa COACREMAT, mis poderdantes manifestaron ser asociadas afiliadas a esta Cooperativa. CONTESTO: Si, estuve en esa reunión donde ellas manifestaron que eran asociadas a COACREMAT. PREGUNTADO: Si frente a la manifestación realizada por mis poderdantes, sobre su condición de asociadas afiliadas a COACREMAT hubo respuesta por parte de la Administración, y esta que sentido y fundamento jurídico tuvo. CONTESTO: Me acuerdo se manifestó en esa reunión que no tenían ningún impedimento en primero (sic) por que ellas no tenían ningún cargo directivo, segundo que COACREMAT era una cooperativa sin animo (sic) de lucro, por tanto no se distribuían dividendos y se hablo de la libre asociación [...]”.

5. El señor JOSE ANTONIO PERUGACHE ESCOBAR, quien fuera coordinador del grupo de planeación y sistemas del ICBF Regional Nariño, respondió las siguientes preguntas así:

““[...] Si es cierto que en reunión llevada a cabo en el año 2006, previa a la contratación de aportes con la Cooperativa COACREMAT, mis poderdantes manifestaron ser asociadas afiliadas a esta Cooperativa. CONTESTO: Si en reuniones de seguimiento al procesos (sic) de contratación la doctora OLGA CECILIA GUERRON Y MIRIAN TOVAR, manifestaron ser asociadas de la cooperativa COACREMAT PREGUNTADO: Si frente a la manifestación realizada por mis poderdantes, sobre su condición de asociadas afiliadas a COACREMAT hubo respuesta por parte de la Administración, y esta que sentido y fundamento jurídico tuvo. CONTESTO: La administración por intermedio del coordinador del grupo jurídico manifestaron que no existía



inhabilidad o incompatibilidad alguna puesto que la cooperativa COACREMAT pertenecía al régimen de economía solidaria y por ende era una entidad sin ánimo de lucro, y que por lo tanto se podía celebrar el contrato de aporte para la ejecución de las modalidades de atención al ICBF [...]”.

También es conveniente traer a colación lo manifestado por las implicadas en su versión libre, concordante con las declaraciones juramentadas anteriormente referidas.

Dice la encartada MIRIAN CONSUELO TOVAR PEÑA, de profesión trabajadora social, que:

“[...] cuando llega la nueva administración y teniendo en cuenta que había mucha dificultad con asociaciones de padres que se veían contratando decide contratar con grandes operadores que tengan la capacidad técnica, la capacidad económica y legal para cumplir con la finalidad de los proyectos, en reunión de seguimiento a los procesos la administración manifiesta tener la intención de contratar con la cooperativa COACREMAT de la cual soy afiliada como una más de las personas que quieren vincularse voluntariamente [...] en la reunión que hice referencia en la cual estaba presente la doctora LILIANA DAVILA HIDALGO y todos los coordinadores y como (sic) coordinador del Grupo Jurídico el doctor GUILLERMO VALLEJO, la doctora OLGA CECILIA GUERRON manifestó que tanto ella como yo, lo cual ratifique eramos (sic) afiliadas y asociadas a la cooperativa, a lo cual el Coordinador Jurídico (sic) manifestó que no existía ningún impedimento legal ni de otra naturaleza que impidiera que el Instituto Contratara con esta cooperativa, puesto que nosotros no eramos (sic) ni del nivel directivo en ninguna de las dos y que por otra parte esta institución era sin ánimo de lucro cuya finalidad es ofrecer a sus afiliados beneficios netamente sociales, criterio que se mantiene hasta ahora por la administración y lo sostiene el nuevo coordinador del Grupo Jurídico como prueba de ello esta la respuesta que le dio al hallazgo encontrado a la Contraloría [...] quiero recalcar que en ningún momento nosotros tenemos ningún interes (sic), en que se contrate con x o y operador [...]”.

Manifiesta la otra disciplinada OLGA CECILÍA GUERRÓN, de profesión nutricionista y dietista, lo siguiente:

“[...] quiero dejar en claro que informé a las administraciones respectivas sobre mi condición de afiliada a la Cooperativa COACREMAT ante lo cual la administración siempre ha manifestado que esto no era factor de impedimento por cuanto COACREMAT es una cooperativa sin ánimo de lucro y no existe distribución de dividendos o utilidades alguna [...]”.

Todo lo anterior, nos lleva a la conclusión de que las implicadas actuaron bajo el convencimiento de no estar incursas en conflicto de intereses, según se lo insinuaron e indicaron otros servidores del ICBF, entre ellos algunos de profesión abogado, cuando pusieron de presente su condición de asociadas a COACREMAT, ante lo cual ellas, una de profesión trabajadora social y la otra nutricionista, tuvieron la certidumbre y confianza de no estar incursas en conflicto de intereses.



Para un mejor entendimiento estudiaremos lo referido al error en materia disciplinaria como causal excluyente de responsabilidad disciplinaria.

De tiempo atrás la Procuraduría General de la Nación, ha señalado en sus providencias que disciplinariamente se aplican los conceptos de error de hecho y de derecho, recayendo el primero sobre presupuestos fácticos del deber infringido, de la colisión de deberes, de la colisión entre deber y derecho y de las excluyentes objetivas de responsabilidad. Y el error de derecho es aquel que recae sobre un elemento normativo o involucra una valoración jurídica.³

Del mismo modo, esta Delegada en anteriores oportunidades ha citado al profesor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, quien enseña que solo es posible aprehender la diferencia entre error de hecho y error de derecho: el primero se presenta cuando recae sobre los presupuestos fácticos, entre los que se cuentan la colisión de deberes, causales excluyentes de responsabilidad o frente al deber sustancialmente infringido, y parafraseando al citado GÓMEZ PAVAJEAU, “el error de derecho se justifica con una interpretación razonable y no claramente absurda o temeraria”⁴. Así, cuando el error recae sobre un elemento normativo o involucre una valoración jurídica será calificada de derecho, como señala el citado autor. Sobre el error de derecho invencible, la jurisprudencia disciplinaria ha dicho:

“Sin duda alguna, objetivamente se quebrantó la ley; empero, subjetivamente nunca estuvo en la mente de la acusada la conciencia de tal quebrantamiento, y soslayar este aspecto comporta, sin más, tal como lo afirmó el magistrado disidente en el fallo del a quo, deducción de las más crasa responsabilidad objetiva, proscrita constitucionalmente, como se ha sostenido invariablemente por esta Sala, por el artículo 29 de la Carta Política al consagrar la palabra “acto”, denotativo de conciencia y voluntad en el proceder del ser humano, notas distintivas del principio de la dignidad que sirve de sustento al orden político – jurídico[...].

Varios aspectos, en tanto el acusador y el fallador a quo quedaron imbuidos en la nota objetiva del cuestionamiento disciplinario, fueron olvidados, y apuntan a pensar que todo fue un error de interpretación, de buena fe exento de culpa, esto es, excusable, con poder suficiente para destruir la estructuración del hecho punible disciplinario [...]⁵.

Ahora, teniendo en cuenta que en el presente caso el error alegado es el de derecho, a continuación trataremos sobre el mismo.

En primer lugar, debemos precisar que para que el error de derecho sea eximente de responsabilidad disciplinaria, debe ser invencible, acotando que *“para que surja el reproche basta que la persona se encuentre en el momento de la realización del ilícito disciplinario en capacidad de actualizar el conocimiento de que procedía contrariamente a derecho”*⁶. En ese orden, cuando el disciplinado tuvo, al menos, la

³ GOMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, Dogmática Del Derecho disciplinario, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición Pág. 393 y 394.

⁴ GOMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, Dogmática Del Derecho disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, PG. 364.

⁵ Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de junio de 1994, con ponencia del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN.

⁶ GOMEZ PAVAJEAU, Ob. Cit. Tercera Edición Pág. 402.



posibilidad de prever que con su conducta desconocería sus deberes y, por lo tanto, estaría incurrido en falta disciplinaria, lo que dicho en otras palabras, cuando tenía el deber de informarse y no lo hizo, su “error” no puede eximirlo de responsabilidad. Al respecto ha dicho la doctrina que *“la relevancia del error depende del asesoramiento o información con que haya contado o con el que debía haber contado para conocer su antijuridicidad o la alta probabilidad de su antijuridicidad”*⁷. Así cuando, el servidor público adquiere los conocimientos exigidos a la diligencia debida y, a pesar de ello, incurre en error, estaremos en presencia de un error invencible y, en consecuencia, no habrá lugar a imputarle responsabilidad. En suma, el error invencible es aquel en que se incurre, luego de haberse agotado todos los mecanismos al alcance para superarlo.

Referente al tema la doctrina dice que *“[...] en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa de sanción. En su punto de partida esta idea no es extraña tampoco a la jurisprudencia, cuando la misma propugna graduar la magnitud del esfuerzo que hay que aplicar para conocer la prohibición ‘según las circunstancias del caso y según el sector vital y laboral del individuo’.”*⁸

Como vemos, la actuación de las encartadas disciplinariamente, dependieron de una valoración jurídica efectuada por otras personas, algunas competentes en temas jurídicos, quienes al asesorar y orientar sobre el asunto, las llevó a considerar que no se encontraban incursas en conflicto de intereses, situación que efectivamente las coloca frente a un error de derecho, pues obraron con el convencimiento invencible de que lo conceptuado se encontraba ajustado a derecho. Ello a la luz de lo contemplado en el artículo 28, los ubica frente a la causal de exclusión de responsabilidad consistente en actuar con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

Así las cosas, la Delegada revocará la decisión apelada, absolviendo de responsabilidad disciplinaria a las acusadas.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Delegado para la Moralidad Pública,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión tomada el día 11 de septiembre de 2008, en audiencia pública dentro de proceso verbal, en cuanto la Procuraduría Regional de Nariño, declaró responsable disciplinariamente a OLGA CECILIA GUERRON ZAMUDIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.796.321 de Bogota, en calidad de Profesional Especializado código 2028 grado 15 con funciones de Coordinadora del Centro Zonal Pasto Uno para el año 2007 y Coordinadora del Centro Zonal Pasto Dos para el año 2008 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño, sancionándola con DESTITUCION en el ejercicio del cargo mencionado e INHABILIDAD GENERAL para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de diez (10) años; y a MIRIAN CONSUELO TOBAR PEÑA,

⁷ NIETO Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Tecnos, Segunda Edición, Madrid 1994, Pág. 315. Citado por Gómez Pavajeau, Ob. Cit. Pág. 403

⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas S.A., 1997, página 878 y ss.



identificada con cédula de ciudadanía No. 30.730.288 en calidad de profesional especializado código 2044 grado 11 con funciones de Coordinadora del Centro Zonal Pasto Dos para el año 2007 y Coordinadora del centro Zonal Tuquerres para el año 2008, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Nariño, con DESTITUCION en el ejercicio del cargo mencionado e INHABILIDAD GENERAL para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de doce (12) años, y en su lugar **ABSOLVERLAS** de responsabilidad disciplinaria, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- NOTIFICAR personalmente a los sujetos procesales la determinación tomada en esta providencia, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno. Para tal efecto, líbrese la respectiva comunicación indicando la decisión tomada y la fecha de la providencia. En caso que no pudiere notificarse personalmente, se fijará edicto en los términos del artículo 107 del Código Único Disciplinario.

TERCERO.- Cumplido lo anterior, devolver el expediente a la oficina de origen, para lo de su cargo.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO ALBERTO RODRÍGUEZ CASTRO
Procurador Delegado

LFCF