

**FICHA TÉCNICA
RELATORIA-SDL****Sistema Integrado
de Gestión - SIG****FICHA TÉCNICA SEGUNDA INSTANCIA****INFORMACIÓN PROCESO**

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2021-044
- DEPENDENCIA QUE LA EXPIDE:	Directora General Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC.
- INVESTIGADO:	FJMM
- CARGO:	ANALISTA IV CÓDIGO 204 GRADO 04
- ENTIDAD:	DIAN - DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE VALLEDUPAR
- TEMA:	CONCUSIÓN
- PALABRAS CLAVES:	BENEFICIO DE AUDITORIA; CORRECCIÓN DE DECLARACIÓN DE RENTA; CONCUSIÓN; TESTIMONIO ÚNICO DE LA VÍCTIMA; ELEMENTO SUBJETIVO; METUS PUBLICAE POTESTATIS; COMPORTAMIENTO TRIBUTARIO.
- INSTANCIA	SEGUNDA

ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos Disciplinariamente Relevantes**

Las actuaciones se iniciaron en virtud de información suministrada a la Subdirección de Asuntos Disciplinarios de la DIAN, por la señora Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Valledupar, en torno a presunta conducta irregular del servidor FJMM, conforme a queja instaurada por un contribuyente, quien puso en conocimiento que el día 30 de diciembre de 2020 fue citado por aquel a un establecimiento comercial de Valledupar, con el fin de hablar sobre una investigación tributaria, reunión en la cual le solicitó la suma de \$ 50.000.000, para ayudarlo en el trámite del expediente.



FICHA TÉCNICA RELATORIA-SDL

**Sistema Integrado
de Gestión - SIG**

Al verificarse por la Seccional, se constató que aquel servidor tenía a cargo un expediente contra dicho usuario, por el impuesto a la Renta del año 2019.

Reseña procesal

Por Auto de fecha 22 de diciembre de 2022 se formuló pliego de cargos contra el servidor FJMM, imputándole un cargo único, conforme al numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, vigente para la época de los hechos, con remisión, desde el punto de vista objetivo, a la conducta descrita en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000- Código Penal, relativa a concusión, por presuntamente haberle solicitado al contribuyente AFMM, el día 30 de diciembre de 2020, durante un encuentro que sostuvieron cerca de un supermercado D1 en Valledupar, la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), para ayudarle en el trámite de un expediente relacionado con el impuesto de renta del año 2019.

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

Mediante Resolución No. 17317-00006 de fecha 8 de abril de 2024 se profirió fallo de primera instancia, declarando la responsabilidad disciplinaria del servidor FJMM, por la conducta señalada como falta en el auto de cargos, y en consecuencia se le impuso sanción de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL PARA EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS, frente al cual interpuso recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Problema jurídico.

Verificar por vía de apelación, si en la actuación desplegada por el servidor FJMM concurren los elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria: tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, atendiendo los aspectos planteados por la recurrente.

Análisis y consideraciones jurídicas de instancia

Precisó que conforme al artículo 234 de la Ley 1952 de 2019, el ámbito funcional de la instancia se circunscribe a revisar únicamente los aspectos impugnados y los que resulten inescindiblemente vinculados al análisis de los elementos estructurales de la falta disciplinaria.

Para entrar en materia se precisó que de acuerdo con los motivos de disenso de la apelante con la decisión sancionatoria de primera instancia, el planteamiento inicial a estudio se enfoca a establecer si dicho proveído adolece de falsa motivación y si vulneró el debido proceso.

Ello teniendo en cuenta que si bien con el recurso no se presentó en forma directa ninguna solicitud de nulidad, en la sustentación se aludió a la falsa motivación de la decisión disciplinaria, derivada de una indebida valoración probatoria, lo que habría afectado su validez,

situación que amerita un pronunciamiento sobre el tópico, aunque no como una solicitud autónoma de anulación, sino como parte de los planteamientos esgrimidos en el medio impugnatorio.

Con dicho propósito el Ad quem trajo a colación variada jurisprudencia del Consejo de Estado, referida a que la causal de nulidad basada en la falsa motivación implica que el acto administrativo se encuentre motivado total o parcialmente, y que los argumentos expuestos no sean acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que significa que dicha causal se estructura alrededor de la evidente divergencia que exista entre la realidad fáctica y jurídica que inspira la creación del acto y la motivación en que la administración lo sustenta.

También se refirió a pronunciamientos de dicha Corporación, en torno a la carga de sustentación que tiene quien alega dicha causal- *onus probandi*, conforme a la cual quien alega la falsa motivación debe demostrar las razones específicas de hecho o de derecho por las que el acto administrativo incurre en aquel vicio de nulidad, y ameritar la destrucción de la presunción *iuris tantum*, esto es la presunción de legalidad que reviste todo acto administrativo.

Consideró que en este caso la recurrente se limitó a cuestionar de manera ambigua y generalizada la falsa motivación del fallo, pero sin cumplir a cabalidad con la obligación procesal de sustentar en debida forma su argumento defensivo, en tanto era necesario presentar una antítesis debidamente desarrollada, planteando un escenario de confrontación dialéctica que permitiera ponderar si le asiste razón al A quo en su postura, o si por el contrario la tiene la apelante, lo cual aquella no satisfizo, vista su deficiente fundamentación, donde no formuló contrargumentos concretos para refutar los motivos del fallo de primera instancia.

En tal virtud se tuvo por no acreditada la concurrencia de la causal de nulidad por falsa motivación.

Se precisaron los restantes puntos materia del recurso de apelación interpuesto por la defensora del investigado, que se circunscribieron a alegar inconsistencias en el análisis del material probatorio, al haber la instancia dado por sentado que fue el servidor quien propició el encuentro con el contribuyente, y otorgarle plena credibilidad a las afirmaciones del quejoso en torno a la realización de la conducta concusionaria, pues en el sentir de la recurrente fue errada la valoración que se efectuó de la prueba testimonial, y por el contrario considera que aquella contiene elementos que desdibujan la certeza sobre la ocurrencia de la conducta.

Se dolió igualmente de que el A quo asumiera una postura de protección incondicional en torno al comportamiento tributario del contribuyente quejoso, del cual la apelante resaltó varios pormenores que denotarían una conducta tendiente a la evasión, corroborada a su óptica por los testigos auditores, en tanto aquel desde vigencias pasadas venía desplegando un actuar desleal, en contraposición a las acciones del servidor implicado, tendientes a proteger los intereses de la DIAN.

De otro lado, adujo que el quejoso no grabó la conversación que sostuvo con el funcionario, pese a ser abogado litigante, ni instauró la denuncia penal, omisiones que considera contrarias a la lógica y a las reglas de la experiencia; y cuestionó que el fallador de primera instancia le restara trascendencia a ese aspecto, siendo que el afectado aseguró haber sentido temor por su vida y la de los suyos.

Sostuvo también que la prueba indiciaria con base en la cual se le endilgó responsabilidad a su defendido, no demuestra en grado de certeza la petición dineraria, y que la versión del quejoso en sus diversas intervenciones presenta profundas incongruencias, al evidenciarse que de manera secuencial y progresiva fue añadiendo detalles, para hacer más creíbles sus dichos.

Resaltó que la suma de dinero que supuestamente pidió el servidor, superaba la que de manera legítima debía pagar el contribuyente a la DIAN, y que se estableció la responsabilidad sin que mediara prueba directa, sino bajo meros indicios y otorgando valor a las afirmaciones temerarias del mismo y a los dichos de testigos, que considera sospechosos, por su vínculo de cercanía con el quejoso.

Solicitó se reconociera la atipicidad de la conducta de concusión, por falta de acreditación de la solicitud dineraria, y se revocara la decisión de primer grado, para absolver de responsabilidad a su defendido.

El fallador de segunda instancia inició el abordaje de los elementos estructurales para la configuración de la conducta de concusión, indicando que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia exige la concurrencia de: a) Sujeto activo calificado- el servidor público; b) el abuso del cargo o de las atribuciones; c) la ejecución de cualquiera de los verbos: constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas; y d) relación de causalidad entre el acto del servidor público y la promesa de dar o entregar el dinero o la utilidad indebidos.

Para el análisis de los mismos en el presente caso, señaló encontrarse acreditada la calidad de servidor público del investigado, y que en desarrollo de sus funciones tuvo a su cargo el trámite administrativo contra el contribuyente quejoso, por lo cual tuvo acceso a la información del mismo, a quien llamó, y sostuvieron un encuentro el día 30 de diciembre de 2020, en horas de la tarde, por fuera de la sede de la DIAN, en una vía pública, donde conversaron al interior de un vehículo.

Se efectuó un recuento de la prueba testimonial recaudada, detallando a qué declaraciones se les otorgó un alto grado de veracidad y convicción, por la coherencia y similitud en la reconstrucción histórica de lo ocurrido, en concordancia con lo depuesto por el quejoso.

Se ilustró sobre las categorías de testigos de oídas y su valoración probatoria, señalando que en este caso los testigos de dicha naturaleza lo fueron de primer grado, en tanto lo narrado lo

escucharon directamente de la víctima de la conducta, aspecto que les confirió mayor fiabilidad y fortaleza, aunado a que no se demostraron las alegadas contradicciones en los mismos.

Se advirtió que adicionalmente confluyeron en el plenario otros medios de convicción, con la capacidad de respaldar las atestaciones de aquellos testigos, y que la valoración conjunta de las pruebas otorgó certeza y veracidad sobre la ocurrencia de los hechos.

Se trajo a colación lo narrado por varios de los otros declarantes, y se hizo referencia a criterios jurisprudenciales para la valoración de la prueba testimonial bajo los parámetros de la sana crítica.

Se consideró entonces que el análisis de aquella efectuado en el fallo de primera instancia fue adecuada, sin que se vislumbrara incursión en desafueros contrarios a la lógica y a las reglas de la experiencia, ni que se desatendieran los principios de la crítica razonada.

Se precisó que los sujetos procesales no lograron demostrar que la versión del quejoso fuera amañada, ni ajena a la realidad, en tanto no existe ningún fundamento con sustento probatorio para pensar que su relato se tratara de una creación fantasiosa, ni mucho menos malintencionada para perjudicar al disciplinable.

Se hizo referencia a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, alusiva a que es posible probar el delito de concusión con el testimonio único de la víctima, no obstante, se puntualizó que en este caso no se impuso la sanción disciplinaria con fundamento exclusivo en el testimonio del quejoso, sino con base en diversos elementos de convicción idóneos y con suficiente fuerza probatoria, que llevaron al convencimiento de que el servidor abusó del cargo, al valerse de su investidura y de la información tributaria que en su condición de auditor tenía del contribuyente, para utilizarla al margen del ordenamiento jurídico, pretendiendo obtener una contraprestación económica, en virtud de un mensaje implícito de consecuencias nocivas en torno a la elevada suma que supuestamente aquel debía pagar por la corrección de la declaración de renta del año 2019.

Consideró el Ad quem que el fallador de primera instancia logró demostrar en grado de certeza, con base en la labor probatoria adelantada, atendiendo al principio de investigación integral y el análisis realizado a la información, que el implicado, abusando de su investidura como funcionario de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Valledupar, le solicitó indebidamente dinero al contribuyente AFMM, a cambio de ayudarlo en el trámite de la investigación que le estaba efectuando por el impuesto de renta del año gravable 2019, conducta que generó un impacto capaz e idóneo para suscitarle temor, por lo que no comparte la alegación de la defensa dirigida a desconocer la ocurrencia de la falta disciplinaria.

Desestimó el argumento de la recurrente en torno a la ausencia del elemento subjetivo subyacente en la víctima de la conducta concusionaria, denominado miedo al poder público, teniendo en cuenta que omitió su carga procesal de controvertir las razones por las cuales el

fallador de primer grado consideró que dicho elemento se había configurado, queriendo desacreditarlo con la simple afirmación de que la interacción entre el servidor y el contribuyente se basó en la confianza, lo cual carece de sustento probatorio, pues por el contrario se demostró que el abuso desplegado por aquel resultó idóneo para minar la voluntad de la víctima, al hacerle creer que para corregir la declaración de renta tendría que pagarle a la DIAN una suma muy alta, generándole así un panorama alarmante.

En virtud de ello se consideró que las conductas exteriorizadas por el disciplinable fueron suficientes en el cometido de generar presión desde su posición de superioridad frente al particular, en aras de lograr su pretensión económica indebida, lo cual le generó el impacto capaz e idóneo para alterar la voluntad del mismo.

No resultó tampoco de recibo para el Ad quem, la aseveración que pretende desconocer la existencia de la solicitud económica bajo el argumento que la suma supuestamente pedida superaba la que legalmente debía pagar el contribuyente a la administración tributaria, en tanto consideró que dicho planteamiento era reiteración textual de lo ya esgrimido en descargos y alegatos de conclusión, alegaciones que fueron objeto de análisis y valoración jurídica suficiente y motivada en el fallo de primera instancia, soportada en los elementos de juicio allegados legalmente al plenario, frente a los cuales consideró que la apelante no expuso verdaderos motivos de disenso, como tampoco sustentó razones precisas que indicaran el desacierto o equivocación del fallador de primer grado, pues se limitó únicamente a presentar insistencia en los argumentos plasmados en etapas anteriores, pero omitiendo formular una tesis diversa frente a los motivos expuestos en el fallo.

En torno a los testimonios vertidos por los compañeros de trabajo del servidor implicado, precisó la segunda instancia que aportaron solo apreciaciones sin mayor peso probatorio, e insustanciales para efecto de sustentar la inexistencia de la falta disciplinaria gravísima endilgada al mismo, por lo que no tienen la posibilidad jurídica de demostrar las circunstancias fácticas de los hechos cuestionados.

De otro lado, puntualizó que en sede de tipicidad no se requiere la acreditación de aspectos propios de los procesos tributarios, como tampoco su dinámica, ni el comportamiento tributario del quejoso, mucho menos demostrar cómo es la interacción de los auditores encargados de efectuar el control tributario con los contribuyentes, pues para la configuración de la falta gravísima relativa a concusión se requiere es la materialización de una solicitud económica realizada de manera idónea por el sujeto activo, en atención a la posición preeminente que ostenta dentro de la administración y de cierta superioridad frente a la víctima, presupuestos que en este caso fueron debidamente acreditados por el fallador de primer grado, con base en los elementos de juicios allegados al plenario.

Frente a las incoherencias planteadas por la apelante sobre el relato del quejoso, consideró que constituyen una reiteración de lo expuesto en los alegatos precalificatorios, que ya fueron objeto de análisis en el fallo de primera instancia.



FICHA TÉCNICA RELATORIA-SDL

**Sistema Integrado
de Gestión - SIG**

Precisó igualmente que lo argüido por la recurrente atañe a cuestionamientos intrascendentes, que carecen del tenor necesario para desacreditar la credibilidad otorgada al testimonio rendido por el contribuyente afectado.

Frente a la crítica de la Defensa por la conducta del quejoso, al no haber instaurado la denuncia penal, la cual encuentra sospechosa, indicó el Ad quem que no se puede pasar por inadvertido que aquel puso en conocimiento la situación irregular ante la Directora de la DIAN Seccional Valledupar, actitud que denota rechazo por el engaño y las presiones ejercidas por el servidor implicado.

Resaltó que a lo largo de la impugnación, la defensora refutó la valoración probatoria que el fallador de primer nivel efectuó a los elementos de juicio allegados al plenario, tildándola de subjetiva, sesgada y arbitraria, sin embargo de sus argumentos se deduce sin mayor esfuerzo la carencia de fundamentación, pues se basaron en simples afirmaciones, pero sin demostrar la transcendencia de la indebida valoración alegada, y omitiendo señalar los medios de persuasión que a su juicio fueron valorados con desconocimiento de la sana crítica, es decir no indicó cuál principio de la lógica, ley de la ciencia o máxima de la experiencia fue ignorada, o cuál es el postulado correcto, como tampoco señaló de manera específica qué infirió la autoridad disciplinaria, ni cuál fue el mérito demostrativo que se le otorgó al medio de conocimiento cuya valoración se cuestiona.

Precisó entonces que la recurrente, en cumplimiento de su obligación procesal, debió motivar la apreciación correcta respecto de los testimonios y poner de manifiesto que ello habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y favorable a los intereses de su defendido, contrario a ello, se valió de expresiones generalizadas, ambiguas y carentes de soporte probatorio.

Consideró finalmente el Ad quem, que de la conducta desplegada por el investigado a título de dolo, se advierte la vulneración de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública, señalados en el fallo sancionatorio de primera instancia, toda vez que no hay duda que con la actuación cuestionada se alteró el correcto funcionamiento del Estado.

Se concluyó por tanto que en el fallo de primer grado se demostró la existencia de la conducta contentiva del ilícito disciplinario, su naturaleza sustancial y la culpabilidad, por lo cual mediante la Resolución No. 007 de fecha 14 de agosto de 2024 se confirmó en su integridad el fallo de primera instancia.

RESUELVE DE SEGUNDA INSTANCIA



**FICHA TÉCNICA
RELATORIA-SDL**

**Sistema Integrado
de Gestión - SIG**

"PRIMERO: CONFIRMAR el numeral primero del fallo de primera instancia, a través del cual la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, declaró disciplinariamente responsable del cargo formulado a **FJMM**, vinculado en calidad de Analista IV, Código 204, Grado 04 de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Valledupar de la DIAN, por las razones consignadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral segundo del fallo de primera instancia, mediante el cual la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, impuso a FJMM, la sanción disciplinaria de Destitución del cargo e Inhabilidad General para el ejercicio de función pública por el término de diez (10) años, conforme lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión."