

## Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC

### ASESORAMIENTO ILEGAL

**FUENTE FORMAL:** LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48, NUMERAL I /Ley 599 de 2000 – ARTICULO 421

### PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / Fallo definitivo

Al respecto, debe este despacho empezar por responder a la recurrente que efectivamente las solicitudes de nulidad podrán formularse en el proceso disciplinario hasta antes de proferirse el fallo definitivo. Así lo dispone claramente el artículo 146 de la Ley 734 de 2.002. Sin embargo, es importante aclarar que en la declaratoria de nulidad tienen total vigencia y aplicabilidad los principios que orientan la misma figura, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, según lo enseña el parágrafo del artículo 143 de la norma en cita. Es precisamente con base en dichos principios procesales y concretamente en los principios de ejecutoria material y seguridad jurídica que esta segunda instancia debe resolver negativamente la petición de nulidad invocada por la impugnante. Significa lo anterior que una vez debatida y controvertida una nulidad, las nuevas solicitudes solo podrán fundamentarse en causales diferentes o en hechos posteriores (Art. 309 del C. de P. P.). Es precisamente lo que acontece en este plenario, con auto del 10 de mayo de 2013 el despacho a quo resolvió desfavorablemente las mismas peticiones de nulidad que ahora se invocan ante esta segunda instancia. Dicha decisión fue notificada personalmente a las disciplinadas, quienes en su condición de sujetos procesales se abstuvieron de interponer el recurso de reposición, adquiriendo así ejecutoria material el proveído.

**FUENTE FORMAL:** LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 146

### CONDUCTA PUNIBLE – Diferenciación entre la conducta disciplinaria frente a la acción penal.

Con relación a las ideas agrupadas y tituladas por la impugnante como “Conducta Punible”, nuevamente observa este despacho una confusión sobre la independencia y autonomía de la conducta disciplinaria, con relación a la acción penal, tal como su compañera de apelación lo mencionó. Enfáticamente debe señalar este despacho que nuestra competencia no está asignada por el legislador para investigar o demostrar la configuración de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, en cabeza de las procesadas, adecuado al tipo penal de asesoramiento ilegal, descrito en el artículo 421 del C.P. Ni mucho menos estamos facultados para imponer una sanción penal al respecto.

Situación muy diferente es, y así lo explicó suficientemente el a quo, que hayamos investigado el comportamiento de las procesadas, teniendo como marco de referencia un modelo abstracto de comportamiento antiético, que en su estructura disciplinaria nos remite e integra a la realización objetiva de un modelo penal, como el señalado. Debemos reiterar que lo que reprocha el numeral 1 del artículo 48 del C. D. U., es la realización objetiva de una descripción típica, consagrada en la ley, como delito. Esos ingredientes objetivos del tipo aludido, fueron probados y analizados por el fallador de instancia, razón por la cual solamente queda a este despacho expresar nuestra conformidad y respaldo con esos razonamientos donde se adujo claramente que las servidoras

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

públicas implicadas, como sujetos activos del punible, desplegaron una conducta ilegal de asesoramiento, dirigida a los dos ciudadanos declarantes, por la cual obtuvieron una contraprestación igualmente indebida.

Considera este despacho que los razonamientos realizados en el análisis de la impugnación anterior, sobre el tema de la ilicitud sustancial, tienen total aplicabilidad frente al requerimiento similar de esta recurrente, a quien se le debe adicionar el tema, indicándole que la afectación sustancial del deber, en el caso que nos ocupa, se plasma no solo en la vulneración de la norma disciplinaria sino en la afectación de la rectitud y probidad que debe caracterizar el comportamiento de los servidores públicos de la DIAN, quienes no deben intervenir en asuntos donde se solucionen o debatan temas propios de la autoridad donde desempeñan sus funciones.

|                                  |                                                             |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| <b>Dependencia:</b>              | Dirección General                                           |
| <b>Número del Proceso:</b>       | 1704-01-2012-135                                            |
| <b>Número y fecha del fallo:</b> | 033 del nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013)      |
| <b>Asunto:</b>                   | Fallo de segunda instancia                                  |
| <b>Criterio de Selección:</b>    | Fallo de primera instancia confirmado en segunda instancia. |

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia el despacho sobre la viabilidad de conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos contra el fallo sancionatorio proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, el pasado 28 de agosto de 2013, presentados por las procesadas (XXX), personalmente, y (XXX), a través de su defensora de confianza, la abogada (XXX).

COMPETENCIA

La suscrita Directora General de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, es competente para resolver la presente impugnación, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 4173 de 2011, aclarado por el Decreto 4452 de 2011, en atención a las previsiones contenidas en los numerales 12 y 13 del artículo 3° del Decreto 00985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

- 1.- La presente actuación disciplinaria se originó en la queja instaurada, a través de medios electrónicos, por el ciudadano (XXX), radicada el 26 de octubre de 2011. Señaló el quejoso que tres años atrás se puso en contacto con las servidoras (XXX), quienes se comprometieron a prestarle asesoría y agilizar cierto trámite ante la DIAN, situación finalmente incumplida, pese a que el actor, en compañía de su socio, el señor (XXX), cancelaron a la primera funcionaria nombrada la suma de dos millones de pesos en efectivo.
- 2.- Con base en los hechos resumidos en el numeral que antecede, la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la DIAN, despacho que conoció inicialmente del caso,

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

mediante decisión asumida el 31 de octubre de 2011, dispuso la apertura de indagación preliminar contra las funcionarias (XXX), por presuntas irregularidades en el trámite de las solicitudes de cancelación de NIT y cambio de régimen, aludidas en precedencia. Esta decisión fue notificada personalmente al servidor implicado el 17 de febrero de 2011. Ver fls 1 a 20 del c. o.

3.- Después de practicarse algunas pruebas testimoniales y habiéndose escuchado en versión a las implicadas, el despacho de conocimiento, mediante auto calendado el 28 de febrero de 2012, dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra de las servidoras (XXX). Esta decisión fue notificada a las procesadas mediante edicto desfijado el 20 de marzo de 2012. Ver fl. 50 del c. o.

4.- Con auto del 3 de abril de 2012, la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario de la DIAN ordenó la remisión del plenario ante esta UAE por competencia. Ver fl. 56 del c. o.

5.- Recibidas las diligencias en esta entidad, el conocimiento de las mismas fue asumido por la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias, con auto datado el 5 de diciembre de 2012, comunicado a los sujetos procesales. Ver fl. 70 del c. o.

6.- El 13 de marzo de 2013 el funcionario instructor de primer grado declaró cerrada la investigación. Esta decisión fue notificada mediante Estado del primero de abril del año en curso. Ver fl. 99 del c. o.

7.- El mérito de la investigación fue calificado por el funcionario instructor de instancia, mediante auto del 11 de abril de 2013, a través del cual se formuló pliego de cargos en contra de las disciplinadas, por considerarlas presuntas autoras responsables de la falta gravísima disciplinaria, definida en el numeral primero del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, relacionada con la realización objetiva de la descripción típica consagrada en el artículo 421 del C. P., cometida a título de dolo. El Auto de cargos fue notificado personalmente a las disciplinadas (XXX), respectivamente, los días 12 y 15 de abril de 2013. Ver fls. 129 y 131 del c. o. Las procesadas, en el mismo orden, presentaron sus correspondientes descargos, el 26 y el 29 de abril del año en curso.

8.- Con fecha 10 de mayo de 2013 el funcionario a quo resolvió negativamente las peticiones de nulidad invocadas por las acusadas en sus memoriales de descargos. En la misma decisión se decretaron y negaron pruebas a practicarse en la etapa probatoria del juicio. La notificación del decreto de pruebas se cumplió personalmente y por estado del 22 de mayo de 2013. Ver fls. 172 a 176 del c. o.

9.- Una vez evacuadas las pruebas del juicio, el 29 de mayo de 2013 se dio aplicación al artículo 169 de la Ley 734 de 2002, corriendo traslado común de diez días a los sujetos procesales, para alegar de conclusión. Esta decisión se notificó por estado del 12 de agosto de 2013. Dentro del término de traslado respectivo las procesadas presentaron sus escritos de alegaciones finales.

10.- Con fecha 28 de agosto del año en curso el funcionario a quo profirió el fallo de instancia declarando a las procesadas responsables de la falta objeto de acusación e imponiéndoles como sanción destitución e inhabilidad general por el término de doce años. La servidora (XXX) se notificó personalmente del fallo sancionatorio el 17 de septiembre del año en curso, mientras que la disciplinada (XXX) lo hizo el 18 del mismo mes y año. Ver fls. 223 a 232 y 242 y 244 del c. o.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

---

11.- Cumplida la notificación del fallo, según lo estipulado en el numeral anterior, la procesada (XXX) radicó ante esta agencia el correspondiente recurso de apelación, el 23 de septiembre de 2013, a las 12:53. A su turno la abogada (XXX), actuando como apoderada para la defensa de (XXX), según poder conferido el 23 de septiembre de 2013, radicó su escrito de impugnación el 24 de septiembre del año en curso, siendo las 14:36 horas. Ver fls 233 a 279 del c. o.

12.- Con auto fechado el 30 de septiembre de 2013 el funcionario de instancia reconoció personería para actuar a la apoderada de la procesada (XXX) y concedió, en el efecto suspensivo, los recursos de apelación interpuestos, recibéndose las diligencias en este despacho el mismo 30 de septiembre, para desatar la alzada.

### FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

El operador disciplinario de primera instancia comenzó la elaboración del fallo apelado haciendo un resumen pormenorizado de los hechos, de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que integran la presente actuación disciplinaria. Adentrándose ya en las consideraciones, referenció el a quo la normatividad legal que le otorgó competencia para proferir esa decisión. A continuación, desarrolló sucintamente los requisitos procesales y probatorios contenidos en los artículos 128 y 142 de la Ley 734 de 2002, necesarios para proferir una decisión sancionatoria disciplinaria.

En un acápite subsiguiente el autor del fallo de instancia abordó el requisito de certeza en la ocurrencia de la falta. Al respecto, señaló enfáticamente que las pruebas testimoniales, documentales y de inspección administrativa, corroboraron la existencia de una gestión de asesoramiento ilegal por parte de las servidoras acusadas, con lo cual adecuaron su conducta, objetivamente hablando, a la descripción típica consagrada en el artículo 421 del C. P. y por ende a la falta disciplinaria objeto de acusación, señalada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002.

Frente al tema de la ilicitud sustancial, expresó el a quo que efectivamente el comportamiento de las procesadas no solo infringió la normatividad penal y disciplinaria en mención, sino que además vulneró y afectó sustancialmente sus deberes funcionales, al desconocer principios de la administración pública, tales como la transparencia y la legalidad. Agregó que el reproche disciplinario radica no solo en la gestión de asesoramiento ilegal, sino en el provecho económico obtenido con la misma.

Evaluando nuevamente los testimonios del quejoso y el de su socio Edgar Hernando Díaz Jiménez, los cuales se consideran contestes y creíbles, frente a los correos electrónicos que fueron allegados a la investigación, constatados o confirmados por el área de soporte técnico de la DIAN, consideró el fallador de instancia demostrada, en grado de certeza, la responsabilidad de las servidoras acusadas, en la comisión de la falta objeto de acusación.

En lo atinente al aspecto subjetivo de la falta, aseveró el fallador de primer grado que se evidencian los momentos cognitivos y volitivos, para afirmar que las procesadas actuaron con dolo, aprovechando su condición de servidoras públicas y el conocimiento de los procesos y procedimientos para cumplir la gestión encargada.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

Con base en las consideraciones hasta el momento resumidas, el operador disciplinario de primera instancia afirmó que debe mantenerse la calificación jurídica realizada en el pliego de cargos, en contra de las servidoras acusadas. Con esta conclusión, en un acápite subsiguiente, realizó el juicio correspondiente de dosificación de la pena a imponer, a través del cual determinó que el término de la inhabilidad general se fijaría en un periodo de doce (12) años para cada una de las sancionadas, teniendo en cuenta el grado de culpabilidad, la ausencia de antecedentes y el hecho de no haber inculcado infundadamente a un tercero.

En un último título de sus consideraciones, el funcionario a quo reiteró su posición sobre los argumentos defensivos de las procesadas, plasmados en los descargos y en las alegaciones finales o de conclusión. En forma enfática y a pesar de ya haber emitido un pronunciamiento sobre la presunta nulidad por incompetencia, invocada por las disciplinadas, resaltó una vez más el fallador de instancia la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la aplicación de numeral 1 artículo 48 del C. D. U., en el entendido que no se requiere prejudicialidad penal para proceder por esta falta, cuando se pruebe la realización objetiva del tipo. De la misma manera, rechazó nuevamente la pretendida ambigüedad de los cargos, alegada por las procesadas. Corroboró adicionalmente, el juicio de valoración probatoria realizado sobre los documentos presentados por el quejoso y sobre las declaraciones juramentadas allegadas a la investigación.

### SUSTENTACIÓN DE LOS RECURSOS

1.- Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es dentro de los tres (3) días siguientes a la última notificación, efectuada el 18 de septiembre de 2013, la procesada (XXX), en ejercicio de su defensa material, presentó y sustentó su recurso de apelación con los siguientes planteamientos:

Empezó la procesada su escrito impugnatorio, afirmando que se ratifica en todos los argumentos defensivos que presentó en sus descargos. Con esta concreción, hizo énfasis la recurrente, al aseverar que el pliego de cargos proferido en su contra adolece de ambigüedad y vaguedad al no determinarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos objeto de reproche, situación que en su concepto le impidió ejercer su derecho de contradicción, vulnerando igualmente el debido proceso disciplinario. Con estos planteamientos y agregando que en el fallo apelado se realizaron valoraciones de índole penal, ajenas a la competencia disciplinaria de esta Unidad, la recurrente volvió a reclamar la declaratoria de nulidad del presente proceso. Haciendo uso de este mismo argumento de incompetencia y violación del principio del Juez natural, la impugnante solicitó la terminación del proceso por prejudicialidad.

La recurrente realizó nuevamente una crítica al juicio de análisis y valoración probatoria realizado por el a quo, afirmando que los correos electrónicos impresos y allegados a la investigación son pruebas viciadas de nulidad absoluta, por no haberse decretado mediante una orden de policía judicial. Respecto de los testimonios ofrecidos en el proceso por el quejoso y su socio, señaló la impugnante que los mismos no pueden ser valorados, por provenir de personas que, según su dicho, pudieron estar incursas en los punibles de omisión de denuncia y concusión.

Frente al tema de la ilicitud sustancial, esta procesada afirmó que no puede hablarse de dicho presupuesto del injusto disciplinario, al no haberse demostrado un daño patrimonial al fisco.

Con todas las razones aquí resumidas, finaliza la impugnante solicitando el archivo del proceso y la revocatoria de la sanción, pues en su concepto no se demostró con certeza su responsabilidad en la falta objeto de investigación.



Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

---

2.- A su turno la abogada (XXX), actuando como defensora de confianza de la procesada (XXX), presentó el 24 de septiembre del año en curso, escrito sustentatorio de su recurso de apelación, el cual puede sintetizarse en los siguientes argumentos:

En forma introductoria, la defensora invitó a este despacho ad quem a tener en cuenta los conceptos de justicia, la finalidad del derecho disciplinario, el principio de integración normativa, así como los derechos fundamentales y garantías de los investigados, entre los que menciona el debido proceso, la búsqueda de la verdad material, la claridad en la imputación, la exclusión de la responsabilidad objetiva, el in dubio pro disciplinado y la presunción de inocencia.

A continuación, la impugnante desarrolla la sustentación de su recurso en tres acápites así:

En un primer capítulo resumió la recurrente los hechos y las imputaciones que motivaron el presente proceso, tal como fueron planteados dentro del fallo apelado. Dentro de su análisis, evaluó la defensora la gestión de elaboración de las declaraciones de renta, considerando al respecto que no está demostrada la participación de su cliente en dicha actividad, toda vez que la responsabilidad recae sobre persona distinta. A continuación, hizo referencia a la gestión de asesoramiento y corrección de las declaraciones aludidas, para concluir que no se probó con certeza o nítidamente, la responsabilidad de su defendida. La apelante fundó esta última aseveración en el análisis crítico de los correos

electrónicos que fueron impresos y allegados como pruebas documentales por el quejoso, sobre los cuales observó ciertas inconsistencias, suficientes para afirmar que dichas probanzas resultaron incompletas e insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de su prohijada.

Un segundo título del recurso, denominado por su autora como "Conducta Punible", estuvo destinado a argumentar que no existieron los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, necesarios para demostrar la existencia del delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

Por último la argumentación de la apelante se condensó en un acápite denominado "Ausencia de Ilícitud Sustancial", donde aseguró que no es falta el simple quebrantamiento de la norma, sin probar la infracción sustancial del deber funcional. En su concepto, la decisión impugnada constituye una responsabilidad objetiva, proscrita dentro del régimen procesal disciplinario.

Con las ideas o planteamientos hasta el momento resumidas la defensora técnica solicitó la revocatoria del fallo apelado, declarando en su lugar la absolución de su poderdante, por no reunirse los presupuestos probatorios del artículo 142 de la Ley 734 de 2.002, razón de más para reclamar la terminación del proceso y el archivo definitivo del mismo.

### CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Es importante recordar a las dos impugnantes que de conformidad con la previsión legal consagrada en el parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, "...El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación. ...".

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

También resulta relevante hacer ver a las recurrentes cuál es el sentido y alcance que debe dársele al acto de impugnar una decisión disciplinaria, pues el simple hecho de ratificarse o reiterar argumentos aducidos en sus descargos y en sus alegaciones finales, los cuales fueron resueltos negativamente dentro del fallo de instancia, con la debida motivación, no pueden entenderse como una debida sustentación. Veamos por qué:

Sobre dicho tópico nuestra Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-, desde el auto del 11 de septiembre de 1984 enseñó : “..No constituye, por tanto, sustentación adecuada, el empleo de frases o expresiones en las cuales simplemente se manifiesta un desacuerdo genérico pero no se indican en concreto los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior, ni tampoco estará cabalmente sustentado el recurso que carezca de las razones, de tipo probatorio o jurídico que deben llevar a dicha reforma o revocatoria...”.

Para entender esa postura jurisprudencial, la misma Corte Suprema de Justicia ha precisado : “...Si la apelación es una faceta del derecho de impugnar, expresión ésta derivada de la voz latina impugnare, que significa “combatir, contradecir, refutar”, tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual mediante la pertinencia crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación”.

Y agrega tajantemente la misma corporación : “...Para no tolerar esguinces al precepto legal citado, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injusta o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como “si hay prueba de los hechos”, “no están demostrados los hechos”, u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado” (Sala Penal Auto de agosto 30/84) ...”.

En su orden, empezará este despacho a pronunciarse frente a los argumentos de impugnación ofrecidos por la procesada (XXX), para luego referirnos a la apelación de la defensa técnica, ejercida por (XXX), en representación de la disciplinada (XXX).

#### **A) Apelación de (XXX):**

Como quedó establecido en el resumen de la sustentación de la apelación, la impugnante inició su argumentación reclamando una vez más la nulidad de la actuación, con base en dos argumentos: a) de una parte, afirmó no haber podido ejercer su derecho de contradicción, al tener que responder por un pliego de cargos que, en su concepto, resultó ambiguo por no determinarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta objeto de reproche disciplinario. b) por otra parte, insistió la recurrente en afirmar que los análisis o valoraciones de índole penal realizados por el a quo, violan el principio constitucional de Juez Natural, afectando con razones de incompetencia el fallo apelado.

Al respecto, debe este despacho empezar por responder a la recurrente que efectivamente las solicitudes de nulidad podrán formularse en el proceso disciplinario hasta antes de proferirse el fallo definitivo. Así lo dispone claramente el artículo 146 de la Ley 734 de 2.002. Sin embargo, es

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

importante aclarar que en la declaratoria de nulidad tienen total vigencia y aplicabilidad los principios que orientan la misma figura, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, según lo enseña el parágrafo del artículo 143 de la norma en cita. Es precisamente con base en dichos principios procesales y concretamente en los principios de ejecutoria material y seguridad jurídica que esta segunda instancia debe resolver negativamente la petición de nulidad invocada por la impugnante. Significa lo anterior que una vez debatida y controvertida una nulidad, las nuevas solicitudes solo podrán fundamentarse en causales diferentes o en hechos posteriores (Art. 309 del C. de P. P.). Es precisamente lo que acontece en este plenario, con auto del 10 de mayo de 2013 el despacho a quo resolvió desfavorablemente las mismas peticiones de nulidad que ahora se invocan ante esta segunda instancia. Dicha decisión fue notificada personalmente a las disciplinadas, quienes en su condición de sujetos procesales se abstuvieron de interponer el recurso de reposición, adquiriendo así ejecutoria material el proveído.

Adicionalmente al razonamiento plasmado en el párrafo anterior, argumento suficiente para rechazar la petición de nulidad que aquí se invoca, no sobra mencionar a la procesada apelante, que este despacho avala por completo los argumentos expuestos por el funcionario de instancia, al momento de resolver negativamente la nulidad, reiterados dentro del fallo impugnado. En estas piezas procesales, se explicó detalladamente la forma como se delimitaron en el análisis probatorio del pliego de cargos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos. De la misma manera, el a quo fue explícito al referir que la acción penal y la disciplinaria son independientes y autónomas, con finalidades diferentes, para lo cual se hizo incluso mención a la jurisprudencia constitucional que declaró la exequibilidad del artículo 48, numeral 1° de la ley 734 de 2002, que describe la falta en que incurrieron las servidoras procesadas. Lo anterior para demostrar que en este proceso no se están ejerciendo competencias penales ajenas. Es muy diferente, y así lo hizo ver el a quo, que en el proceso de estructuración o adecuación de la falta disciplinaria, estén incluidos los ingredientes objetivos del delito los cuales se traen por remisión, al encontrarnos frente a un tipo disciplinario en blanco, que permite acudir a la norma penal, para conformar el injusto que fue objeto de reproche e investigación.

Tampoco encuentra este despacho el más mínimo vicio que pueda atentar contra la legalidad de las pruebas documentales y testimoniales que se allegaron a la investigación. Razón por la cual, no puede hacerse otra cosa que calificar de acertado o ajustado a derecho, el análisis probatorio que llevó al fallador de instancia a encontrar en los correos electrónicos impresos y allegados por el quejoso, así como en los testimonios del actor y del ciudadano Edgar Hernando Díaz Jiménez, las pruebas suficientes para conformar el requisito probatorio mínimo, exigido en el artículo 142 del C. D. U. para imponer sanción disciplinaria.

Para terminar estas motivaciones, es imperioso aseverar, frente al planteamiento de la impugnante, que menciona la inexistencia del requisito de ilicitud sustancial, presuntamente por no haberse demostrado una afectación al fisco, que no puede confundirse la categoría de la ilicitud sustancial disciplinaria, con la antijuridicidad material penal. Al respecto, basta con traer a colación las palabras del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau cuando expresó: "...Debe precisarse que la expresión quebrantamiento sustancial de un deber, no se corresponde con la institución de la antijuridicidad material según su significado en un derecho penal que construya su idea del injusto a partir de la norma penal entendida como norma objetiva de valoración. ...".

#### B) **Apelación de (XXX):**

Teniendo en cuenta que esta impugnante realizó una introducción a su apelación, en la cual, de forma abstracta o genérica invitó a este despacho a tener en cuenta la finalidad del derecho disciplinario; el principio de integración normativa; los derechos fundamentales y las garantías



Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

de las investigadas, debe empezar por responder el ad quem, que revisada cuidadosamente la actuación se puede observar que desde que se tuvo noticia del hecho disciplinario, a través de la queja instaurada por el ciudadano (XXX), la indagación preliminar instaurada en contra de las dos servidoras implicadas, estuvo siempre enfocada a buscar, mediante el decreto oportuno de medios probatorios, la verdad material, investigando integralmente tanto lo favorable como lo desfavorable a las implicadas. Cada una de las decisiones que desde el comienzo de la actuación se profirieron, fueron publicitadas en debida forma a las procesadas, quienes contaron con todas las oportunidades procesales para ejercer sus derechos de contradicción y defensa, en los diferentes momentos, al rendir versión, al presentar descargos, al solicitar nulidades, entre otros. Por lo anterior, no puede este despacho de segundo grado admitir o aceptar que en forma tan ligera se ponga en entredicho el cumplimiento del debido proceso, en cualquiera de sus formas, llegando incluso a dudar del acatamiento a los derechos fundamentales o a las garantías de las investigadas.

En forma igualmente genérica o abstracta, mencionó la recurrente la claridad en la imputación, como un derecho que pudo inobservarse dentro del presente proceso. Al respecto, simplemente debemos hacer reiteración a los planteamientos que este despacho realizó sobre el mismo tópico, cuando en párrafos anteriores, resolvimos desfavorablemente la idéntica pretensión de la otra apelante.

Esta recurrente afirmó que no existió medio probatorio alguno que demostrara con certeza, la participación de su cliente en la elaboración de las declaraciones de renta requeridas por el quejoso, ni mucho menos en la corrección posterior de dichos documentos. Es respetable el planteamiento de la apelante, pero debe recordársele que el objeto de prueba en esta investigación, por el cual se llamó a responder disciplinariamente a las dos servidoras acusadas, no pretendió nunca demostrar la autoría de las declaraciones de renta, pues es claro que fue una tercera persona, posiblemente un contador, facilitado o ubicado por las procesadas, quien tuvo a su cargo la elaboración y posterior corrección de los documentos. El “thema probandi” que orientó este juicio, estuvo siempre enfocado en demostrar que existió un asesoramiento ilegal ejecutado por las servidoras encartadas, dirigido a los ciudadanos (XXX), tal como ellos mismos lo relataron ante la instancia disciplinaria, bajo la gravedad del juramento. Y es que precisamente esa conducta imputada y posteriormente reprochada en la acusación, tal como lo afirmó el funcionario a quo, aparece demostrada con las pruebas testimoniales y documentales que fueron allegadas a la actuación, dándole credibilidad a los dichos de los declarantes, quienes además respaldaron y adicionaron sus imputaciones, aportando los correos electrónicos con los cuales ventilaban y reclamaron a las funcionarias el cumplimiento cabal de la asesoría que les habían brindado y por la cual recibieron una contraprestación económica, entregada a través de la procesada (XXX). Con esta argumentación, tal como se motivó en la respuesta a la impugnación precedente, debe reiterar el despacho su respaldo total al análisis probatorio de la primera instancia, en el cual, como ya lo dijimos y ahora lo avalamos, se consideró cumplido el requisito mínimo probatorio para proferir un fallo sancionatorio, a la luz del artículo 142 del C. D.U. Lo anterior en contraposición a la calificación realizada por la impugnante (XXX), al señalar el material probatorio como insuficiente e incompleto.

Con relación a las ideas agrupadas y tituladas por la impugnante como “Conducta Punible”, nuevamente observa este despacho una confusión sobre la independencia y autonomía de la conducta disciplinaria, con relación a la acción penal, tal como su compañera de apelación lo mencionó. Enfáticamente debe señalar este despacho que nuestra competencia no está asignada por el legislador para investigar o demostrar la configuración de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, en cabeza de las procesadas, adecuado al tipo penal de

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

asesoramiento ilegal, descrito en el artículo 421 del C.P. Ni mucho menos estamos facultados para imponer una sanción penal al respecto.

Situación muy diferente es, y así lo explicó suficientemente el a quo, que hayamos investigado el comportamiento de las procesadas, teniendo como marco de referencia un modelo abstracto de comportamiento antiético, que en su estructura disciplinaria nos remite e integra a la realización objetiva de un modelo penal, como el señalado. Debemos reiterar que lo que reprocha el numeral 1 del artículo 48 del C. D. U., es la realización objetiva de una descripción típica, consagrada en la ley, como delito. Esos ingredientes objetivos del tipo aludido, fueron probados y analizados por el fallador de instancia, razón por la cual solamente queda a este despacho expresar nuestra conformidad y respaldo con esos razonamientos donde se adujo claramente que las servidoras públicas implicadas, como sujetos activos del punible, desplegaron una conducta ilegal de asesoramiento, dirigida a los dos ciudadanos declarantes, por la cual obtuvieron una contraprestación igualmente indebida.

Considera este despacho que los razonamientos realizados en el análisis de la impugnación anterior, sobre el tema de la ilicitud sustancial, tienen total aplicabilidad frente al requerimiento similar de esta recurrente, a quien se le debe adicionar el tema, indicándole que la afectación sustancial del deber, en el caso que nos ocupa, se plasma no solo en la vulneración de la norma disciplinaria sino en la afectación de la rectitud y probidad que debe caracterizar el comportamiento de los servidores públicos de la DIAN, quienes no deben intervenir en asuntos donde se solucionen o debatan temas propios de la autoridad donde desempeñan sus funciones.

Por lo demás, reitera este despacho su confirmación sobre los restantes aspectos de responsabilidad, culpabilidad y dosificación de la sanción, realizados por el fallador de instancia.

Bastan estas consideraciones para afirmar, tal como se anotará en la parte resolutive de la presente decisión, que el despacho rechaza las razones de impugnación de las apelantes y, en consecuencia, confirmará en todas sus partes el fallo sancionatorio apelado.

En tal virtud, la Directora General de la UAE Agencia del Inspector general de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en uso de sus atribuciones legales,

#### RESUELVE:

**PRIMERO. RECHAZAR** las razones de impugnación invocadas por la procesada (XXX) y por la defensora técnica (XXX), de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.** Como consecuencia de la anterior determinación, **CONFIRMAR** en su TOTALIDAD, el fallo sancionatorio proferido el 28 de agosto de 2013, por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC.

**TERCERO. NOTIFICAR** el contenido de esta decisión a los sujetos procesales, de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101 y 107 de la Ley 734 de 2002.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-135.

**CUARTO.** A través de la Secretaría Técnica de esta unidad, **LIBRENS** citaciones a los sujetos procesales disciplinados, a la dependencia donde actualmente laboran en la DIAN o a la última dirección registrada en sus hojas de vida, o dentro del proceso disciplinario. A la defensora de confianza apelante se le citará a la última dirección procesal registrada dentro del expediente. En los oficios respectivos, se les informará a los sujetos procesales, que una vez vencido el término de ocho (8) días a partir del envío de la citación, su no comparecencia, dará lugar a la fijación de un edicto, por el término de tres (3) días, para notificar esta decisión de segundo grado.

**QUINTO.** La presente decisión queda en firme el día de su suscripción, pero sus efectos jurídicos se surten a partir de la notificación, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 734 de 2002.

**SEXTO.** Una vez surtida la notificación del presente fallo, **REGISTRAR** La sanción disciplinaria ante la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, según lo ordena el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 48, numeral 57 de la misma norma. Igualmente **REMITIR** copia de la presente decisión al Director General de la DIAN para que proceda, en su calidad de nominador, a ejecutar la sanción impuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º y PARÁGRAFO del artículo 172 del C. D. U.

**SÉPTIMO.** Ejecutoriada materialmente esta decisión y libradas las comunicaciones de ley, **DEVOLVER** la actuación al despacho de origen, para dar cumplimiento al presente fallo y Archivar físicamente el expediente.

**OCTAVO.** Contra el presente fallo no procede recurso alguno.

**CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CARMEN MARITZA GONZÁLEZ MANRIQUE**  
**Directora General**

Proyectó: Demetrio Augusto Parra Jiménez  
Revisó y aprobó: Carmen Maritza Gonzalez Manrique.