



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

CONFIGURACIÓN DE LA ESTAFA EN FUNCIONARIO PÚBLICO

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTIUCLO 48, NUMERAL 1 / LEY 599 DE 2000 – ARTICULO 246

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2012-87
Número y fecha del fallo:	Fallo No. 018 del 8 de agosto de dos mil trece (2013)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo de segunda instancia confirmado.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado (XXX), en su condición de defensor de oficio de la procesada (XXX), contra el fallo sancionatorio proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, el 26 de junio de 2013.

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.-Mediante correo electrónico enviado a la Coordinación del Sistema de Quejas, Reclamos y Sugerencias de la DIAN, el ciudadano (XXX), puso a disposición de la administración, una copia de la denuncia penal instaurada el 4 de junio de 2010, por el señor (XXX), contra la funcionaria DIAN (XXX), por el presunto punible de estafa. Según se adujo en la noticia criminal, la servidora de la DIAN, quien se desempeñó en el Grupo Interno de Trabajo de Comercialización de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla, recibió, en compañía del señor (XXX), el 23 de abril de 2010, en la ciudad de Barranquilla, catorce millones de pesos (\$14'000.000,°), suma que le fue entregada por (XXX), a través de (XXX). Se expresó en la denuncia que dicho dinero tenía como finalidad cancelar los gastos de bodegaje de un lote de 19 vehículos, marca

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-87.

Nissan, presuntamente decomisados por la DIAN, los cuales serían entregados en venta por la servidora denunciada, en favor del denunciante (XXX), a más tardar el 27 de abril de 2010. Concluyó el denunciante, afirmando que el compromiso aludido nunca fue cumplido por la funcionaria, ni por su compañero de negociación, (XXX), absteniéndose también de devolver el dinero ilícitamente recibido. Ver fls. 1 a 8 del c. o.

2.- Por los hechos aquí relatados, la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, despacho al que fueron enviadas inicialmente las diligencias, dispuso la apertura de indagación preliminar, mediante auto calendado el 25 de enero de 2011, en contra de la servidora (XXX). Esta decisión fue notificada personalmente a la implicada el 3 de febrero de 2001. Ver fls. 9 y 20 del c. o.

3.- Con autos fechados, el 24, el 28 de febrero, el 15 de marzo y el 15 de abril de 2011, comunicados a la funcionaria implicada, el despacho de conocimiento decretó la práctica de pruebas documentales y testimoniales tendientes al perfeccionamiento de la indagación preliminar. Ver fls. 22, 28, 37 y 43 del c. o.

4.- El 22 de junio de 2011, la primera instancia consideró cumplido el requisito de procedibilidad, aludido en el artículo 152 del C. D. U., razón por la cual ordenó abrir investigación disciplinaria en contra de la funcionaria implicada, por los hechos que fueron objeto de indagación preliminar. Esta decisión se notificó personalmente a la disciplinada el 7 de julio de 2011. Ver fls. 57 y 69 del c. o.

5.- Encontrándose vencido el término establecido en el artículo 156 del C. D. U., el despacho de primer grado dispuso el cierre de la investigación, mediante decisión datada el 30 de diciembre de 2011, notificada mediante Estado del 24 de enero de 2012. Ver fls. 133 y 152 del c. o.

6.- El 30 de enero de 2012, se evaluó el mérito de la investigación, formulando cargos contra la servidora (XXX), identificada con la C.C. N° (XXX), por considerarla presunta responsable de la falta prevista en el artículo 48, numeral 1, de la LEY 734 de 2002, relacionada con la realización objetiva de la descripción típica consagrada en el artículo 246 del Código Penal. Ante la no comparecencia de la procesada, la decisión acusatoria se notificó personalmente al abogado (XXX), el 20 de marzo de 2012, quien fuera designado como defensor de oficio de la encartada, desde el 6 de marzo de la misma anualidad.

7.- Con fecha 2 de abril de 2012 la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la DIAN remitió el expediente disciplinario a esta UAE, Agencia ITRC por competencia. Después de recibirse un escrito de descargos presentado por el defensor de oficio el 10 de abril de 2012, la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, avocó el conocimiento del plenario, mediante auto fechado el 5 de diciembre de 2012. Ver fl. 171 del c. o. Ver fls. 171 a 174 del c. o.

8.- El 4 de abril de 2013 el abogado designado para instruir las pruebas del juicio, negó la práctica de pruebas testimoniales solicitadas por la defensa. Esta decisión se notificó por estado del 19 de abril de 2012. Acto seguido el mismo funcionario, mediante decisión datada el 9 de mayo de 2013, comisionó a dos servidores de la misma Subdirección, para recepcionar la versión de la procesada. Ver fl. 188 del c.o.

9.- El 7 de junio de 2013, el funcionario de primera instancia corrió traslado común a los sujetos procesales, para alegar de conclusión. Esta decisión se notificó personalmente al

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-87.

defensor de oficio, el 7 de junio de 2013 y por Estado a la investigada, el 24 de junio de la misma anualidad. Ver fls 200 a 202 del c. o.

10.- Vencido el término de traslado, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, profirió el fallo de primera instancia, calendado el 26 de junio de 2013, a través del cual declaró la responsabilidad disciplinaria de la acusada, sancionándola con Destitución e Inhabilidad General de Trece (13) años. La decisión de primer grado se notificó personalmente al defensor de oficio el 5 de julio de 2013, quien presentó escrito impugnatorio el 9 del mismo mes y año. El recurso de apelación fue concedido al día siguiente, ante esta instancia disciplinaria, recibándose las diligencias el 10 de julio de esta anualidad, para desatar la alzada.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

El operador disciplinario de primera instancia inició sus motivaciones, haciendo referencia a las disposiciones legales que le otorgan competencia para fallar el presente caso. Acto seguido, determinó que la servidora (XXX), identificada con la cédula de ciudadanía N°(XXX), fue vinculada al proceso, en su condición de Gestor II, Código 302, Grado 02, ubicada en el GIT de Comercialización de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barranquilla. A continuación, resumió la situación fáctica y el desarrollo procesal del plenario.

En un acápite subsiguiente, realizó el aquo un análisis de los testimonios allegados al plenario, ofrecidos por los ciudadanos I(XXX), junto con algunas pruebas documentales que soportaron el dicho de los declarantes. Con base en este análisis, aseveró que el requisito de certeza en la existencia de la falta y en la demostración de responsabilidad de la disciplinada, se cumplió dentro del caso sometido a estudio. Complementando su argumentación, afirmó el fallador de instancia que los elementos descriptivos del tipo penal de estafa, se evidenciaron en el proceder de la investigada, quien desplegó artificios y engaños, valiéndose de su condición de servidora pública y abusando de su cargo o con ocasión del mismo, para obtener el provecho patrimonial indebido.

Con un amplio referente jurisprudencial de los conceptos de ilicitud sustancial y moralidad pública, consideró el a quo que la conducta de la procesada fue trascendente y afectó la función pública, por desconocimiento de los postulados de honradez, transparencia, rectitud, eficacia y lealtad, que debía observar, como servidora pública. Frente al análisis de culpabilidad, el fallador de instancia reiteró o ratificó los planteamientos realizados en el pliego de cargos, al considerar que las condiciones personales de la procesada permiten denotar el conocimiento que tenía de la ilicitud del hecho, pese a lo cual su voluntad estuvo orientada a la realización de la conducta objeto de reproche (dolosamente).

Considerando cumplidos los requisitos de legalidad, ilicitud sustancial, culpabilidad y responsabilidad, frente a la estructuración de la falta, el fallador disciplinario de primer grado efectuó el juicio de dosificación de la sanción, aplicando en favor de la procesada su carencia de antecedentes disciplinarios; el hecho de no haber desempeñado un cargo jerárquico; no haber afectado patrimonialmente al Estado con su comportamiento. Valoró negativamente el daño social causado, reflejado en la afectación de la confianza existente en los administrados frente a la función pública de la DIAN y sus agentes. Por lo anterior, concluyó que la sanción a imponer a la procesada no era otra que la Destitución e Inhabilidad General para ejercer funciones públicas por el término de trece años.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-87.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es, dentro de los tres días siguientes a la última notificación (Art. 111 del C. D. U), el defensor de oficio designado para la procesada presentó y sustentó su recurso de apelación con los siguientes planteamientos:

“...1. Efectivamente esta defensa ha sostenido que mi defendida actuó en calidad de particular en los hechos que se sucedieron con la intervención del ciudadano y presunto comprador de vehículos depositados en la Aduana de barranquilla(sic) señor MARIO DARÍO GERALDO(sic) HOYOS, con asocio de los particulares JORGE ROQUE FERNÁNDEZ GARRIDO Y ALFONSO SANDOYA NORTH, por cuanto así lo da a entender el hecho de que la suma de \$14'000.000, que ella declaró recibidos, se sucedió con la intervención de terceros. ...”.

“... 2. Aunado lo anterior, se encuentra el compromiso de fecha 23 de abril de 2010, en que todo lo anterior se hace constar en documento debidamente tramitado ante la Notaría 6° de barranquilla(sic) en relación con la venta de dos camionetas NISSAN NAVARA(sic), año 2009 y un(sic) camioneta FRONTIER año 2008, documento de naturaleza privada, que confirma lo anteriormente expuesto. ...”.

“...3. Sencillamente la señora (XXX) en su calidad de particular, realizó un documento particular, por unas personas particulares, sin que para ese tramite (sic), actuara en calidad de funcionaria pública; si no en su derecho constitucional, para ese tipo de compromisos. ...”.

“...4. Tan cierto es lo anterior que en ninguna parte se habla de que la señora (XXX) (sic) estuviese comprometida, a tramitar documentos oficiales, intervenir en remates, participar en subastas etc. Si no que aquella sencillamente en conocimiento de unas ventas por parte de la DIAN, consideró obligarse, para llenar las expectativas de un particular. ...”.

“...5. Otra cosa diferente es que la señora (XXX),(sic) por razones aun (sic) desconocidas se hubiera apropiado o no de la suma indicada anteriormente, lo cual originaría (sic) como está probado en el proceso una acción civil, ante la letra de cambio correspondiente. ...”.

“...6. Otra cosa es que la señora (XXX) haya realizado un negocio particular, en un asunto del cual tenía conocimiento de conformidad con sus funciones públicas, lo cual en efecto puede ser tachado de relativamente poco ético o moral, lo cual cualquier sindicación quedaría en ese aspecto subjetivo. ...”.

“...7. Tal es la opinión de esta defensa lo cual lo obligaría a derogar la resolución apelada, y la correspondiente sanción de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENARLA (sic) de trece años. ...”.
(Cursiva fuera de texto).

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Antes de dar inicio a estas consideraciones, es importante recordar al impugnante 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. ...”.

Con esta concreción y teniendo igualmente claro que el argumento central y único del sujeto procesal interviniente en esta impugnación, está orientado en demostrar que su defendida actuó en calidad de particular y no como servidora pública.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-87.

Pese a que el impugnante no hace ninguna alusión al respecto, puede entender este despacho de segunda instancia que la intención del recurrente, al argumentar la “actuación particular”, por él mencionada, de su prohijada, no es otra que atacar la competencia legal y propia de este órgano de control interno disciplinario.

Es necesario responder al defensor de oficio que fue precisamente la condición de servidora pública de la procesada, como Gestor II, Código 302, Grado 02, ubicada en el GIT de Comercialización de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Barranquilla, la razón que determinó o constituyó el factor de competencia, inicialmente asumido por la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y posteriormente por la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de esta UAE, Agencia ITRC., en primera instancia. Lo anterior en acatamiento a los preceptos legales consagrados en los artículos 74 y 75 de la Ley 734 de 2002, que regulan la competencia por la calidad del sujeto disciplinable.

Sin lugar a dudas, la actuación de la procesada, despojada de su calidad o condición de servidora pública, no sería competencia de esta dependencia o ente de control, pues estaría asignada, por mandato legal, como en efecto sucedió, a la Fiscalía General de la nación, entidad que actualmente investiga el punible de estafa y lo conocerá hasta formular la acusación respectiva en contra de la señora (XXX), en forma independiente y autónoma a esta acción disciplinaria. Lo anterior sin perjuicio de que la procesada sea investigada por un delito contra el patrimonio económico o contra la administración pública, donde se exige un sujeto activo calificado.

La finalidad de la acción disciplinaria es diferente, toda vez que está orientada en proteger o defender la función pública, siempre que los servidores públicos incurran en cualquiera de las conductas o comportamientos señalados expresamente por el legislador en el catálogo des descritas en la parte especial del C. D. U., promulgado a través de la ley 734 de 2002.

Desarrollando esta premisa, el artículo 27 de la norma en cita, nos enseña que las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de funciones.

En el caso que nos convoca actualmente, tanto en el pliego de cargos como en el fallo ahora impugnado, de manera congruente o armónica se estableció que el comportamiento objeto de reproche de la procesada estuvo enfocado en demostrar que dicha servidora, de condiciones personales y profesionales ya conocidas, realizó objetivamente la descripción típica consagrada en la ley como delito de Estafa, cometida a título de dolo, con ocasión del cargo desempeñado por la investigada. Fue por esta razón que la motivación del fallo sancionatorio de primer grado, señaló enfáticamente, al realizar el análisis de tipicidad o legalidad, como elemento estructurante de la falta, que la disciplinada abusó de su cargo y condición de funcionaria DIAN, asignada al GIT de comercialización de la Seccional Barranquilla, para infundir credibilidad o confianza en los sujetos pasivos del punible, induciéndolos en error, por medio de artificios o engaños, para lograr el provecho ilícito patrimonial ya mencionado. Compartiendo la posición del aquo, es claro que la prueba documental y testimonial nos demuestra, en grado de certeza, que fue la funcionaria implicada quien elaboró la falsa o irreal idea de poder enajenar un lote de carros, supuestamente decomisado en las bodegas de la DIAN. Para este efecto y con el fin de elaborar sus artificios o engaños, no solo mostró ciertos listados de vehículos a sus posibles oferentes, sino que llegó incluso a conducirlos a las bodegas de la administración, todo esto, aprovechando el cargo por ella desempeñado, o lo que es lo mismo, actuando con ocasión del servicio.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-87.

Bastan estas breves consideraciones para rechazar el argumento único de sustentación de la apelación, presentado por el impugnante. Solo resta afirmar, haciendo eco del análisis probatorio realizado por el operador de primer grado, que las pruebas documentales y testimoniales allegadas a este proceso, demuestran, en grado de certeza, que la procesada incurrió en la falta disciplinaria objeto de acusación, razón por la cual deberá responder disciplinariamente por dicho comportamiento, tal como se expresará concluyentemente en la parte resolutive de esta decisión, al confirmar en su totalidad el fallo objeto de alzada.

OTRAS DECISIONES

Considera el despacho que en desarrollo de la presente actuación se denunciaron hechos que, en el evento de probarse, podrían configurar el delito de cohecho propio. Tal es el caso de las imputaciones que bajo la gravedad del juramento realizó el declarante Jorge Roque Fernández Garrido, quien aseguró que la servidora implicada recibió de su parte la suma de ochenta y cuatro millones de pesos, con posterioridad al año 2005, con el fin de dar inicio a una supuesta negociación indebida de vehículos decomisados por la DIAN. Con el fin de investigar penalmente esta situación se remitirán copias de la declaración aludida y de la presente actuación ante la unidad de asignaciones de la Fiscalía Seccional de esta ciudad, por competencia.

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 la razón de impugnación invocadas por el defensor de oficio (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 26 de junio 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.

CUARTO. A través de la Secretaría Técnica de esta UAE, **LIBRENSE** citaciones a la disciplinada, a la dependencia donde actualmente labora en la DIAN o a la última dirección registrada en su hoja de vida, o dentro del proceso disciplinario. Al defensor de oficio 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.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-87.

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, DEVUÉLVASE la actuación al despacho de origen, para dar cumplimiento al mismo y **ARCHIVAR** físicamente el expediente.

OCTAVO. Por la Secretaría Técnica de esta unidad, **COMPÚLSENSE** las copias aludidas en la parte final de los anteriores considerandos, una vez en firme la presente decisión.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE
Directora General

Proyectó: Demetrio Augusto Parra Jiménez

Revisó: Demetrio Augusto Parra Jiménez

Aprobó: Carmen Maritza González M. – Directora General.