

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

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2016-059
- PONENTE:	Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	J.A.G.V
- CARGO:	Gestor II, Código 302, Grado 02
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Armenia
- TEMA:	Resolver el recurso de apelación presentado por J.A.G.V contra fallo de primera instancia por peculado por apropiación en favor de tercero, prevaricato por acción y fraude procesal.

2. ANTECEDENTES

Mediante oficio radicado bajo el No. XXX de 15 de abril de 2016, la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia, remitió informe a la Directora de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, en el cual denuncia posibles irregularidades acaecidas dentro del proceso de devolución de saldo a favor del impuesto de renta del años gravable 2007 de la sociedad contribuyente **N.S.SAS** identificada con el NIT XXX, donde se manifestó:

“que la Sociedad Contribuyente **N.S.Ltda** fue inscrita en el RUT el día 7 de febrero de 2005 mediante formulario XXX del Registro Único Tributario en la DIAN de Armenia, instituyéndose como representante legal principal al señor **S.F.H** y como representante legal suplente a la señora **C.A.M.E**. La dirección registrada correspondía a XXX de Armenia – Quindío.

El día 18 de abril de 2008 de forma virtual la sociedad contribuyente de la referencia presenta la declaración rentística del año gravable 2007 con formulario No. XXX Y Radicado No. XXX en el cual liquidó un saldo a favor por valor de XXX. El día 21 de julio de 2009 el señor **S.F.H** presentó ante la División de Gestión de Recaudo Cobranzas de la DIAN de Armenia solicitud de devolución y/o compensación por el valor de XXX correspondiente al saldo a favor liquidado en la declaración de renta del año gravable 2007, lo que originó la apertura del expediente XXX.

Se verificó la información exógena del contribuyente comparada con la información suministrada en la solicitud de devolución referente a la base de retención y la retención en la fuente que le practicaron, verificados los valores más representativos se determinó que la información del contribuyente no coincida con los datos de la información exógena, por tanto, se hacía necesario

verificar las cifras plasmadas en la declaración de renta del año 2007 en aras de establecer la procedencia de la solicitud de devolución del saldo a favor. Se verificó la información exógena de la contribuyente comparada con la información suministrada en la solicitud de devolución referente a la base de retención y la retención en la fuente que practicaron, se determinó que la información del contribuyente no coincidía con los datos de la información exógena, por tanto, se hacía necesario verificar las cifras plasmadas en la declaración de renta del año 2007 en aras de establecer la procedencia de la solicitud de devolución del saldo a favor.

(...)

El día 21 de septiembre de 2010 el doctor **J.R.A.G** en su calidad de jefe de la División de gestión de Liquidación de la DIAN de Armenia, profiere la liquidación oficial No. XXX por medio de la cual se determinó reconocer un saldo a favor por valor de XXX. El día 29 de septiembre de 2010 se realizan dos actualizaciones al RUT de la sociedad mediante formularios consistentes en la modificación del tipo societario al convertirse de Sociedad Limitada (Ltda) a Sociedad Anónima Simplificada (SAS). En el acápite de representación legal se mantiene intactos los datos registrados.

El día 23 de noviembre de 2010 el doctor **J.C.V.E** en calidad de apoderado de la sociedad contribuyente **N.S.SAS**, encontrándose absorbida por la sociedad contribuyente **R.SAS**, presenta reconsideración ante el Grupo Jurídico de la DIAN de Armenia contra la liquidación oficial de revisión No. XXX de la fecha de 21 de septiembre de 2010, mediante el cual se modificó la declaración del impuesto de renta del año gravable 2007, recurriendo la suma de XXX correspondiente a la diferencia entre el saldo a favor autoliquidado por la sociedad contribuyente correspondiente en XXX en la declaración de renta del año gravable 2007 y el saldo a favor determinado por la administración en la liquidación oficial de fecha 21 de septiembre de 2010 correspondiente a la suma de XXX.

(...)

El día 30 de septiembre de 2011 mediante resolución XXX la Doctora **L.D.C.V.** en calidad de subdirectora de gestión de Recursos Jurídicos de la dirección Jurídica de la época, desata el recurso de Reconsideración interpuesto por la sociedad contribuyente **N.S.SAS** absorbida por la sociedad **R.SAS** y donde decide revocar la liquidación oficial de revisión No. XXX de la fecha de 21 de septiembre de 2010 proferida por la división de gestión de la DIAN de armenia, por medio de la cual se modificó la declaración del impuesto de renta del año gravable 2007 y como consecuencia de lo anterior, reconoce la totalidad del saldo inicialmente declarado por parte de la sociedad contribuyente por valor de XXX.

(...)

Mediante resolución XXX del 3 de julio del 2014 se decide solicitud especial de cancelación del RUT proferida por la División de Asistencia al Cliente de la DIAN de Cali, donde se aceptó la solicitud de cancelación del NIT XXX de la sociedad contribuyente **N.S.SAS**. El día 19 de junio de 2015 la División de gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN de armenia mediante resolución ordenó devolver mediante TIDIS la suma de XXX a la sociedad contribuyente, que a la fecha tenía el RUT cancelado.

Este despacho pone de manifiesto que realizados las verificaciones correspondientes en el expediente nos permitimos realizar las siguientes precisiones sobre cada una de las resoluciones proferidas.

1. Resolución XXX de 19 de diciembre del 2014 por medio de la cual se ordenó devolver mediante TIDIS la suma de XXX,

Fue proferida por la parte de la División de gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN de Armenia de forma manual siendo proyectada por el funcionario **J.A.G.V** quien a la fecha lideraba de manera informal el grupo de devoluciones, y quien dentro de sus funciones adelantaba la proyección y revisión de actos administrativos que proferían este grupo, y posteriormente fue suscrita por el jefe de dicha división el doctor **M.J.M.L** quien a la fecha se encontraba reemplazando, a la doctora **F.A.F** quien ostentaba en titularidad de la jefatura y se encontraba disfrutando de su periodo de vacaciones.

En este punto este despacho considera conveniente aclarar que el procedimiento de devoluciones se puede adelantar de dos firmas; en la primera se establece que mediante el servicio informativo electrónico de devoluciones y compensaciones se permite gestionar la devolución y/o compensación de saldos a favor originados en el impuesto sobre la renta y el impuesto a las ventas, el cual es obligatorio su uso a partir del 1 de enero del 2013.

El segundo de los procedimientos corresponde a la radicación y trámite manual, procedimiento contemplado para los casos previstos en el artículo 8 de la resolución 151 de 2014 y para aquellos que se veían tramitando con anterioridad al termino previsto en el artículo 7. Donde se utiliza el aplicativo CIN20 para llevar a cabo la captura de las resoluciones de las solicitudes de devoluciones y/o compensaciones, y que desde su puesta en funcionamiento se enfocó para el IVA pagado por entidades de educación superior y organismos internacionales, compensaciones con Bonos y otros proferidos a partir del mes de enero de 1994. Conviene aclarar que la inclusión en el aplicativo CIN20 corresponde al funcionario sustanciador a quien se le asigna una clave y digita manualmente todos los datos para la construcción del cuerpo de la resolución que decide la solicitud de devolución y compensación que luego de ser capturada y grabada es imprimida para la firma del jefe de División de gestión de Recaudo y Cobranzas.

(...)

Luego esta breve aclaración, es claro que la resolución de devolución debió ser capturada por parte del funcionario que la proyectó en el aplicativo CIN20, sin embargo, al verificarse el mismo se constató que no figuraba la inclusión de la resolución. La resolución en comento fue notificada de forma personal al señor **C.J.C.M.** por parte de la funcionaria **A.M.P.V** adscrita a la División gestión Administrativa y Financiera de la DIAN de Armenia el día 26 de diciembre de 2014 y obteniendo ejecutoria el día 29 de diciembre de la misma anualidad.

(...)

En aras de establecer si el señor **C.J.C.M** se le habría otorgado poder especial o general para notificarse, interponer o desistir del recurso de reconsideración a favor de la empresa **N.S.SAS** y/o **R.SAS** y anulando en que la sociedad se le había aceptado la cancelación el RUT tal como consta en los hechos y donde el señor en ningún momento figuró como representante legal, se solicitó copia autentica de la resolución XXX de 19 de diciembre de 2014 con sus respectivos soportes a la División de Gestión Administrativa y Financiera mediante correo electrónico de fecha 9 de marzo de 2016, obteniéndose respuesta mediante oficio de fecha 16 de marzo de 2016 de dos folios consistentes en la resolución requerida y el formato XXX, sin más documentos anexos y donde no se evidencia poder especial o general para notificarse, interponer o desistir del recurso de reconsideración a favor de la empresa objeto de discusión. En virtud de lo anterior, se adelantó

cruce para determinar las vinculaciones con terceros que posee o llegó a poseer el señor **C.J.C.M** y que reposen en el aplicativo MUISCA arrojando resultados negativos (...).

(...)

Así pues, es claro que durante el procedimiento que se surtió respecto a la resolución XXX de 19 de diciembre de 2014 por medio de la cual se ordenó devolver mediante TIDIS la suma de XXX presenta indicios de irregularidades.

2. Resolución XXX de la fecha 19 de junio de 2015 por medio de la cual se ordenó devolver mediante TIDAS la suma de XXX:

La resolución en cita fue proferida por parte de la División de gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN de Armenia por el aplicativo CIN20 sin que registrara en el acto administrativo el funcionario que proyectó el acto, sin embargo, fue suscrita por el jefe de mencionada división el doctor **A.C.M** quien a la fecha se encontraba reemplazando a la doctora **F.A.F.** que ostenta en titularidad de jefatura de la división y que se encontraba disfrutando de licencia.

Según acta de entrega por renuncia al cargo de jefe de la doctora **F.A.F** informó que el anexo explicativo de la resolución en comento fue aportado vía correo electrónico y escaneado por parte del exfuncionario **J.A.G.V** quien fuera la persona que para la época lideraba de manera informal el grupo de devoluciones y a quien necesariamente se tuvo que recurrir en razón a no encontrarse el expediente, ni las actuaciones en el proferidas según los aplicativos y revisión de las resoluciones de devoluciones que iban a ser objeto de firma por parte del jefe de división. Es conveniente aclarar que en el aplicativo CIN20 la resolución, relaciona un número de expediente diferente al que se digitó en la resolución manual.

El pago de la devolución se realizó con TIDIS, y según consulta del archivo de los TIDIS expedidos, figura la expedición de título del día 30 de junio de 2015 correspondiente a la cuenta XXX, número de expedición XXX a favor de **N.S.SAS** por valor de XXX, negociando en la fecha de 3 de agosto de 2015 a favor de **L.B.SA**.

(...)

En la fecha febrero de 2016 con código Bancolombia XXX se recibe respuesta a la solicitud enviada vía correo electrónico, con la cual la entidad bancaria envía la información referente a la negociación de TIDIS dentro de la cual se observa su trámite por parte del representante legal de la sociedad absorbente **R.SAS**, autorizándose a los señores **M.E.M.** y al señor M.A.O para reclamar el título, de igual manera consta el endoso que se realizará del TIDIS XXX por valor de XXX a nombre de la sociedad contribuyente **L.B.SA**

(...)

Mediante auto No. XXX de 4 de mayo de 2016, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la agencia ITRC ordenó la apertura de la indagación preliminar en responsable por determinar, así como decretar y practicar las pruebas y diligencias relacionadas en las consideraciones de este auto.

Según lo decretado en dicho auto se dispuso "(...) escuchar el testimonio del señor **E.A.A.T**, representante legal de la sociedad **R.SAS**, para que declare sobre lo que sepa y conste del asunto informado, en especial, si conoce al señor **C.J.C.M**, si tuvo conocimiento de las supuestas maniobras realizadas por éste para obtener la devolución de los saldos a favor y si sabe de la participación de

algunos funcionarios o exfuncionarios de la entidad (...). En su calidad de representante legal de la sociedad **R.SAS** y laboratorios **B.SA**, respondió lo siguiente:

"presenté derecho de petición ante la dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia, con la finalidad de obtener respuesta sobre la solicitud de devolución del saldo a favor del año gravable 2007, de la compañía **N.S.SAS** compañía absorbida por **R.SAS**, en trámite de fusión, realizado de fecha 29 de marzo de 2011. En este orden de ideas, se presentó el derecho de petición, con la finalidad de obtener información precisa por parte de la dirección mencionada con relación al estado de la solicitud de devolución del saldo a favor de la compañía, liquidando un saldo a favor de XXX, de las cuales hemos recibido la suma de XXX, a través de la resolución No. XXX de la fecha 19 de junio del 2015, quedando por lo tanto un saldo rematante o pendiente de pago a la fecha de XXX."

Frente al conocimiento que tiene sobre los hallazgos informados por la dirección seccional: "comunico a la autoridad que no tenía conocimiento, ni la compañía que represento, del oficio al que hace referencia en la presente pregunta. Sin perjuicio de lo anterior debo manifestar que los únicos hechos de los cuales tenía conocimiento en mi calidad de representante legal y por ende la compañía que represento, son única y exclusivamente los hechos y actos relacionados en el derecho de petición que interpusiera ante la dirección seccional el día 13 de enero del 2016."

Frente al conocimiento de por qué la DIAN profirió la devolución mediante TIDIS: "no, no teníamos conocimiento de la expedición de esta resolución No. XXX del 19 de diciembre del 2014, emitida a **N.S.SAS** y notificado el señor **C.J.C.M.** el 26 de diciembre de 2014, información que tuvimos acceso el día 10 de marzo de 2016, en respuesta complementaria al derecho de petición, radicado por mi representada el 13 de enero del 2016. Vale la pena reiterar que no tenemos conocimiento de quien es, ni tenemos ninguna relación de cualquier índole con el señor **C.J.C.M** quien se notificó de la resolución XXX."

Mediante auto No. XXX de 13 de octubre de 2016, la subdirección de investigaciones disciplinarias dispuso decretar y practicar determinadas pruebas y en cumplimiento de este, el representante legal y la revisora fiscal de **U.C** dieron respuesta bajo el radicado de 3 de noviembre de 2016 a la información solicitada, manifestando:

"con los señores **J.A.G.V** y la señora **L.D.G.G** se firmó promesa de compraventa el día 01 de agosto de 2014 sobre el inmueble con dirección XXX, por un valor de XXX millones, los cuales fueron cancelados en cuotas desde esta fecha y hasta febrero 2015 para un total de XXX, a la fecha de la escritura fue necesario firmar OTRO SI a la promesa como quiera que la señora **L.D.G.G** no aporte ingresos y el banco de Bogotá exigió excluirla. El saldo fue cancelado con leasing habitacional. La compraventa fue perfeccionada a favor del leasing (...)."

Mediante auto XX del 8 de noviembre de 2016 se ordenó la apertura de investigación disciplinaria a **J.A.G.V - M.J.M.L - A.M.P.V Y A.C.M.** El señor **M.J.M.L**, presentó versión libre de manera escrita, a la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en la que entre otros puntos manifestó:

"(...)inicie labores como jefe de la División de Recaudo y Cobranzas (asignado) el 17 de diciembre de 2014, dos días después, el día 19 de diciembre, estaba en mi puesto de trabajo, desde donde ejercía las funciones de jefe de la División, toda vez que el despacho de la jefatura solo se utilizaba para hacer pagos por medios electrónicos, cuando llego el funcionario **J.A.G.V** con una resolución en sus manos y otros documentos, me los entregó, y me dijo "vea, esta es la resolución para pagar la sentencia", a lo cual pregunte "y el acta de comité?", el contesto "no, esta no va a comité, porque las sentencias no van a comité, ya es una orden de pago y si no pagamos generamos intereses a cargo del Estado", aunque no puedo asegurar si se trataba de la resolución XXX del 19 de diciembre del 2014, porque mientras estuve en el cargo firmé varias resoluciones de devolución y/o compensación, entre otros documentos, pero el procedimiento utilizado siempre era el mismo: **J.A.G.V** traía las resoluciones elaboradas, esperaba mi revisión, la cual consistía en verificar el nombre del contribuyente, su identificación, la cuantía, comparándolos con los documentos soporte de la misma, es decir el acta de comité o la decisión que lo ordenaba, y la firma del coordinador encargado de esos trámites, que para ese momento era el mismo **J.A.G.V**, en su presencia las firmaba y se las devolvía para que continuara con el procedimiento normal (...)"

Se practico diligencia de testimonio najo la gravedad de juramento a la señora **F.A.F**, el 28 de noviembre de 2017, quien laboraba para la División Administrativa y Financiera de la DIAN, ejercía como jefe de División de Recaudo y Cobranzas, así que conoció de los tramites de devoluciones para la época.

"(...) el proceso de devoluciones está muy reglado, no solo por el estatuto tributario, sino por órdenes administrativas, memorandos, circulares. Las devoluciones inician todas con una radicación, el contribuyente interesado en la devolución debe radicar la solicitud. Para esto hay dos procedimientos. Uno es a través del SIE de devoluciones, que es la radicación virtual o por el sistema que hace el contribuyente de su solicitud de devolución y está la radicación manual. Se radica por el SIE, las solicitudes de devolución de impuesto a la renta, inicialmente para todas las personas naturales que tuvieron firma digital y para todas las personas jurídicas obviamente que también tuvieron firma digital.

Este sistema inicio a implementar no en su totalidad, para el año 2013 cuando yo ingrese; por tanto, la mayoría de las radicaciones eran manuales, para ello se llevaba un libro radicador, que incluía un número consecutivo de radicación, la fecha, el nombre del contribuyente, el tipo de impuesto, y su no estoy mal, de una vez se le asignaba un numero de devolución y ahí firmaba el funcionario que la decepcionaba y quien la presentaba (contribuyente). Dentro de la jefatura, se determinó, que para dicha radicación y en razón a los inconvenientes que estaba presentando la misma. Una vez radicados fuera por el SIE o manual, se procedía a hacer reparto de estas a los funcionarios del grupo de devoluciones, a través de un acta; quienes procedían a analizar, si reunían los requisitos o no para continuar con el proceso, sustanciaban todo el expediente, y se determinaba a cuáles procedía devolver y cuales ameritaban enviarse a fiscalización para la investigación previa a la devolución. Una vez sustanciado el expediente en estos términos y previamente, analizado con el grupo y el jefe de división, se solicitaba comité de devoluciones, para que diera la última palabra sobre la viabilidad o no de la devolución.

Una vez llevada al comité y suscrita el acta por todos los funcionarios que conformaban este comité, el cual obviamente tiene reglamentación, se procedía a proferir el acto administrativo. Si se determinaba que era procedente la devolución, el funcionario encargado del expediente daba trámite al acto administrativo que previamente había llevado en borrador al comité. Este acto administrativo era proferido a través del aplicativo CIN20. Para ello se contaba, con rol para captura que lo tenía el funcionario sustanciador y con rol de aprobación si mal no lo recuerdo que lo tenía yo como jefe. Una vez con esta aprobación, se imprimía para la firma de funcionarios competentes. Luego se procedía a hacer su pago, que debía ser, inicialmente cuando empecé la jefatura se hacía por cheque los que no superaban los mil UVTs; toda devolución que superara los mil UVTs, salvo unos casos excepcionales se pagaban con TIDIS (títulos de devolución), que para ello debía surtirse otro trámite y era haciendo uso del aplicativo DECEVEAL, trámite que consistía en capturar todos los datos de la resolución. Esta captura la hacía el funcionario a quien se le asignaba el toquen para ello y era el que ostentaba la calidad de líder y otro toquen de aprobación que era el jefe. (...)”

La subdirección de investigaciones disciplinaria mediante auto de 22 de mayo de 2018 profirió pliego de cargos en contra del señor **J.A.G.V**, como presunto autor responsable de las infracciones disciplinarias gravísimas de peculado por apropiación, fraude procesal y prevaricato por acción. Así como en contra de la señora **A.M.P.V**, como presunta autora responsable de la infracción disciplinaria del artículo 23 de la ley 734 de 2002, ya que contrarió la reglamentación establecida en el instructivo de notificación personal, teniendo en cuenta que en la notificación personal de la resolución que concedía la devolución, no exigió algún documento que permitiera legitimar para su notificación al señor **C.J.C.M** como representante legal, cuyo aporte era obligatorio. Frente a los señores **M.J.M.L.** y **A.C.M** les terminó su proceso.

Luego el 20 de junio del 2018 el apoderado del señor **J.A.G.V** radicó memorial en el que presentó descargos, solicitud de pruebas y alegatos finales donde manifestó que el funcionario antes de tomar la decisión se tome en cuenta los argumentos esbozados por el representado en sus descargos, pero también se evalúen nuevamente los supuestos comportamientos delictivos endilgados, ya que observaba que no existían elementos probatorios para predicar el delito. Así mismo el apoderado de la señora **A.M.P.V**, expresó que los instructivos que se mencionan en los cargos no se aplican según las funciones que la legislación determina para su cargo, cuestión que explica su versión. Además, la señora si exigió en la notificación cuestionada los documentos que los cargos dicen no solicitar y es tan cierto ello que en el expediente disciplinario consta el certificado de la cámara de comercio donde aparece el representante legal. Y que, por otro lado, no tenía acceso a ninguna clase de sistema para confirmar la veracidad del RUT, muchos menos para determinar la legalidad de un certificado de cámara de comercio.

finalmente, la subdirección resolvió en primera instancia

PRIMERO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE J.A.G.V, por las conductas consignadas en el auto.

SEGUNDO: IMPONER a J.A.G.V sanción disciplinaria de **DESTITUCION E INHABILIDAD GENERAL DE 15 AÑOS PARA OCUPAR CARGOS Y EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS.**

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

Debe recordarse que el artículo 171 de la ley 734 de 2002 “otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación (...)”.

(...)

Naturaleza de las resoluciones XXX de 2014 y XXX de 2015. (razón del apelante y consideración de segunda instancia)

Es preciso entrar a analizar lo concerniente de las resoluciones emitidas por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, en aras de determinar si eran resoluciones de cumplimiento en acatamiento a una decisión proveniente del área jurídica de la Administración Tributaria, tal como lo arguye el recurrente, o si se trata de resoluciones de devolución y/o compensación, y así concluir si debían ser o no incorporados al sistema CIN20 en el marco de los reglamentos y normativas estipuladas para tal fin.

a) De la resolución XX del 19 de diciembre de 2014, con destino al expediente numero XXX como fue indicado en el encabezado de dicho documento.

Mediante la mencionada resolución se ordenó devolver la suma de XXX por concepto de renta correspondiente al año gravable 2007 y en la cual se indica en el campo “Clase de Saldo a favor Origen: RESOLUCIÓN RECURSOS RECONSIDERACIÓN”, también se determina que es mediante títulos de devolución (TIDIS). Advirtiéndole al beneficiario que podrá reclamarlos personalmente o por intermedio de apoderado. Las devoluciones “solo servirán para cancelar impuestos o derechos administrados por la DIAN, dentro del año calendario siguiente a la fecha de su expedición”.

Vale resaltar que dicha resolución fue elaborada de forma manual, proyectada por el disciplinado **J.A.G.V** y firmados por **M.J.M.L**, quien ostentaba el cargo de jefe. Según la figura en la denuncia remitida por la DIAN, la resolución no fue cargada al sistema CIN20, procedimiento que fue omitido sin tener en cuenta el carácter obligatorio que rige para los trámites manuales, tal como se indica en lo suscrito por la doctora **A.M.G.R**, Coordinadora de Devoluciones y/o Compensaciones, ella indica que dentro del procedimiento que se cuentan para las solicitudes de devoluciones y/o compensaciones se establece la actividad “Proyectar Acto Administrativo” indicando el aplicativo dispuesto para tal fin, siendo el CIN20. Adicionalmente esta fue notificada de manera personal por **C.J.C.M** quien, para la época de los hechos, no tenía relación con **N.S.SAS**.

b) Por otro lado, se tiene la resolución XXX del 19 de junio del 2015, por parte de la División Gestión de Recaudo y Cobranzas, con destino al expediente número XXX.

Mediante la mencionada se ordenó devolver la suma de XXX por concepto de renta correspondiente al año gravable 2007, y el cual se indica en el campo “Clase de Salto a Favor Origen: LIQUIDADOS EN DECLARACIÓN”.

(...)

Es necesario aclarar que ambas resoluciones no son de cumplimiento, puesto que, de conformidad con la Orden Administrativa del 2002 de la DIAN, una resolución de esta naturaleza “(...) se profiere cuando debe darse cumplimiento a una decisión proveniente, bien sea de la división jurídica de la respectiva Administración o de Tribunales Administrativos o Consejo de Estado (...)”. De esta manera, se debe tener en cuenta que, dado que las resoluciones no fueron proferidas por ninguna de las autoridades anteriormente mencionadas, sino que, como se observa en el expediente fueron

proferidas directamente por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, deben ser consideradas como resoluciones de devolución en razón a lo que en ellas se resuelve. En consecuencia, debían ser cargadas al sistema por parte del disciplinado, por dicho motivo no cabe la razón al apelante, al indicar que “(...) como se observa el aplicativo no contempla la captura de las resoluciones de cumplimiento (...)”.

Respecto del cargo de peculado por apropiación:

El fallo de primera instancia inicia con la verificación de los presupuestos requeridos para que prospere la adecuación fáctica. Por lo anterior, es preciso tener en cuenta que una sentencia de la Corte Suprema de Justicia definió los elementos normativos del peculado por apropiación de la siguiente manera:

“(...) del delito de peculado por apropiación en favor de terceros. El artículo 397 de la ley 599 de 2000 dispone que incurre en el punible de peculado por apropiación el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instrucciones que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

Con relación al elemento objetivo del delito, es necesario recordar que se trata de un ilícito de resultado, doloso, cuya descripción típica exige: **i)** un sujeto calificado, al requerir en el auto la calidad de servidor público, **ii)** el abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares y **iii)** la tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones (...)”.

Se tiene que **J.A.G.V** ostentaba la calidad de sujeto activo calificado, es decir servidor público, en razón al cargo que ejercía en la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas para la época. Adicionalmente, se configuro un detrimento injustificado de los recursos del Estado, pues, en el caso bajo estudio, independientemente de si tenía o no acceso al expediente, se probó que se favoreció a un tercero con la expedición de los títulos de devolución de impuestos TIDIS de la DIAN, quien no gozaba de la legitimidad para recibirlos. Situación valorada por la primera instancia, criterio que comparte este despacho, toda vez que, teniendo en cuenta la jurisprudencia mencionada, se puede establecer que se evaluaron todos y cada uno de los elementos del tipo que conforman el peculado por apropiación.

Argumentó el apelante, que no se demostró dentro del fallo de primera instancia un acuerdo previo entre el sujeto activo calificado con el tercero, pues afirmó que no existió “(...) no existe prueba, documento, testimonio ni ningún otro elemento probatorio o evidencia que indique o implique a mi representado en la apropiación a favor de él o de **C.J.C.M**, de esa suma de dinero (...)” y que “(...) no existió una prueba que permitiera tanto demostrar que mi representado se benefició o sirvió de enlace para que alguien obtuviera un provecho (...)”.

Respecto de dicha vinculación, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia determinado que:

"(...) ATG omite los elementos del delito de peculado por apropiación en favor de terceros y sin ningún fundamento válido pretende que se imponga a la fiscalía la carga de probar alguna relación cercana entre el juez que, mediante su facultad de disposición jurídica, ordena la adjudicación ilícita de dineros públicos y las personas beneficiadas, con lo cual agrega un requisito que no hace parte de la estructura del tipo penal y el que, por la notoria dificultad de demostrarlo, conllevaría a que la mayoría de los casos quedaran en la impunidad incentivando con ello la ejecución de conductas que afecten el patrimonio estatal (...)"

(...)

Se concluye, por parte de la segunda instancia, que para la estructuración del tipo penal no se requiere demostrar el acuerdo propuesto por el apelante y el beneficiario de los títulos TIDIS.

Ahora, en cuanto a la afirmación del apelante en el sentido de que "(...) pero lo que si no sabe en qué obró en asocio con mi poderdante, porque demostró que era el representante legal, no solamente así fungía ante Cámara de Comercio, sino que lo demostró ante la misma DIAN, luego al no demostrarse cómo lo benefició mi representado cuando el acto administrativo era legal y público, porque entonces ahora endilgarle complicidad a mi poderdante en la devolución que se surtió (...)"

Respecto a lo anterior, frente que el señor **C.J.C.M** demostró que era representante legal de **N.S.SAS** por medio de un supuesto certificado de Cámara de comercio, este despacho considera que la falta de disciplinado se surtió al momento de la creación y expedición de la resolución del 2014, al no tener en cuenta el estado del RUT de la empresa **N.S.SAS**, en tanto que de conformidad con la Orden Administrativa de 2002, se establece que el estudio y análisis de las solicitudes de devoluciones y/o compensaciones que debe efectuar el grupo de control de devoluciones y/o compensaciones de la división de fiscalización, el funcionario asignado debe verificar los requisitos anexos a la solicitud, constatando entre otro de los siguientes: consulta el archivo del control de devoluciones y compensaciones, RUT, el sistema de control de gestión, la cuenta corriente integral del contribuyente y el sistema de documentación; para establecer: respecto del beneficiario: el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (...)"

Así las cosas, el funcionario que tenía el reparto del expediente debía verificar los datos del beneficiario, situación que como lo evidenció la primera instancia no realizó el disciplinado, así como tampoco realizó la captura de la resolución del 2014 en el sistema CIN20.

Tanto la emisión del acto administrativo de manera manual sin capturarlo en el sistema CIN20, así como favorecer de manera ilegítima al señor **C.J.C.M** para que accediera a la entrega material de los títulos TIDIS por medio de la notificación de la resolución XXX de 2014, permiten establecer los nexos de causalidad entre la vinculación que existe entre el sujeto activo y el objeto material del delito que ratifican la comisión de la infracción, que llevo al fallador de primera instancia a emitir sanción contra el disciplinado **J.A.G.V**, en razón del cargo peculado por apropiación.

(...)

En virtud de sus funciones, el disciplinado no debió desplegar este tipo de comportamientos, pues como servidor público, se encontraba en el deber de velar por los bienes del Estado y por tanto al ostentar tal condición especial, debió dar cumplimiento a los principios de legalidad, buena fe, y transparencia y, a los deberes de fidelidad, lealtad, diligencia e imparcialidad esperado para con la administración pública.

Como consecuencia de lo anterior, la segunda instancia, estando de acuerdo con el a quo, luego del análisis en conjunto de las pruebas, encuentra que el disciplinado **J.A.G.V** actúo con pleno conocimiento de los hechos y realizo con dolo las actuaciones que configuraron el tipo penal.

Del prevaricato por acción:

El fallo de primera instancia inicia con la verificación de los presupuestos requeridos para que prospere la adecuación fáctica, encontrando que:

Respecto a este delito se debe destacar que se trata de un delito especial que exige un sujeto activo calificado, pues esta conducta solo puede ser cometida por un servidor público; calidad que el disciplinado tenía para la fecha de los hechos, lo cual se encuentra probado dentro del plenario. Ahora en relación con el verbo rector como elemento del tipo objetivo, no existe duda y esta plenamente aprobado que el señor **J.A.G.V**, proyecto la resolución del 2014, en donde se ordenó el pago de la devolución RENTA 2007 a favor de la empresa **N.S.SAS** con RUT cancelado, tal como se observa en el documento contentivo de dicha resolución, actuación que para esta subdirección lo ubica como el emisor.

El señor, hizo caso omiso a lo ordenado en el artículo 720 del Estatuto Tributario, ya que anoto en el acto administrativo que NO procedía el recurso de reconsideración, conducta totalmente contraria a la ley, mas aun, cuando palabras después de esta negativa se habla de los términos para interponer dicho recurso, dejando claro que la única intención era acelerar la firmeza del acto para que la DIAN girara los recursos a la cuenta indicada por **C.J.C.M** para su depósito.

(...)

La defensa en su escrito de apelación argumentó: "Y si tenemos en cuenta un par de resoluciones de la DIAN, tanto de Pereira como de Armenia, en circunstancias análogas a la que es objeto de sanción disciplinaria, por cuanto se incurrió en el delito de PREVARICATO POR ACCION, es a mi modo de ver una interpretación por parte de funcionario que elaboro la resolución y por supuesto apoyada en actos similares y en normas de cuya interpretación no puede decirse que es contraria a la Ley, no se implica la persona cuando solamente está generando un concepto ligado a una interpretación de la norma o porque hay antecedentes similares para tomar la decisión, porque no se obra contrario a la Ley, se interpreta y en este sentido se debe demostrar en forma vehemente que hubo dolo, conciencia de adoptar una decisión evidentemente contradictoria que no fue precisamente las razones por las cuales se le atribuyo este cargo especial".

(...)

Para que la acción disciplinaria surta efecto respecto del prevaricato, procede preguntarse si frente a la proyección del acto administrativo el funcionario incumplió un deber o incurrió en una prohibición.

Como primera medida, se debe tener en cuenta que para un acto administrativo produzca efectos jurídicos y pueda ser acatado, debe gozar de validez y eficacia. Por su parte la validez se desprende de que un acto administrativo se encuentre acorde con el ordenamiento jurídico vigente y por tanto estos poseen una presunción de legalidad, así pues, para que un acto administrativo sea valido debe ser expedido por autoridad competente y de acuerdo con las normas propias del procedimiento;

en tanto que la eficacia se evidencia en la producción de manera directa de efectos jurídicos del acto administrativo, para lo cual este debe haber sido debidamente publicado, es necesario mencionar que la eficacia surge en el momento mismo en que se ve manifestada la voluntad la Administración, esto quiere decir, que desde el instante en que nace a la vida jurídica está llamado a producir efectos jurídicos.

(...)

De acuerdo con lo anterior, es menester manifestar que le señor **J.A.G.V**, entre sus funciones de Gestor, no tenía la atribución de suscribir actos administrativos, pues como mero proyectista presenta proyectos a consideración de quien en la entidad debe tener la competencia para expedirlos, esto deja claro, para la segunda instancia, que el primer requisito del tipo penal, es decir el sujeto activo calificado, endilgado en el cargo al funcionario no se encuentra en el delito de prevaricato por acción, en tanto, se reitera, para que un acto administrativo este llamado a producir efectos jurídicos debe realizarse su suscripción por parte en funcionario competente. En este caso, el disciplinado no fue quien suscribió el acto administrativo objeto de controversia, por lo cual el prevaricato por acción no está llamado a prosperar.

Lo anterior, dado que el objeto material del delito se configura sobre actos administrativos proferidos, mas no sobre el hecho de proyectar, lo cual sin su aprobación y suscripción no generará efectos jurídicos, ni podrá ser entendida como contraria a derecho, toda vez que con la proyección no ha nacido a la vida jurídica.

Del Fraude Procesal:

El fallo de primera instancia inicia con la verificación de los presupuestos requeridos para que prospere la adecuación fáctica, encontrando que:

"(...) Entendiendo como fraude procesal la falsedad de una actuación procesal (jurídica o administrativa), entonces, para que sea conducta punible se requiere, que quien pueda inducir al error a una autoridad tenga el deber jurídico de decir la verdad o de presentar los hechos en forma verídica.

En la estructura genérica del delito de fraude procesal se encuentra que: el funcionario inducido en error por la acción del agente no se deduce únicamente a quien ostenta la condición de juez sino, en general, a cualquier servidor público, de ahí que la conducta material del ilícito contenga como elemento subjetivo la pretensión de obtener sentencia, resolución o acto administrativo, decisiones estas ultimas a cargo, justamente, de autoridades administrativas."

Encontró el a quo que el funcionario **J.A.G.V** indujo en error a una autoridad administrativa, en este caso al doctor **A.C.M**, quien ejercía como jefe de División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN, ya que, de las pruebas allegadas al expediente, es posible corroborar que el funcionario proyecto la Resolución XXX de 19 de Diciembre de 2014 por concepto de Renta 2007 y posteriormente, proyectó la resolución XXX de 19 Junio de 2015, la cual fue cargada a otro número de expediente , que no correspondía al de la solicitud de devolución.

(...)

Sobre este particular es preciso indicar que el delito de fraude procesal requiere que el sujeto activo acuda al dolo, solo se configura si se busca inducir a error al funcionario a quien le correspondía expedir el acto administrativo.

(...)

La corte precisó que no se puede perder de vista que "(...) el delito de fraude procesal es un tipo penal de mera conducta, en el que objetivamente debe generarse un error en el empleado oficial como consecuencia de la utilización de un medio fraudulento, delito que se consuma con la producción del error, así no alcance a manifestarse en el hecho buscado, esto es, en la sentencia, resolución o acto administrativo (...)", situación que quedo demostrada por parte de la primera instancia, como se verá más adelante.

(...)

No obstante, el recurso de apelación interpuesto argumentó en relación con el FRUDE PROCESAL que: "(...) en igual sentido lo atinente con la inducción en error a su inmediato superior desconociéndose incluso que quien pone su firma y asume esa obligación no puede supeditarse al criterio de terceros, es su obligación constitucional, legal y especialmente porque así lo exige su cargo, tener la mayor diligencia para que sus actos estén soportados en forma legal y regular para que luego no se exponga a que se le endilgue una decisión irregular y quede como han quedado varios acá al margen de sanciones disciplinarias so pretexto que todo fue a espalda de ellos, trayendo a la mente el tan famoso elefante banco, para liberarse de lo que la misma ley le reclama en sus actuaciones, es raro ver como acá una persona que laboró o proyectó sea quien finalmente responda cuando muchos tuvieron en sus manos la decisión de frenar o evitar decisiones si en realidad era irregulares, pero todo pasó porque mi representado obró en Derecho, no fue a espaldas de nadie, ni se demostró que él realizara algún acto al margen de los cánones legales como se pretende hacer creer (...)".

Según lo anterior, en primer lugar, se tiene que afirmar que el hecho de que pueda o no residir responsabilidad en cabeza de otros funcionarios públicos, no exculpa la manera en que actuó el disciplinado. Según como se ha demostrado a lo largo del proceso, el señor **J.A.G.V**, tiene el deber jurídico de presentar los hechos en forma verídica, y al realizar lo contrario conlleva a la configuración de fraude procesal. Adicionalmente, incluso si de manera diligente cualquiera persona hubiese tratado de verificar el pago realizado previamente al señor beneficiario por valor de XXX, no hubiese podido hacer esta verificación, en tanto la resolución del 2014 jamás fue cargada a la plataforma CIN20, ocultando de este modo la información referente al desembolso del dinero a través de TIDIS por concepto de RENTA 2007.

De conformidad con lo anterior, se encuentra plenamente probado que el disciplinado al no capturar el acto administrativo del 2014 en el sistema, como correspondía a sus funciones, y posteriormente proyectando el informe explicativo y la Resolución del 2015, conforme a la cual se concedió el pago de devolución a la empresa, para reclamar en TIDIS, indujo dolosamente en error al funcionario que la suscribió, razón por la cual esta instancia confirma lo atinente a fraude procesal.

(...)

Así pues, la segunda instancia, por lo anterior expuesto, solo encuentra aprobadas las conductas de peculado por apropiación y fraude procesal para revisar la sanción impuesta. Sea lo primero precisar que el artículo 6 de la constitución política, prevé que los servidores públicos deben responder ante las autoridades, tanto por la violación de la constitución y la ley como por las omisiones o la

extralimitación en el ejercicio de funciones que le sean imputables; fundamento de responsabilidad que se articula con las relaciones especiales de sujeción que nacen entre el estado y servidor público orientadas a la materialización de los fines del estado.

(...)

Por último, por cuanto se está ante unas faltas que fueron determinadas como gravísimas dolosas, según el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que señala para este tipo de faltas, la sanción es de destitución en el cargo e inhabilidad para ejercer funciones públicas entre 10 a 20 años; por esta razón, la segunda instancia confirmará el fallo en lo relativo a las conductas gravísimas mencionadas, y en consecuencia se mantendrá la sanción de 15 años impuesta por primera instancia, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que atentaron contra el patrimonio del estado y revocará el fallo respecto al delito de prevaricato por acción.

4. RESUELVE - 2º INSTANCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la declaración de responsabilidad disciplinaria de **J.A.G.V**, por las conductas gravísimas que integran los delitos de **PECULADO POR PAROPIACIÓN Y FRAUDE PROCESAL**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la declaración de responsabilidad disciplinaria de **J.A.G.V** por la conducta que integra el delito de **PREVARICATO POR ACCIÓN**.

TERCERO: COFIRMAR la sanción impuesta en la resolución de 28 de diciembre de 2018, proferida por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias por el cual se sancionó disciplinariamente a **J.A.G.V**, consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL DE 15 AÑOS** para ocupar cargos y ejercer funciones públicas, por razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: NOTIFICAR.

QUINTO: contra la presente decisión no procede recurso alguno.

SEXTO: Una vez surtida la notificación del presente fallo y ejecutoriado el mismo comunicar a través de la Secretaría Técnica de la Agencia ITRC, la decisión ante la Procuraduría General de la Nación; y a la DIAN.