

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

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-044
- PONENTE:	Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.
- INVESTIGADOS:	J.M.T.M.
- CARGO:	Analista II Código 202 Grado 02, ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Coactiva II de la División de Gestión de Cobranzas.
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Bogotá
- TEMA:	Delito definido como prevaricato por acción, toda vez que, con ocasión a su cargo y como servidor de la DIAN profirió la Resolución, donde ordenó el desembargo de unas sumas de dinero del contribuyente contrariando la ley.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

El proceso disciplinario objeto de análisis se inició por informe de la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, quien, mediante correo electrónico de 23 de febrero de 2018, puso en conocimiento unos hechos presuntamente irregulares dentro del expediente de cobro, adelantado contra el contribuyente **C.R.M.G.SAS**, por obligaciones tributarias de renta de los años 2014, 2015 y 2016, en el cual, el señor **J.M.T.M.**, en condición de Analista II Código 202 Grado 02, ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Coactiva II de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá de la DIAN, profirió la Resolución de Desembargo, de 2 de febrero de 2018, donde ordenó el desembargo de unas sumas de dinero, sin que, a la fecha del citado informe, se evidenciara el pago de las obligaciones fiscales e intereses,

Reseña procesal

Con auto de 26 de febrero de 2018, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias ordenó indagación preliminar en averiguación de responsables, donde decretó como prueba inspección administrativa al proceso de Cobro Coactivo adelantado contra la **C.R.M.G.SAS**, con el fin de identificar a los funcionarios de la DIAN que tuvieron a cargo el expediente. La Subdirección de Investigaciones Disciplinarias ordenó, entre otras pruebas, escuchar en diligencia de declaración a los señores **J.S.**, Jefe del GTI Persuasiva I y a **E.S.S.** Jefe del GIT de Facilidades de Pago de Impuestos Seccional Bogotá, con el objeto de que explicaran el procedimiento que se adelantó

dentro del proceso de cobro coactivo.

El 13 de marzo de 2018, la Subdirección de Investigación Disciplinaria de la Agencia ITRC ordenó vincular a la actuación disciplinaria al señor **J.M.T.M** en su condición de Analista II Código 202 Grado 02 ubicado en el Grupo interno de Trabajo de Coactiva II de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá de la DIAN, quien como resultado de la Inspección administrativa realizada al proceso de cobro coactivo del contribuyente, aparece como el servidor que profirió la Resolución de Desembargo, Decisión que fue notificada personalmente al investigado el 23 de marzo de 2018, como consta en acta.

Agotada la fase preliminar, mediante Auto, la Subdirección de investigaciones Disciplinarias citó a audiencia de proceso verbal al señor **J.M.T.M**, donde le imputó la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que su acompañamiento, objetivamente podría encuadrarse en la descripción típica consagrada como delito descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, definido como prevaricato por acción, toda vez que, con ocasión a su cargo y como servidor de la DIAN profirió la Resolución, donde ordenó el desembargo de unas sumas de dinero del contribuyente, con fundamento en el artículo 32 de la Ley 863 de 2003, situación manifiestamente contraria a la ley, ya que el párrafo de dicha normatividad no estaba vigente y por ende no era aplicable al caso, desconociéndose así los requisitos Regales establecidos por el Estatuto Tributario para ordenar el levantamiento de medidas cautelares.

El 13 de septiembre de 2018, el subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC luego de practicar la totalidad de las pruebas solicitadas, dio continuación a la audiencia pública y ordenó correr traslado para alegar de conclusión, alegatos que, fueron presentados por la defensora del investigado. La apoderada radicó ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias escrito de recusación contra los funcionarios de la Agencia ITRC, que adelantaron el proceso disciplinario, argumentando que, había incurrido en la causal de recusación contenida en el numeral 4 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002, que establece "(...) haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación (...)"

La argumentación de la recusación, básicamente, fue sustentada en el sentido que dentro de una actuación penal adelantada por la Fiscalía 98 adscrita a la Dirección Especializada contra Bandas Criminales de Bogotá, en la cual se encontraban investigados algunos funcionarios de la DIAN, entre ellos el disciplinado, se practicó prueba testimonial a una funcionaria de la DIAN, en la que manifestó que se había enterado que en el proceso disciplinario se iba a proferir fallo sancionatorio, sin que se hubiera adelantado aún audiencia de fallo por parte de la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia TTRC, por lo cual la defensa dedujo que se realizaron opiniones por fuera del proceso disciplinario sobre el sentido del fallo adicionalmente, argumentó de manera específica que el 24 de septiembre de 2018, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, se comunicó con el Fiscal, que para el momento de los hechos apoyaba a la mencionada Fiscalía 98, para hacer manifestaciones frente a lo desarrollado dentro de la actuación disciplinaria, información que, según ella, sirvió como sustento probatorio para solicitar la medida de aseguramiento.

En audiencia pública de 23 de octubre de 2018", el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, no aceptó la causal de recusación alegada y negó haberse reunido con el Fiscal o funcionarios de la DIAN que hubieran rendido testimonio dentro del proceso penal, y agregó que la recusante no manifestó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se pronunciaron las opiniones censuradas, por lo que, los hechos enunciados resultan ambiguos y no se puede inferir que él, como Subdirector de Investigaciones Disciplinarias fuera quien realizó dichas afirmaciones. La Dirección General de la Agencia TTRC, negó la recusación formulada, considerando que no era posible inferir que el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias hubiese emitido alguna información o juicio anticipado respecto de la naturaleza del fallo, ni que haya tenido contacto personal, ni telefónico con los funcionarios que rindieron testimonio dentro de la investigación penal.

El 7 de noviembre de 2018, la defensora de confianza mediante correo electrónico elevó recurso de reposición y en subsidio apelación" contra el Auto, suscrito por la Directora General de la Agencia ITRC, considerando nuevamente que, en audiencia de solicitud e imposición de medida de aseguramiento dentro del proceso penal adelantado contra el señor **J.M.T.M**, el Fiscal 76 manifestó que "(...) El día de ayer me enteré, que ya iba a salir fallo administrativo Disciplinario en contra del mismo (...)". Agregó, que el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias para la época de los hechos, manifestó en audiencia del 23 de octubre de 2018, que con ocasión de la noticia de prensa entabló conversación con el mencionado Fiscal, lo que resultó abiertamente violatorio del derecho de defensa, contradicción, investigación integral, presunción de inocencia y principio de lealtad procesal.

La Dirección General de la Agencia ITRC, con auto de 4 de diciembre de 2018, reafirmó los argumentos sobre la no configuración de la causal de recusación interpuesta por la recurrente contra los funcionarios instructores del proceso disciplinario y por ende resolvió no reponer el Auto.

Mediante Resolución de 17 de diciembre de 2018, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, profirió fallo de primera instancia contra el señor **J.M.T.M**, en condición de Analista II Código 202 Grado 02, ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Coactiva II de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá de la DIAN al encontrarlo responsable de la conducta establecida en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consecuente con el tipo penal de prevaricato por acción consagrado en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, imponiéndole una sanción de destitución e inhabilidad general de 11 años.

Mediante escrito de 19 de diciembre de 2018, la defensora del apoderado presentó de manera oportuna recurso de apelación.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA – SUSTENTACIÓN DEL RECUSO – CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Procede el Despacho a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensora del investigado **J.M.T.M**, por las presuntas irregularidades presentadas en la expedición de la

Resolución de Desembargo, dentro del proceso de cobro coactivo adelantado al contribuyente **C.R.M.G.SAS**.

(...)

Respecto con lo manifestado por la defensora del investigado, en cuanto a que no se configura el tipo penal, considera esta segunda instancia que según lo establecido en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 se advierte que "(...) El servidor público que profirió resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)"; es decir que los presupuestos fáctico objetivo de la norma transcrita se encuentra constituido por 3 elementos a saber: **1)** un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; **2)** que el mismo profiera resolución, dictamen o concepto; y **3)** que estos pronunciamientos sean manifiestamente contrarios a la ley, esto es, no basta que la decisión sea ilegal, sino que la disparidad del acto respecto al ordenamiento no admita justificación alguna.

En cuanto al primer presupuesto, está acreditado dentro del plenario la calidad de servidor público que, para la época de los hechos, ostentaba el señor **J.M.T.M**, en calidad de Analista II, cargo que desempeñaba desde el 22 de junio de 2017, como consta en la certificación proferida por la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN; en este punto, es importante resaltar que en el mismo documento consta que fue asignado como Jefe de Grupo desde el 14 de septiembre de 2017 y hasta el 14 de diciembre de 2017.

Respecto del segundo requisito, se encuentra demostrado que el Investigado profirió la Resolución, desembargaron unas sumas de dinero en favor del contribuyente.

En cuanto al tercer requisito, comparte esta segunda instancia lo manifestado por el a quo, en cuanto que, se Cumple con lo establecido en la conducta y el tipo penal endilgado en el pliego de cargos, toda vez que, el procedimiento de la resolución motivo de esta actuación disciplinaria es manifiestamente contraria a la ley, pues esta se fundamentó en una norma que no era aplicable para el caso en concreto, como es el parágrafo del artículo 32 de la Ley 863 de 2003, desconociendo los requisitos establecidos para ordenar el levantamiento de medidas cautelares, es así que, lo que se reprocha penalmente es la evidente contrariedad de lo actuado frente al ordenamiento jurídico, con lo cual se encuentra en la esfera del delito de prevaricato aquellos actos administrativos que llegan a ser inexactos y contrarios a la legalidad en los cuales, ni si quiera recaen sobre tópicos de interpretación normativa.

(...)

Debe entonces precisar este Despacho que, la norma enunciada hace relación a los pagos en efectivo realizados por los contribuyentes y agentes retenedores hasta el 30 de abril de 2004, en relación con deudas vencidas con anterioridad al 1 de enero de 2003, es decir, no para aquellas adquiridas con posterioridad a esa fecha y, lo que buscó el legislador fue establecer un beneficio excepcional incentivar el pago de las obligaciones por parte de los contribuyentes que hubieran realizado un acuerdo de pago antes del año 2003. Es así como el investigado aplicó la norma anteriormente aludida a obligaciones tributarias pendientes de pago a cargo del contribuyente **C.R.M.G.SAS** que existían desde el año 2014 en adelante, pues es indudable que el parágrafo transitorio, fue expedido con un fin específico para recaudar el pago de unas obligaciones tributarias dentro de un tiempo determinado, siendo evidente que, dicha norma no era aplicable al proceso de cobro coactivo del mencionado contribuyente, configurándose el ingrediente

normativo del tipo penal de prevaricato por acción al observarse la manifiesta contradicción del actuar del disciplinado con el parámetro legal indebidamente aplicado para ordenar el desembargo.

(...)

se observa que existe una indebida aplicación de la norma en la resolución de desembargo a favor del contribuyente que resultó ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico, ya que no era necesario, si quiera un ejercicio de interpretación, ni un análisis jurídico sobre la aplicación de la norma, por tener un contenido y parámetros claros en términos de tiempo que hacían perfectamente entendible que las obligaciones del contribuyente sobrepasaban ampliamente el límite temporal establecido en la norma.

Así, en el presente caso, se analizó conforme a lo recaudado en la etapa de investigación que la conducta desplegada por el Investigado **J.M.T.M** cumple con los requisitos exigidos por este último elemento del tipo penal de prevaricato por acción, cual es la manifiesta contrariedad a la ley.

En cuanto lo argumentado por la defensa, respecto a la falta y análisis de pruebas por parte de la primera Instancia, observa este Despacho que, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias practicó dentro de los términos legales una serie de pruebas que dan cuenta de la ocurrencia de los hechos, entre ellas, varias diligencias de inspección administrativa.

En la inspección, se estableció que, el 29 de noviembre de 2017, el representante legal de la Constructora solicitó se otorgara una facilidad de pago de las obligaciones de Renta. La solicitud fue resuelta, en donde el Jefe de Facilidades de Pago de la DIAN, solicitó al contribuyente cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 814 del Estatuto Tributario. Posteriormente reposa la Resolución, por medio de la cual se rechazó la solicitud de facilidad de pago por no cumplir con los requisitos formales ni de garantía.

(...)

En diligencia de inspección administrativa, estableció que, dentro del expediente de cobro coactivo del contribuyente, presentaba obligaciones vigentes por RENTA para los años 2014, 2015 y 2016. De igual forma, se obtuvo por la primera instancia, testimonios de funcionarios de la DIAN, que dan cuenta que al momento de ser proferida por el investigado tenía pendiente el contribuyente pago de obligaciones del impuesto sobre la renta de los años 2014, 2015 y 2016, coincidiendo todos los testimonios que, la norma no era aplicable al caso concreto, toda vez que, dicha regulación, sólo se ajustaba para deudas adquiridas con anterioridad al 1 de enero de 2003.

Comparte esta segunda instancia, lo manifestado por el a quo, a que las pruebas documentales y testimoniales fueron enfáticas y unánimes en señalar que "(...) mientras existan obligaciones en un expediente, se hayan decretado medidas preventivas y no se presenten ningunas de las causales citadas o las que las normas expresamente señalen, no es legal el levantamiento de la medida cautelar(...)".

(...)

en testimonio rendido ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC por el señor **E.S.S** de 7 de marzo de 2018, en condición de funcionario asignado al GIT de Facilidades de Pago de la DIAN, expuso que: "(...) Hay dos maneras para ejecutar el desembargo

que legalmente lo permiten, por el pago total de la deuda y la segunda es por proferir y notificar una resolución de facilidades de pago (...)"

Al ponérsele de presente la copia del acto administrativo de 30 de enero de 2018 indicó "(...) sí, es suscrito por mí y trata de un rechazo de facilidades de pago ya que no cumplió con los requisitos exigidos y no dio respuesta a nuestra comunicación del 15 de diciembre de 2017 (...) El expediente llegó a mi buzón en el GIT de facilidades de Pago sin haberlo solicitado formalmente, o sea a través de correo electrónico, además el contribuyente a esa fecha no había cumplido requisitos y ya se había vencido los términos para esto, por lo tanto se procedió a rechazar la solicitud de facilidad de pago asumiendo que por error lo había trasladado virtualmente al GIT de Facilidades de Pago, además mediante correo electrónico el contribuyente desistió de la solicitud de facilidad de pago (...) Lo solicito cuando el contribuyente completa todos los requisitos de ley y de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Dirección Seccional(...)"

(...)

Reposa dentro del expediente, concepto de 27 de abril de 2018, suscrito por el Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, que expone, en cuanto la aplicación del artículo 32 de la ley 863 de 2003, que: "(...) terminará o se debe retirar, inmediatamente se haya pagado los impuestos, anticipos y retenciones (...)"

Por todo lo anteriormente mencionado, es evidente que se realizó por parte del a quo, una valoración de los medios probatorios recaudados, donde se determinó que se cumplieron los requisitos del tipo penal endilgado establecidos y señalados en el Código Penal. Ahora bien, respecto al argumento presentado por la defensora del investigado, en cuanto que, la resolución de desembargo era plenamente viable y que la primera instancia desconoció la realidad fáctica y jurídica del proceso de cobro coactivo, pues era aplicable lo establecido por los artículos 838 del Estatuto Tributario y 600 del Código General del Proceso.

"(...) Estatuto Tributario - *ARTICULO 838. LIMITE DE LOS EMBARGOS*. El valor de los bienes embargados no podrá exceder del doble de la deuda más sus intereses. Si efectuado el avalúo de los bienes estos excedieren la suma indicada, deberá reducirse el embargo si ello fuere posible, hasta dicho valor, oficiosamente o a solicitud del Interesado (...)"

(...)

Es menester aclarar que la defensa trae a colación normas referentes a los límites y reducción de embargos las cuales no fueron objeto de estudio, toda vez que, la conducta endilgada al disciplinado giró en torno al desembargo total de los dineros con base en la indebida aplicación del artículo 32 de la Ley 863 de 2003, cuya vigencia transitoria y requisitos no eran aplicables al caso del contribuyente. En consecuencia, queda claro para esta segunda instancia que el disciplinado incurrió en la falta disciplinaria contenida en el artículo 48 numeral 1, en concordancia con el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, referente al delito de prevaricato por acción, toda vez que no era procedente proferir la Resolución de Desembargo con fundamento en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 863 de 2003, el cual sólo era aplicable a deudas vencidas con anterioridad al 1 de enero de 2003, y en el caso bajo estudio, el contribuyente tenía pendientes deudas relacionadas con Renta de los años 2014, 2015 y 2016, lo que evidentemente resulta contrario a la ley y a lo manifestado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, respecto a lo manifestado por la defensa, en cuanto a que, el investigado se encuentra incurso dentro de la causal de exclusión de responsabilidad contenida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, por estar frente a la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, esta segunda instancia realiza la siguiente consideración: El error, dentro de la vida jurídica ha estado vinculado al vicio del consentimiento, pero se traduce en términos generales en una discordancia entre la mente y la realidad. Existe, un error de hecho y otro de derecho. El primero, se refiere a una modificación de la realidad. El segundo, recae sobre la existencia, contenido y alcance de la aplicación de la norma jurídica. La Corte Constitucional, establece que el error configura un vicio de la voluntad, sin embargo, sólo se otorga dicho carácter al error de hecho, con exclusión del error de derechos.

(...)

Ciertamente, la segunda instancia, no desconoce el carácter autónomo e independiente que tienen los funcionarios que Imparten justicia, entre otros, los que conforman en esencia el aparato jurisdiccional, porque cada funcionario se apoya en su propio criterio, de suerte que la función del Juez no puede equipararse a la de una simple utilización de un argumento. Circunstancia diferente pasa con aquellos servidores que aplican la ley en la administración pública, que deben regirse por el espíritu del legislador, la norma y los procedimientos establecidos para su aplicación, como es el caso bajo estudio, que se sostiene en la aplicabilidad de un procedimiento reglado, como es el del cobro coactivo respecto a las obligaciones que recaen sobre impuestos.

No obstante, estas decisiones pueden verse susceptibles de ataques constitucionales en los eventos de que se presente un error, ya sea porque se desconoce la Constitución Política, los principios superiores y el bloque de constitucionalidad o se contradice un criterio hermenéutico establecido por las altas Cortes o se establece un desconocimiento injustificado de un precedente establecido por la ley.

En consecuencia, el error de derecho comporta una discrepancia entre el pensamiento del servidor con una situación o realidad fáctica o jurídica, circunstancia que no es predicable en el presente caso, teniendo en cuenta que, en el proceso coactivo adelantado contra el contribuyente. no era procedente la aplicación del parágrafo del artículo 32 de la Ley 863 de 2003, el cual fue expedido con un fin específico y unos parámetros temporales definidos, circunstancias que impedían la configuración del error, pues no se cumplía Con los requisitos para la expedición de la resolución de desembargo con base en esta regulación.

Sumado a lo anterior, se resaltan las características profesionales y de experiencia del disciplinado, toda vez que reposa en el expediente Certificación emitida por la Subdirección de Gestión de Personal, donde consta que el investigado se vinculó a esa entidad desde el año 1990 y que desde el 22 de junio de 2017 ostentaba el cargo de Analista II, verificándose de igual manera que, mediante Resolución de 1 de septiembre de 2017 fue asignado como Jefe del Grupo Interno de Trabajo desde el 14 de septiembre al 14 de diciembre de 2017, lo que permite concluir que contaba con la experiencia y el conocimiento, con los cuales podía establecer, sin duda alguna, qué norma era aplicable al en concreto respecto de las consideraciones que dieron origen a la resolución de desembargo.

En cuanto a la imputación subjetiva de la conducta atribuida al disciplinado a título de dolo, la

Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, argumentó en el fallo de 17 de diciembre de 2018" que: " (...) en lo atinente al elemento volitivo, se estableció que, pese a que este conocía lo ilícito de su comportamiento, dirigió libremente su actuar, sin que su voluntad se hubiera visto afectada o menguada, pues como se indicó con antelación en su comportamiento no opera ningún tipo de error o de inimputabilidad, por ende es claro que el disciplinado actuó consiente en perjuicio del régimen tributario y los procedimientos fijados por la DIAN, de esa manera y como se logró demostrar a lo largo de la investigación la acción desplegada por el implicado fueron con pleno querer y conciencia de su actuar pues al proferir el levantamiento de una medida cautelar con fundamento en una norma que no se encontraba vigente y que no era procedente constituye un acto en que necesariamente media la voluntad y el deseo del operador del sistema, pues el mismo como se indicó en líneas anteriores no puede ser producto del azar o de fallas en el sistema."

así las cosas, de cara al material probatorio allegado al plenario, se tiene que por los conocimientos jurídicos especializados del disciplinado, su experiencia en la DIAN que data desde 1990, especialmente en el cargo de Analista II, y el texto mismo de la disposición indebidamente aplicada, se desvirtúa que el disciplinado en el ejercicio de su cargo y de sus funciones haya interpretado de manera equivocada el alcance y contenido del párrafo del artículo 32 de la Ley 863 de 2003, cuya literalidad no conllevaba la necesidad para el disciplinado de efectuar un análisis jurídico de interpretación, por la claridad de la norma versus la realidad fáctica del contribuyente.

Por otra parte, para agotar, por esta segunda instancia lo expuesto en el recurso de apelación, en el sentido que no se tuvo en cuenta que el proceso culminó con el pago de todas las obligaciones económicas por parte del contribuyente, es importante aclarar que para la consumación de la conducta punible, de prevaricato por acción endilgada al disciplinado, solo se requiere que se haya proferido el acto administrativo de manera manifiestamente contraria a la ley, como lo considera la Corte Suprema de Justicia.

(...)

De lo anotado, este Despacho no comparte lo expuesto por el apelante, en tanto que la conducta punible de prevaricato por acción se configura con la expedición irregular del acto administrativo, por ende, se trata de un delito de mera conducta, acción que se consumó en el momento en que el disciplinado expidió la Resolución de Desembargo. Conforme a lo expuesto y estando de acuerdo con el fallo del a quo, se demostró que, el disciplinado, al proferir el acto administrativo cuya legalidad se cuestiona, vulneró el deber funcional de manera sustancial, toda vez que como servidor del Estado ostenta una relación especial de sujeción y, por lo tanto, se espera que los actos que emita en ejercicio de sus funciones sean acordes con el ordenamiento jurídico, sin estar amparado en alguna de las causales de exclusión de responsabilidad del artículo 28 de la norma referida.

En relación con la calificación de la falta, el grado de culpabilidad y la sanción impuesta por el fallador de primera instancia, el apelante alega la variación del aspecto subjetivo de la conducta para efecto de que sea modificada de dolo a culpa, y por ende la sanción, al considerar que el actuar del disciplinado se produjo en el ámbito de la culpa. Al respecto, esta segunda Instancia establece que dicho argumento no es viable por cuanto el actuar del disciplinado, como se

determinó anteriormente con el análisis del material probatorio, fue a título de dolo.

En cuanto a la dosificación de la sanción, teniendo en cuenta que, la primera instancia calificó la falta como gravísima y se le imputó al disciplinado a título de dolo, procede la aplicación de la sanción de que trata el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, consistente en destitución e inhabilidad general, la cual se fijó en el fallo de primera instancia en el término de 11 años, graduación que se hizo teniendo en cuenta los criterios contenidos en los literales g, i y j del artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

(...)

Es importante mencionar que, esta segunda instancia no Comparte la aplicación del literal j del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, "Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad", por cuanto que, la realidad procesal demuestra que el señor **J.M.T.M** ostentaba el cargo de Analista II, solo tuvo asignadas las funciones de Jefe de Grupo Interno de Trabajo durante el periodo de tiempo comprendido entre el 14 de septiembre y el 14 de diciembre de 2017, asignación realizada mediante resolución, según lo establecido por la certificación proferida por el Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN visible a folio 109 del expediente, lo que quiere decir que, para la época de los hechos, en que se profirió la resolución de desembargo, no se desempeñó como Jefe de GIT, a pesar de esta, encuentra este Despacho que el a quo, aplicó los criterios relativos al grave daño social de la conducta y al conocimiento de la ilicitud, lo cuales hace que esta segunda instancia confirme la sanción impuesta en el fallo proferido por la Subdirección de la Agencia ITRC.

respecto a la solicitud de la defensora del investigado, en cuanto a la aplicación de decisiones anteriormente emitidas por la Dirección General de la Agencia ITRC, debe anotar esta Instancia que, cada caso en concreto tiene realidades facticias y jurídicas diferentes, encontrándose en el caso bajo estudio que, la primera instancia profirió fallo sancionatorio contra el señor, con base en dicha realidad y conforme a las reglas de la sana crítica, por lo cual, no es viable que se profiera por esta instancia decisión contraria, teniendo en cuenta lo actuado dentro del presente proceso disciplinario, que se produjo como resultado del estudio de las pruebas allegadas, normas y los pronunciamientos realizados por las altas cortes, se procederá a confirmar el fallo proferido por la primera instancia.

4. RESUELVE - 2º INSTANCIA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo sancionatorio proferido mediante Resolución de 17 de diciembre de 2018 por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial Agencia ITRC, a través del cual se sancionó con sanción de DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL de 11 años imp esta al disciplinado **J.M.T.M**, al encontrarse probada su responsabilidad por la falta disciplinaria, referente a la conducta punible de prevaricato por acción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR a los sujetos procesales de conformidad con las previsiones legales.

TERCERO: contra la presente decisión no procede recurso alguno.