

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

ILICITUD SUSTANCIAL – Diferencia entre el derecho penal y el derecho disciplinario.

En cuanto a la manifestación planteada por la defensa de que no hubo ilicitud sustancial o afectación de deberes funcionales por el disciplinado, por cuanto la administración no sufrió la más mínima mengua ni perjuicio, porque la sanción en contra de la firma contribuyente (XXX), proyectada por el Disciplinado se encuentra en firme, debe precisarse por este despacho que la expresión quebrantamiento sustancial de un deber funcional no se corresponde, como parece entenderlo la defensa, con la antijuricidad material propia del derecho Penal o con lesiones de derechos, sino con el grado de afectación a los deberes funcionales a cargo del servidor público, sin justificación alguna¹.

Según los principio normativos que rigen el elemento de la responsabilidad disciplinaria de la ilicitud sustancial, la conducta del servidor público relevante para el derecho disciplinario es aquella que sustancialmente desconoce sus deberes, entonces es necesario la valoración del nexo que une la conducta objetivamente realizada por el servidor público de quien se predica, es decir, si puede serle atribuida y en este punto el funcionario de primera instancia analizo que la conducta generadora de infracción disciplinaria si vulneró el deber funcional y afectó o desconoció principios propios de la función pública, por lo que resulta antijurídica en los términos del artículo 5 y 22 de la Ley 734 de 2002, por cuanto fue el resultado del aprovechamiento de condiciones especiales, como la calidad de servidor público del señor (XXX) y la de estar bajo el conocimiento y proyección funcional de las decisiones dentro del proceso iniciado al contribuyente.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULOS 5 Y 22

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2012-0219
Número y fecha del fallo:	00016 del veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo de primera instancia confirmado en segunda instancia.

¹ Artículo 5 y 22 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. 1704-01-2012-219.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado (XXX), en su condición de defensor de confianza del procesado (XXX), contra la resolución 17413 - 042 del 08 de noviembre de 2013, por medio de la cual la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de esta Agencia ITRC, profiere fallo sancionatorio de primera instancia dentro del Proceso Administrativo Disciplinario No.1704-01-2012-219.

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 0985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Los hechos investigados en la presente actuación tuvieron su génesis en la queja presentada por el señor (XXX) en escrito del 13 de junio de 2011, a través del cual elevó recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión No.322412011000076 de fecha 7 de abril de la misma anualidad, donde denunció que fue contactado telefónicamente por una supuesta funcionaria de la DIAN de nombre (XXX), quien los citó en un establecimiento de comercio de comidas rápidas (Mc Donald de la carrera séptima con av. Jimenez), en donde hizo presencia con el aquí disciplinado (XXX), quien supuestamente efectuó una exigencia de dinero y ofreció su asesoría para obtener una decisión favorable a los intereses de la empresa en la actuación administrativa.

2.- Por lo anterior la Subdirección Disciplinaria de la DIAN puso en marcha investigación disciplinaria, misma que fuera en principio archivada, pero reactivada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el quejoso (XXX), siendo trasladada a esta Agencia ITRC por auto del 17 de abril de 2012².

² Ver folio 799 Cno 4

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. 1704-01-2012-219.

3.- Asumido el conocimiento de la actuación en esta Agencia ITRC el día 21 de diciembre de 2012³, por auto del 30 de enero del año 2013 se dispuso clausurar la etapa de investigación disciplinaria⁴, calificando el mérito de las pruebas allegadas al plenario y formulándose auto de Cargos⁵ contra el disciplinado (XXX), como posible autor de la infracción disciplinaria gravísima descrita en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 421 del Código Penal, sobre el delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, presentado cuando un servidor público ilegalmente representa, litiga, gestiona o asesora en asunto judicial o administrativo.

4.- La imputación al disciplinado (XXX) se centró en la realización de un supuesto asesoramiento ilegal a delegados de la firma (XXX)., a efectos de orientarlos para eludir el pago de la sanción liquidada y proyectada por el mismo señor (XXX), dentro del expediente No.GO 20042010 0381, iniciado contra el contribuyente (XXX)., por la no presentación del impuesto de renta del año gravable 2004.

5.- Notificado al disciplinado del auto de cargos⁶, este solicitó la nulidad y práctica de pruebas⁷, peticiones decididas por el despacho instructor por auto del 16 de abril de 2013⁸, contra el cual se formuló recurso de reposición resuelto en forma desfavorable por el despacho instructor mediante decisión del 14 de mayo siguiente⁹, continuándose con el desarrollo de las pruebas en descargos, las cuales una vez practicadas, el día 11 de septiembre de 2013 se corre traslado para alegar de conclusión¹⁰.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante resolución 17413-042 del (08) ocho de noviembre de 2013¹¹ el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, profirió fallo de primera instancia en el cual resumió en algunos párrafos los hechos objeto de investigación; el cargo formulado y los argumentos defensivos del procesado planteados a lo largo del proceso, como de los alegatos de conclusión. De la misma manera se resumieron valoraron y

³ Ver folio 809 Cno 5

⁴ Ver folio 810 Cno 5

⁵ Ver folio 824- 830 Cno 5

⁶ Ver folio 835 Cno 5

⁷ Ver folio 841-861 Cno 5

⁸ Ver folio 871-874 Cno 5

⁹ Ver folio 886-887 Cno 5

¹⁰ Ver folio 958 Cno 5

¹¹ Ver folios 980-989 Cno 5

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. 1704-01-2012-219.

evaluaron conjuntamente la totalidad de las pruebas recaudadas a lo largo de toda la actuación surtida.

Inmediatamente después, la primera instancia inició su exposición de motivos citando la normatividad que le atribuye competencias para fallar el sub examine. A renglón seguido nombran en el fallo impugnado los preceptos legales que describen en materia disciplinaria, la exigencia probatoria para sancionar y el sistema de valoración o apreciación integral de las pruebas.

Consideró el fallador de primera instancia, que con base en el análisis probatorio decretado y practicado legal y oportunamente en el plenario, tanto en la etapa de instrucción como en la de juicio, la imputación que se formuló al investigado dentro del auto de cargos, constituye una imputación diáfana y concreta, de suerte que el disciplinado conto con todas las posibilidades procesales de ejercer sus derechos de contradicción y defensa respecto de la misma, para proceder a decidir como en derecho correspondía.

Continuando con la motivación del fallo, referente a la valoración probatoria, estimo el despacho a-quo que se encontraba probada la materialización de la conducta típica e ilícitamente sustancial endilgada en el pliego de cargos¹² al funcionario (XXX), en cuanto a que de la valoración conjunta y sistemática de las pruebas allegadas legal y oportunamente al plenario, se pudo establecer en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, que el factor determinante que dio lugar a la configuración de la conducta de “asesoramiento, presentado cuando un servidor público ilegalmente representa, litiga, gestiona o asesora en asunto judicial o administrativo”, tuvo su origen en el contenido de la conversación sostenida entre los asistentes a la reunión en el establecimiento de comidas rápidas¹³, a saber, señores (XXX), es indiscutible que la misma giró en torno a la situación jurídica del contribuyente y terminó con el asesoramiento ilegal por parte del funcionario (XXX), respecto a cómo hacer frente a la revisión de la liquidación oficial del impuesto de renta del año 2004, presentada ante la DIAN.

A esta conclusión arriba el despacho a-quo después de evaluar los sucesos previos a la reunión, conjuntamente con la información ofrecida por los medios de convicción arrimados a la actuación, los cuales en su sentir dejan entrever un manejo estratégico del vínculo

¹² Ver folio 824-830 Cno 5

¹³ Mc Donald de la carrera séptima con av. Jimenez

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. 1704-01-2012-219.

funcional con el proceso de la firma (XXX), para propiciar un encuentro que término con la conducta que se reprocha en esta actuación disciplinaria.

En tal sentido considero el despacho a-quo que la claridad sobre el dialogo y la consumación objetiva de la conducta ilícita enrostrada, surge de la injurada ofrecida por el disciplinado, pues revela que durante la misma orientó a los delegados de la firma (XXX)., sobre la contestación del requerimiento especial, indicándoles que si tenían los soportes de la contabilidad debían aportarlos con la respuesta dentro del término legal, además considerar atender lo dispuesto en el artículo 709 del Estatuto Tributario, relativo a la corrección provocada por razón del requerimiento especial.

Continuando el despacho a-quo con la motivación del fallo, argumentó el cabal cumplimiento del requisito de la ilicitud sustancial satisfecho, al expresar que la conducta imputada al procesado vulneró su deber funcional sin justificación alguna, pues en su condición de servidor público debía actuar bajo postulados de lealtad, imparcialidad, neutralidad y eficacia¹⁴, es decir a partir de normas rectoras de su ejercicio, tal como lo establece la ley disciplinaria en sus artículos 5 y 22; principios que considero el despacho instructor que en el sub examine no se cumplieron a cabalidad en la actuación reprochada por el disciplinado, sino que por el contrario este mancilló los principios enunciados de la función pública a los que estaba obligado acatar, sin justificación alguna.

Con relación al requisito estructural normativo de la culpabilidad de la falta, mantuvo el fallador de primera instancia su posición esbozada en el auto de cargos, al considerar que la falta objeto de sanción debía ser imputada a título de dolo, por cuanto consideró que el funcionario era plenamente capaz de comprender la ilicitud de su comportamiento, dada su larga trayectoria en la entidad, sobre las repercusiones legales de su actuar y el contenido de las normas que regulan la materia.

Por lo anterior concluyo el a-quo que la *“concertación de una reunión con delegados de un contribuyente al margen del espacio laboral, la responsabilidad del trámite del expediente fiscal por el disciplinado, y el abstenerse de retirarse del lugar una vez supo que eran personas interesadas en un asunto a su cargo, al igual que el señalamiento preciso de los aspectos normativos aplicables a la respuesta del requerimiento fiscal, imponen concluir la existencia del dolo en la realización de la conducta disciplinaria,*

¹⁴Constitución Política-Art 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

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. 1704-01-2012-219.

porque muestran el actuar consciente, voluntario y auto determinado, necesarios en la realización dolosa de la falta disciplinaria” Sic.

En el acápite subsiguiente, titulado contestación a los argumentos de defensa, el fallador de primer grado hizo énfasis en que no le asiste razón a la defensa, en la pretensión de justificar la conducta del investigado, en el sentido de que gracias al testimonio de los delegados por el representante legal de la firma (XXX)., es incontrovertible que se presentó una reunión donde se trató el tema del requerimiento especial, proferido por la administración contra el contribuyente, situación que devela un interés común entre los participantes del encuentro y la situación de la firma a futuro en el proceso administrativo.

Que conforme a los testimonios del asesor jurídico y del contador del contribuyente, la reunión se cumplió al margen de las instalaciones de la DIAN, dejando vislumbrar la posibilidad que el tema a tratar y las conclusiones a que se pudiera llegar no podían ser abordadas libremente en las instalaciones de la DIAN.

Así mismo agregó el a-quo que durante la cuestionada reunión se planteó o al menos sugirió, según la declaración del contador, la intervención del disciplinado para colaborar en que el contribuyente eventualmente no cancelara la multa impuesta.

Indico que el disciplinado en su injurada refirió que orientó a sus interlocutores sobre la presentación de los soportes contables, así como el examinar la situación a la luz de unos normas precisas del estatuto tributario, lo cual permitió concluir al despacho de primer grado que si existen elementos de juicio válidos y suficientes para declarar la responsabilidad disciplinaria del procesado, por la asesoría ilegal reprochada.

En lo concerniente a la calificación de la falta, el despacho a quo mantuvo la posición previamente asumida en el auto de cargos, en consecuencia, califico la conducta imputada disciplinariamente al funcionario (XXX), como Gravísimas a título de dolo, al hallarla enmarcada en los preceptos normativos del artículo 48, núm. 1º de la Ley 734 de 2002, en correlación con el artículo 421 del Código Penal.

En el proceso de dosificación de la sanción, atendiendo a la calificación concreta como Gravísima a título de dolo imputada al disciplinado, consideró el despacho de primer grado viable la imposición de la sanción disciplinaria consistente en destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de doce (12) años, teniendo en cuenta

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. 1704-01-2012-219.

para la graduación de la sanción los criterios normativos del artículo 47 del CDU, en cuanto señalo que no se podrá partir del mínimo establecido para fijar el término de la inhabilidad, por cuanto el disciplinado actuó con conocimiento, voluntad y determinación en la comisión de la infracción; sin embargo, valoro en favor del procesado la no existencia de antecedentes disciplinarios o fiscales y que su desempeño laboral no ha sido ineficiente o falta de diligencia.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es con la presentación del escrito de alzada fechado el día 27 de noviembre del 2013¹⁵, el defensor del procesado sustentó su recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio de primera instancia, solicitando de este despacho de segunda instancia, la absolución de la sanción de su prohijado, con base en los siguientes fundamentos:

Planteó el libelista que la investigación disciplinaria en contra del Señor (XXX), no se ajusta a la verdad material y jurídica, en la aplicación de las reglas de la sana crítica sobre la evaluación de las pruebas.

En tal sentido alego que no está probada dentro del expediente la asesoría ilegal reprochada y que lo que si esta probado es las contradicciones en que incurren los Testigos del Quejoso (XXX) quienes no coinciden en si hubo solicitud o no de dinero, quien lo solicito y si este se entregó.

Reconoce que se encuentra probado, la ocurrencia de la citada reunión en el Establecimiento Mac Donald, como la asistencia y participación del Señor (XXX), pero no que en la reunión se haya producido algún tipo de Asesoría ilegal por parte del procesado a los delegados del contribuyente que asistieron a la mentada reunión; que *“el único pecado cometido por el Señor (XXX), fue asistir a la citada Reunión engañado por parte de su compañera de trabajo (XXX)”* y que el Disciplinado no era adivino para saber de antemano sobre el motivo de la invitación, así como quienes van a estar presentes, y el tema a tratar.

Arguyo la defensa en cuanto a la calificación subjetiva que realiza el despacho a-quo a título de dolo de la conducta desplegada por el disciplinado, que es errónea y distante de la

¹⁵ Ver folios 1018-1032.

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. 1704-01-2012-219.

realidad, ya que ningún testigo, ni prueba documental demuestran en grado de certeza la supuesta asesoría ilegal enrostrada y que lo único que el Señor (XXX) indico en su injurada, fue su asistencia a la reunión y la indicación que si la empresa contribuyente tenía los soportes los aportara, que nunca hablo de cuáles, ni menciono términos ni norma alguna.

Por otra parte agrego que tan pronto como salió el disciplinado de la reunión requirió a su compañera (XXX) por su conducta y que así mismo cuando lo llamo a su Oficina el Abogado (XXX), este se molestó y le indico que no lo llamara a su sitio de trabajo, pruebas estas que según el recurrente no fueron tenidas en cuenta ni analizadas por el despacho a-quo, quien solamente se limitó a analizar la reunión y la injurada y a partir de ella arribar a conclusiones inexactas.

Agrego que no se valoraron conjuntamente todas las pruebas obrantes en la Investigación, las cuales demuestran la inocencia del Señor (XXX) en los hechos investigados, y su responsabilidad disciplinaria.

Por otra parte señalo que en el sub examine no hubo afectación de deberes funcionales por el disciplinado, por cuanto la administración no sufrió la más mínima mengua ni perjuicio; porque la sanción en contra de la firma contribuyente (XXX), proyectada por el Disciplinado se encuentra en firme. En tal sentido agrego que no basta como tal la sola infracción a un deber, sino que se requiere que ello sea en términos sustanciales de afectación al deber funcional asignado al servidor cuyo comportamiento es reprochado y que sobre el particular dicho deber funcional no se afectó.

Añadió el inconforme que en el sub examine no se cumplieron a cabalidad los supuestos que componen la arquitectura de la falta disciplinaria por la cual se sanciona al Señor (XXX), referentes a la descripción típica e ilícitamente sustancial cometida a título de dolo por su defendido, que en tal sentido el cumplimiento de estos supuestos no puede darse por la sola constatación del primero de los tres elementos que se establecen en el art. 48, núm. 1, de la ley 734 de 2002, esto es que se trate de una conducta objetivamente descrita por la ley como delito, *“dejando de lado la evaluación de los otros dos elementos como lo son el subjetivo de la conducta y la comprobación de la transgresión de deberes funcionales ilícitamente sustanciales por el disciplinado” sic.*

En síntesis, estos fueron los planteamientos por los cuales el defensor solicitó la absolución de responsabilidad disciplinaria de su prohijado.

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. 1704-01-2012-219.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Previo a dar inicio a las consideraciones de instancia, es importante precisar que de conformidad con las prerrogativas legales consagradas en el parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, *“...El recurso de apelación le otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindibles al objeto de la impugnación...” sic.*

La segunda instancia para determinar si le asiste o no razón al recurrente, indicara cual es la situación probatoria en el expediente respecto del disciplinado (XXX), extractara de ella las conclusiones a las que allá lugar y dará respuesta específica a cada uno de los planteamientos deprecados por la defensa. En ese orden la segunda instancia desarrollará el análisis de los alegatos formulados, en el orden propuesto por el recurrente.

Sobre el particular se tiene que la imputación disciplinaria que hiciera el despacho a-quo al disciplinado (XXX) mediante resolución 17413-042 del (08) ocho de noviembre de 2013¹⁶, se relacionó con la incursión en la falta disciplinaria Gravísima descrita en el numeral 1º del artículo 48 del CDU, en correspondencia con el artículo 421 del Código Penal referente al delito de *“asesoramiento ilegal, presentado cuando un servidor público ilegalmente asesora en asunto judicial o administrativo”*.

La imputación se centró en la realización de un presunto asesoramiento ilegal por el disciplinado a delegados de la firma (XXX)., en una reunión que tuvieron en el mes septiembre de 2010 en el establecimiento Mc Donald de la carrera séptima con av. Jimenez, a efectos de orientarlos para eludir el pago de la sanción liquidada y proyectada por el mismo disciplinado (XXX), dentro del expediente a su cargo con No. GO-200420100381, iniciado contra el contribuyente (XXX)., por la no presentación del impuesto de renta del año gravable 2004.

A la anterior imputación arribo el despacho a quo, con base en el siguiente acervo probatorio.

¹⁶ Ver folio 980-989.

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. 1704-01-2012-219.

- Copia del expediente tributario No. GO 2004 2010 0381, iniciado el 18 de febrero del año 2010 a la firma (XXX)., Nit. 802016706, donde el disciplinado (XXX) aparece actuando desde el 7 de abril de 2011, proyectando liquidación oficial de revisión¹⁷.
- Comunicación emitida por la Subdirección de Personal de la DIAN acreditando la condición de servidor público de (XXX); aportando situaciones administrativas, roles y funciones asignadas¹⁸.
- Testimonio del Contador Público (XXX), quien reconoció conocer al quejoso (XXX) y referirlo con la servidora pública (XXX), para que lo asesora en su gestión, presentándolos en una ocasión que coincidieron los tres¹⁹.
- Testimonio del servidor público (XXX) ²⁰, quien declara sobre el buen desempeño laboral del disciplinado.
- Testimonio de la señora (XXX) quien informa al proceso sobre el buen comportamiento laboral y personal del señor (XXX) ²¹.
- Testimonio del funcionario (XXX), quien depone sobre el comportamiento laboral del disciplinado y el trámite para proferir una liquidación oficial, precisó que el disciplinado nunca le insinuó favorecer a ningún contribuyente y recuerda un episodio donde un abogado lo llamó para que le ayudara con un expediente, generándole malestar anímico al señor (XXX) ²².
- Testimonio de (XXX) del 22 de marzo de 2012²³, en calidad de contador público de la firma (XXX). quien manifiesta haber asistido a la citada reunión en el Mc Donald, acompañando al abogado asesor de la firma, declarando no solo la presencia del disciplinado en el lugar, sino su ofrecimiento o disposición para colaborarles en obtener la terminación del expediente tributario y eludir el pago de la multa.
- Diligencia de testimonio de (XXX) del 26 de junio de 2013 en calidad de abogado asesor de la firma (XXX)²⁴, quien señalo que una señora de nombre (XXX), lo cito

¹⁷ Ver folios 343-375.

¹⁸ Ver folios 477-566.

¹⁹ Ver folios 901-902.

²⁰ Ver folios 904

²¹ Ver folios 905

²² Ver folios 902-903.

²³ Ver folios 757-760.

²⁴ Ver folios 919-920.

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. 1704-01-2012-219.

al establecimiento de comidas Mc Donald, a donde arribó primero ella y luego el disciplinado (XXX), quien les afirmó que la situación del contribuyente se arreglaba con plata, respecto a si el disciplinado les ofreció orientación dijo no recordarlo, pero sí que les habló de cómo arreglar el pleito.

- Diligencia testimonial de (XXX), quien reconoció conocer al señor (XXX) porque trabajaron en la misma división, pero no en el mismo grupo, porque ella pertenecía al área de notificación. Sobre la referida reunión en el Mc Donald, negó cualquier participación en la misma²⁵.

Visible a folios 673 del expediente se encuentra la versión libre del procesado, en donde el señor (XXX) describe su comportamiento en la cuestionada reunión al precisar:

“...Se me pidió el favor de que le explicara o diera una orientación a un conocido de ella, ((XXX)) ya que yo tenía el expediente de la sociedad (XXX), a mi cargo, esto lo hice antes de la reunión que se efectuara en el Mac Donald. Me dijo que por favor le explicara que tenía que hacer a su conocido para contestar el requerimiento especial...sic”;

Como se observa contrario a lo planteado por la defensa, referente a que el disciplinado no era adivino para saber de antemano sobre el motivo de la invitación, así como con quienes se iba a reunir y el tema a tratar; es el mismo funcionario (XXX) quien contradice tales alegatos al aseverar que en efecto si sabía a qué iba al Mc Donald, *(explicara o diera una orientación)sic*; con quien se iba a encontrar *(un conocido de ella, -Diana Lugo)sic* y que tema iba a tratar *(explicara a su conocido que tenía que hacer para contestar el requerimiento especial)sic*²⁶.

Conjuntamente agrego el versionista en su injurada:

“...Una vez esas personas nos levantaron las manos efectivamente uno de ellos se me identifico como el contador de IPT y el otro como el asesor, el contador me pregunto que debía hacer para contestar el requerimiento,(...) simplemente le manifesté que si tenía los documentos de la contabilidad y los soportes tales como contratos y facturas, los aportara ya que en la etapa previa desarrollada por fiscalización no habían sido aportados, que diera respuesta dentro del término de los

²⁵ Ver folios 918.

²⁶ Ob- cit.

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. 1704-01-2012-219.

tres meses que hacia alusión el requerimiento especial y que si lo consideraba pertinente procediera dentro de los términos del artículo 709 del Estatuto Tributario a corregir la declaración, que liquidara la sanción de inexactitud reducida y reliquidara la sanción de extemporaneidad, la cual se encontraba mal determinada, ya que por ser una declaración de renta del año 2004, la cual solo se presentó hasta el año 2008, ha instancias de la administración se encontraba mal liquidada, que esa corrección debía sujetarse en todo, a los artículos 709 y 711 del Estatuto Tributario...sic²⁷

Lo anterior desestima ostensiblemente el alegato de la defensa y resulta muy contrario a lo planteado por esta, en cuanto a que el disciplinado “solo hizo una breve indicación referente a que si la empresa contribuyente tenía los soportes los aportara, que nunca hablo de cuáles, ni de términos, ni menciono norma alguna”.

Nótese que el disciplinado reconoce que les manifestó a los representantes de la firma contribuyente que si tenían los documentos de la contabilidad y los soportes como contratos y facturas, los aportara ya que en la etapa previa no habían sido aportados; esto es que dio claros lineamientos de subsanación de los yerros documentales extraoficialmente, no presentados en la declaración de la firma contribuyente y por el mismo funcionario elaborada.

Frente a los términos de subsanación les indico que dieran respuesta dentro del término de tres meses al requerimiento especial y frente a que si mencionó norma alguna, se tiene que les indico que procedieran sujetándose en todo, a los artículos 709 y 711 del Estatuto Tributario al corregir la declaración.

Elementos facticos que contrario a lo argüido por la defensa, denotan diáfananamente que el disciplinado en efecto si sabía a qué iba a la reunión con los representantes de la entidad contribuyente y termina asesorándolos de manera precisa sobre el asunto particular a el asignado y de interés directo para sus interlocutores. (i) **Asesoría extraoficial de documentos faltantes**, (ii) **términos** y (iii) **normas pertinentes**).

Sobre la cuestionada reunión en particular, los testimonios del abogado asesor del contribuyente (XXX) y del contador público de la misma entidad, (XXX), describen haber asistido a la citada reunión en el Mc Donald con el disciplinado y con su amiga; así como el

²⁷ Ver folio 673.

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. 1704-01-2012-219.

ofrecimiento o disposición por parte del disciplinado para colaborarles en obtener la terminación del expediente tributario y de cómo arreglar el pleito.

Por lo tanto contrario a la alegada incongruencia en los testimonios de (XXX) como representantes de la firma (XXX), propuesta por la defensa y referente a que si el señor (XXX) les pidió o no dinero a los representantes de la entidad, ***debe recordar este despacho que ni la investigación ni el juicio reprochado al expedientado giraron ni se cimentaron en los delitos de concusión o cohecho***²⁸ contra el disciplinado; la discusión jurídica planteada en el proceso derivada de la línea investigativa, posteriormente enjuiciada y sancionada al expedientado, ***se confina a la presunta asesoría ilegal*** realizada por el señor (XXX), que para efectos procesales es la imputación objeto de revisión, que le importa a esta segunda instancia.

En efecto y tal como lo estimara el despacho a-quo en el fallo objeto de estudio, que el disciplinado hubiese llegado a la reunión por acuerdo con la señora (XXX) o por engaños de ésta, lo cierto es que como servidor público a cargo del expediente de interés para sus interlocutores en la reunión, no estaba facultado para ofrecerles ninguna clase de orientación o asesoría sobre los puntos a considerar en la respuesta al requerimiento especial y menos por fuera de su sede laboral, tal como diáfananamente se observa de los testimonios en cita y de la propia versión del procesado.

Si hasta este momento se analiza y valora de manera conjunta y sistemática en el contexto factico acreditado en el proceso, la situación probatoria de (XXX), es evidente y claramente indicativo que concurren múltiples hechos que lo comprometen en la conducta acusada como en lo ilícito de la misma y en la intención dolosa de su actuar, posteriormente sancionada en la secuencia procesal que da cuenta el expediente; incurriendo en consecuencia en la conducta descrita en el artículo 421 del Código Penal, referente a la asesoría ilegal del funcionario y con ello en la infracción disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En tal sentido encuentra este despacho ad-quem, que el elemento subjetivo de la conducta disciplinaria se encuentra abastecido y adecuado a la imputación dolosa que hiciera el despacho a-quo en el presente asunto, porque como se observó líneas atrás contrario a lo planteado por la defensa, referente a que el disciplinado no era adivino para saber de

²⁸ Artículos 404 y 405 del Código Penal.

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. 1704-01-2012-219.

antemano sobre el motivo de la invitación, así como con quienes se iba a reunir y el tema a tratar; es el mismo funcionario (XXX) quien contradice tales alegatos al aseverar que en efecto si sabía a qué iba al Mc Donald, (explicara o diera una orientación)sic; con quien se iba a encontrar (un conocido de ella,- (XXX))sic y que tema se iba a tratar (explicara a su conocido que tenía que hacer para contestar el requerimiento especial)sic.

Lo anterior denota diáfamanamente que el disciplinado en efecto si sabía a qué iba a la reunión con los representantes de la entidad contribuyente y termina asesorándolos de manera precisa sobre el asunto particular a el asignado y de interés directo para sus interlocutores. (Asesoría en documentos faltantes, términos y normas pertinentes).

La concertación de una reunión con delegados de un contribuyente al margen del espacio laboral, la responsabilidad del trámite del expediente fiscal por el disciplinado, y el abstenerse de retirarse del lugar una vez supo que eran personas interesadas en un asunto a su cargo, al igual que el señalamiento preciso de los aspectos normativos aplicables a la respuesta del requerimiento fiscal, imponen concluir tal como en el fallo impugnado lo hace el despacho de primer grado, la existencia del dolo en la realización de la conducta disciplinaria, porque evidentemente demuestran el actuar consciente, voluntario y auto determinado, necesarios en la realización dolosa de la falta disciplinaria.

Recuérdese que el comportamiento desplegado es de aquellos que exigen para su realización el conocimiento, la conciencia y la voluntad de su concreción, de tal forma que sobre la modalidad dolosa del elemento culpa, corresponde precisar que deben reunirse para su configuración los elementos de conocimiento de la ilicitud o antijuridicidad del comportamiento, y la voluntad de dirigir la acción hacia su materialización, de donde resulta que actúa dolosamente quien conoce los elementos esenciales del tipo y quiere la acción y su resultado.

Dentro del anterior contexto, se ha entendido y explicado por el doctrinante de derecho disciplinario Carlos Arturo Gómez Pavajeau, que para que se materialice el dolo, “...*basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. (...) El conocer ya involucra el deber, pues si conozco y realizo es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por HRUSCHKA al sentenciar que “quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo”*²⁹.

²⁹ Gómez Pavajeau Carlos Arturo, Dogmática del Derecho Disciplinario, Tercera Edición, Pág.340.

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. 1704-01-2012-219.

En conclusión, encuentra este sensor de instancia que el disciplinado no solamente tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta, sino que dirigió su voluntad a la violación de la ley sin reparar en las exigencias propias de su cargo. El dolo aparece entonces ostensible en el sub examine, en el entendido de que el comportamiento al que estuvo expuesto como servidor público, expresó manifestaciones contrarias a derecho y a la recta función pública, con el propósito de asesorar a los representantes de la entidad contribuyente sobre como concluir un proceso en su contra surtido en la Dian, asignado al disciplinado.

Le asiste razón en tal sentido al despacho a-quo, cuando señala que no se trata de reprochar un encuentro casual de un servidor público con un sujeto procesal, ni censurar la orientación permitida por la ley, que ofrece un representante del Estado en ejercicio de su cargo y funciones dentro de los escenarios pertinentes, como su sitio de trabajo, sino aquella conducta donde el funcionario desborda sus límites en encuentros furtivos con usuarios interesados en asuntos a su cargo, como en este asunto, donde todo indica que la reunión fue planeada y se entró en el campo del asesoramiento contrario a derecho por parte del disciplinado, al ofrecer precisos consejos sobre puntos a considerar en la respuesta a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y en consecuencia muy contrarios a los intereses de la entidad.

Por lo anterior, no prospera el cargo en cuanto a que el despacho a-quo no valoró conjuntamente todas las pruebas obrantes en la Investigación, ni que no existe prueba del elemento subjetivo de la conducta reprochada.

En cuanto a la manifestación planteada por la defensa de que no hubo ilicitud sustancial o afectación de deberes funcionales por el disciplinado, por cuanto la administración no sufrió la más mínima mengua ni perjuicio, porque la sanción en contra de la firma contribuyente (XXX), proyectada por el Disciplinado se encuentra en firme, debe precisarse por este despacho que la expresión quebrantamiento sustancial de un deber funcional no se corresponde, como parece entenderlo la defensa, con la antijuridicidad material propia del derecho Penal o con lesiones de derechos, sino con el grado de afectación a los deberes funcionales a cargo del servidor público, sin justificación alguna³⁰.

Según los principio normativos que rigen el elemento de la responsabilidad disciplinaria de la ilicitud sustancial, la conducta del servidor público relevante para el derecho disciplinario

³⁰ Artículo 5 y 22 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. 1704-01-2012-219.

es aquella que sustancialmente desconoce sus deberes, entonces es necesario la valoración del nexo que une la conducta objetivamente realizada por el servidor público de quien se predica, es decir, si puede serle atribuida y en este punto el funcionario de primera instancia analizo que la conducta generadora de infracción disciplinaria si vulneró el deber funcional y afectó o desconoció principios propios de la función pública, por lo que resulta antijurídica en los términos del artículo 5 y 22 de la Ley 734 de 2002, por cuanto fue el resultado del aprovechamiento de condiciones especiales, como la calidad de servidor público del señor (XXX) y la de estar bajo el conocimiento y proyección funcional de las decisiones dentro del proceso iniciado al contribuyente.

En tal sentido señaló el despacho a-quo que *“No puede resultar ajeno al interés del derecho disciplinario la conducta de un agente del Estado que por una situación accidental o no de concurrir a una sede diferente de su sitio de trabajo, direcciona su experiencia, conocimiento y capacidad laboral para asesorar ilegalmente y extraoficialmente sobre las acciones a seguir en un proceso a su cargo, cuando lo lógico es que destine esos elementos al desarrollo integral de sus funciones en favor de la entidad “sic.*

Recuérdese que uno de los pilares propios de la Función Pública es la del principio de lealtad que todos los funcionarios le deben a la Administración, pues todo servidor público debe actuar bajo postulados de lealtad, imparcialidad, neutralidad y eficacia, es decir a partir de normas rectoras funcionales de su ejercicio, tal como lo establece la ley disciplinaria en sus artículos 5 y 22; principios que considero el despacho instructor que en el sub examine no se cumplieron a cabalidad en la actuación reprochada por el disciplinado, sino que por el contrario este mancilló los principios enunciados de la función pública a los que estaba obligado acatar,³¹ sin justificación alguna.

Por lo anterior el alegato de que el disciplinado no vulnero sustancialmente sus deberes funcionales con su actuación, no está llamado a prosperar.

Debe recordarse en esta instancia procesal que quien decida asumir una función Pública se acoge al régimen estatutario Constitucional y legal del funcionario y se somete estrictamente a sus mandatos, siendo libre de hacerlo o de abstenerse, pero no de sustraerse de ellos una vez adquiera el status de funcionario Público, pues la función Pública supone no solo la tutela implícita a la libertad de trabajo y escogencia de actividad, de oficio o de profesión, sino también la fundamental y explícita garantía de imparcialidad, decoro dignidad probidad, aptitud capacidad e idoneidad de los funcionarios que el Estado le debe a sus gobernados.

³¹ Artículo 209 de la Constitución Nacional.

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. 1704-01-2012-219.

Por lo anterior no le basta al funcionario público no violar la Constitución y la Ley, como a los demás ciudadanos, sino que a él se le exige además cumplir y promulgar los deberes asignados y tener que ceñirse a los mandamientos legales autorizados por la Carta, relativos a su compartimiento en relación con su función, de manera que si no lo hace, compromete la investidura que ejerce y queda sometido a la Jurisdicción correccional o disciplinaria respectiva. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL SENTENCIA DEL 12 DE AGOSTO DE 1982 Magistrado Ponente: Manuel Gaona CRUZ).

En cuanto al alegato de que en el sub examine no se cumplieron a cabalidad los supuestos que componen la arquitectura de la falta disciplinaria por la cual se sanciona al Señor (XXX), referentes a la descripción típica e ilícitamente sustancial cometida a título de dolo por su defendido, encuentra este despacho que tal alegato solo se queda en el plano enunciativo de la defensa, sin profundizar o exponer a esta instancia que etapa procesal o de la estructura de la responsabilidad disciplinaria se pretermitió por el despacho de primer grado.

Contrario a lo anterior, para la segunda instancia, el criterio de interpretación, valoración y aplicación normativa y probatoria que realizó el despacho a-quo en el sub examine, como órgano de control disciplinario de primera instancia, al que la ley ha dotado de amplia autonomía e independencia, se ajustó con plena subvención al ordenamiento jurídico, la sanción se impuso motivadamente sin menoscabo del derecho al debido proceso del disciplinado (XXX), luego de hallar plenamente acreditadas la comisión de la falta gravísima (art. 48 núm. 1º CDU- art. 421 del CP), la ilicitud sustancial de la conducta, (art 5º y 22 CDU) y la responsabilidad subjetiva del actor (Art 13 CDU), con pruebas legal, oportunamente practicadas y debidamente valoradas, (Art 128 y 130 CDU), como arriba se expuso con suficiencia.

De la exposición de motivos del fallo atacado, hay que destacar que el investigador disciplinario disponía al momento de valorar las pruebas y los hechos, de un amplio campo de autonomía legal para determinar si la conducta investigada se subsumía o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes y si esta fue cometida con dolo o con culpa, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en los Art. 13 y 43 del CDU³², sin embargo el hecho de que tal valoración no

³² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., 11 de julio de 2013 Radicación número:11001032500020110012100 (...)Vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa legal probatoria; de hecho el propio Código Disciplinario Único consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al establecer que “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”. De manera que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de pruebas –por ejemplo un testimonio o un documento- para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar

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. 1704-01-2012-219.

beneficie al recurrente, en nada tiene que ver con violaciones al debido proceso ni al derecho de defensa alegados.

Por lo anterior el cargo alegado de que se violó la estructura de la responsabilidad Disciplinaria del expedientado, no encuentra subvención de prosperidad.

Basten hasta aquí las consideraciones ut supra, para rechazar los argumentos de sustentación de la apelación, presentados por la defensa. Solo resta afirmar, haciendo eco del análisis probatorio realizado por el operador disciplinario de primer grado, que el procesado (XXX), incurrió en la falta disciplinaria objeto de censura, razón por la cual deberá responder disciplinariamente por dicho comportamiento, tal como se expresará en la parte resolutive de esta providencia, al confirmar en su totalidad el fallo objeto de alzada.

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 el defensor de confianza Doctor (XXX), en representación del procesado (XXX), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. En consecuencia, **CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD** el fallo sancionatorio proferido por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, mediante resolución No. 17413 – 042 del 08 de noviembre de 2013.

TERCERO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión a los sujetos procesales, de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101,104 y 107 de la Ley 734 de 2002.

CUARTO. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios probatorios admitidos por el sistema legal Colombiano e incluso en otros medios probatorios, como se deduce del mismo artículo 130 ibídem (...).

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. 1704-01-2012-219.

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.

SEPTIMO: REMITIR copia de la presente decisión al nominador del procesado, para que proceda a ejecutar la sanción impuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º y párrafo del artículo 172 de la ley 734 de 2002.

OCTAVO. Ejecutoriada esta decisión y libradas las comunicaciones de rigor, **ARCHIVAR** el expediente.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE

Directora General

Proyectó: Julian Andres Garcia Novoa

Aprobó: Carmen Maritza González M. – Directora