



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

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos para su configuración.

Efectivamente, este tipo penal se encuentra constituido por cuatro elementos fundamentales, a saber: un sujeto activo calificado, que no es otro que el servidor público competente para proferir el acto; un objeto material, plasmado en el acto (resolución o dictamen) sobre el cual se patentiza la conducta; una conducta liderada por el verbo rector “proferir” (que puede ser entendida como pronunciar, emitir o expedir un acto administrativo). Complementando estos tres elementos, aparece un ingrediente normativo estructurante, a través del cual se califica el objeto material, como un acto “manifiestamente contrario a la ley”.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48, NUMERAL 1 / LEY 599 DE 200 – ARTICULO 413

COMPETENCIA DEL OPERADOR DISCIPLINARIO – No puede convertirse en una tercera instancia de las decisiones que competen a otra autoridad.

En primer lugar, resulta necesario aclararle al fallador a quo, que en cumplimiento de la función disciplinaria, como lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, el operador disciplinario no puede emitir pronunciamientos ajenos a su competencia ya que algunos de los asuntos planteados a lo largo del fallo impugnado, como son los relacionados con la motivación de posible ilegalidad de los archivos administrativos, pueden dirimirse en vía gubernativa o en ejercicio de acciones contenciosas, lo cual le impide al despacho el convertirse, por un lado, en una “tercera instancia” reformadora o confirmatoria de las decisiones adoptadas en vía gubernativa que competen a otra autoridad o, por otro lado, en autoridad jurisdiccional revestida para administrar justicia. Así las cosas debe hacerse claridad que la presente decisión no entrará a ordenar el cumplimiento de normas, sino a verificar el comportamiento del servidor público acusado.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 22

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2012-0065
Número y fecha del fallo:	00026 del dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo revocado por segunda instancia.

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado(XXX), en su condición de defensor del procesado (XXX), contra el fallo sancionatorio proferido por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias, el pasado 27 de mayo de 2014, dentro del expediente disciplinario 1704-01-2012-65.

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 se originó en el informe suscrito el 30 de noviembre de 2010, por la funcionara (XXX), en su condición de Jefe de Oficina de Control interno de la DIAN. Dentro del oficio respectivo, la servidora pública en mención remitió ante la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la misma entidad, copia de los hallazgos N°1 y N° 10, advertidos respectivamente en el plan de mejoramiento de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y en el informe de gestión de la Subdirección de Gestión de Fiscalización Tributaria. Según se advirtió en estos dos documentos, existieron presuntas irregularidades en el trámite de expedientes de cobro, conocidos por funcionarios de la división de fiscalización de impuestos Bogotá. Ver fls. 1 y 2 del c. o. La posible irregularidad advertida sobre una muestra de 20 expedientes, fue definida así por el personal de auditores internos: "...Se profirieron los autos de archivo con el argumento que el contribuyente corrigió las declaraciones. Sin embargo, al observar las declaraciones de corrección se evidencia que no se ajustan a los resultados de las investigaciones adelantadas en las cuales se estableció que no se probó la realidad de las transacciones, sugiriendo que se trata de operaciones simuladas, tal como se observa en los resultados de las visitas practicadas, cruces de información, testimonios, fotografías y demás pruebas recolectadas las cuales reposan en los expedientes al igual que en los siguientes informes. ...". Ver fls 3, 4 y 5 del c. o. 1.

2.- Por los hechos anteriormente referidos, la Coordinación de Instrucción de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, mediante auto calendado el 11 de enero de 2011, ordenó la apertura de indagación preliminar, en averiguación de responsables. Ver fls. 48 y s.s. del c. o.1.

3.- El 31 de enero de 2011 el Instructor de conocimiento decretó la práctica de pruebas tendientes al perfeccionamiento de la indagación preliminar. Ver fl. 51 del c. o. 1.

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

4.- Mediante auto fechado el 23 de mayo de 2011 el mismo funcionario conocedor de la instancia decretó la práctica de pruebas y dispuso la vinculación a la indagación preliminar de los servidores (XXX). Ver fl. 158 del c. o. 1.

5.- Agotado el término de la indagación preliminar, el funcionario de conocimiento profirió el auto del 22 de julio de 2011, a través del cual ordenó abrir investigación disciplinaria en contra de los servidores (XXX). En la misma decisión se decretaron pruebas de oficio y se denegaron algunas pruebas solicitadas por el procesado (XXX). Ver fl. 344 del c. o. 1. La notificación personal de este auto al procesado (XXX) se efectuó el 8 de agosto de 2011. Ver fl. 397 del c. o. 1. A su turno el procesado (XXX) se notificó personalmente del auto de apertura el 1 de agosto de 2011, mientras que los restantes se notificaron a través del Edicto 178, desfijado el 11 de agosto del mismo año.

6.- Mediante decisión calendada el 17 de agosto de 2011. El funcionario instructor negó la práctica de pruebas solicitadas por el procesado (XXX). Ver fl 395 del c. o.1.

7.- A folio 434 del c. o. 3., con fecha 25 de agosto de 2011, obra un nuevo auto de rechazo de pruebas al disciplinado (XXX). Esta decisión se notificó por Estado a los sujetos procesales el 5 de septiembre de 2011. V. fl. 461 del c. o. 3.

8.- Con auto del 15 de noviembre de 2011, el funcionario instructor resolvió negativamente una petición de nulidad invocada por el servidor (XXX), en su condición de investigado. Ver fls. 678 a 580 del c. o. 3.

9.- El 29 de noviembre de 2011, se rechazó igualmente una petición de acumulación, presentada por el procesado (XXX). Ver fls. 614 a 616 del c. o. 4.

10.- A folio 620 del c. o. 4 obra el auto fechado el 30 de noviembre de 2011, a través del cual se admitieron y rechazaron, simultáneamente, pruebas documentales respectivamente presentadas por (XXX), en su calidad de investigados.

11.- El 1° de diciembre de 2011 el funcionario instructor negó una petición de archivo definitivo elevada por los procesados. Ver fl. 634 del c. o. 4.

12.- El 5 de diciembre de 2011, el mismo funcionario de conocimiento decretó y denegó la práctica de pruebas solicitadas por los procesados. Ver fl. 648 del c. o. 4. Esta decisión se notificó por Estado a los sujetos procesales el 16 de diciembre de 2011.

13.- Con fecha 20 de diciembre de 2011 se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por el procesado (XXX), contra el auto que negó su intención de nulidad procesal. Ver fls. 654 del c. o. 4.

14.- El 27 de diciembre de 2011 se dispuso no reponer el auto que denegó la práctica de pruebas, según petición de los procesados. Ver fls. 664 y s.s. del c. o. 4.

15.- Con fecha 11 de enero de 2011 el operador jurídico de instancia negó la práctica de unas pruebas solicitadas por los procesados, (XXX), así como una petición reiterativa de acumulación, invocada por el implicado (XXX). Ver fl. 681 del c. o. 4.

16.- El 23 de enero de 2012 se declaró el cierre de la etapa investigativa. Esta decisión se notificó por estado el primero de febrero de 2012. Ver fls. 696 y 747 del c. o. 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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

17.- Con fecha 30 de marzo de 2012 el funcionario de instancia evaluó el mérito de la investigación, formulando cargos en contra de los funcionarios (XXX), por considerarlos presuntos responsables de incurrir en la falta disciplinaria prevista en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, relacionada con la realización objetiva del tipo penal de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del C. P. Ver fls. 775 a 789 del c. o.

18.- Encontrándose en curso la notificación del pliego de cargos, el operador de primer grado ordenó la remisión del plenario ante esta UAE Agencia ITRC, por competencia. Ver fl. 790 del c. o. 4.

19.- Durante los días 16 y 17 de abril de 2012, se cumplió la notificación personal del auto acusatorio a los procesados, (XXX), quienes otorgaron poder al profesional del derecho (XXX), para ejercer sus defensas técnicas. Con fechas 30 de abril y 2 de mayo de 2012, el defensor aludido presentó descargos, en favor de sus poderdantes.

20.- El 9 de abril del mismo año, fue notificado personalmente el disciplinado (XXX), quien otorgó poder al togado (XXX) para ejercer su defensa. El apoderado en mención presentó descargos en favor de su prohijado el 23 de abril de 2012. Ver fls 828 a 901 del c.o. 5.

20.- A su turno la procesada (XXX) encargó su representación procesal al abogado (XXX), el cual, allegó el correspondiente escrito de descargos el 10 de mayo de 2012. Ver fls. 903 a 94 del c. o. 5.

21.- Con fecha 22 de agosto de 2012 la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de esta U.A.E. Agencia ITRC avocó el conocimiento del expediente.

22.- Mediante autos calendados el 13 de septiembre de 2012, el funcionario a quo reconoció personería para actuar en el presente proceso, a los profesionales (XXX), de acuerdo a los poderes conferidos. Ver fls. 955 a 957 del c. o. 5.

23.- El 12 de septiembre de 2012, el operador jurídico a quo negó las solicitudes de nulidad propuestas por el apoderado (XXX), en favor de los procesados (XXX). Esta decisión se notificó personalmente al defensor petionario el 22 de octubre de 2012. El profesional presentó recurso de reposición el 25 de octubre de la misma anualidad; siendo resuelto negativamente el 30 del mismo mes y año, por el funcionario instructor de instancia. Ver fls. 971 a 987 del c. o.

24.- A folio 990 del c. o. 5 obra el decreto de pruebas en descargos, proferido el 7 de noviembre de 2012, por el funcionario instructor del proceso. Esta decisión fue notificada por Estado del 21 de noviembre de 2012. La decisión negativa de pruebas, consignada en el auto anterior, fue apelada por los sujetos procesales (XXX), concediéndose la impugnación el 14 de diciembre de 2012 ante esta dirección, donde el 28 de diciembre del mismo año, se confirmó parcialmente la decisión recurrida. Ver fls. 1056 a 1063 del c. o. 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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

25.- Después de practicarse algunas pruebas documentales, decretadas durante la etapa probatoria del juicio, el fallador de instancia corrió traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión, mediante auto datado el 25 de octubre de 2013, notificado por estado del 6 de noviembre del mismo año. Ver fl. 1202 del c. o.

26.- Surtido el traslado pertinente se recibió escrito de alegaciones, radicado el 19 de noviembre de 2013, por parte del abogado defensor (XXX), en representación de los procesados (XXX). Ver fl. 1204 del c. o. A su turno el profesional (XXX), actuando a nombre de los investigados (XXX), radicó sus escritos de alegaciones finales el 21 de noviembre de 2013. Ver fls. 1218 y 1243. Del c. o.

27.- Con fecha 17 de enero de 2014, el fallador a quo ordenó la remisión del expediente ante la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa con el fin de integrarlo a una actuación disciplinaria, adelantada por los mismos hechos. A pesar de haberse remitido las diligencias, el ente disciplinario de control externo declaró la improcedencia de la acumulación pretendida, ordenando la devolución del plenario el 10 de febrero de 2014.

28.- Recibido nuevamente el plenario, el operador jurídico de primer grado profirió el fallo de instancia, fechado el 27 de mayo de 2014, a través del cual declaró al servidor (XXX), responsable de la conducta imputada en el pliego de cargos, absolviendo a (XXX), de sus respectivos cargos. Como consecuencia de lo anterior se impuso al sancionado Destitución e Inhabilidad General por once años. Esta decisión se notificó personalmente a (XXX) el 13 de junio de 2014. A su turno el abogado (XXX) se notificó personalmente el 25 del mismo mes y año. Los restantes sujetos procesales se notificaron mediante edicto, desfijado el 25 de junio de 2014.

29.- Con fecha 18 de junio de 2014, el abogado (XXX), en su condición de defensor del sancionado (XXX), presentó y sustentó un recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el cual fue concedido por el fallador a quo, el 3 de julio de 2014, en el efecto suspensivo. Las diligencias se remitieron y recibieron en este despacho ad quem el 4 de julio de 2014, para desatar la alzada.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

El fallo de instancia inició haciendo un resumen de los hechos; la identidad de los investigados; los cargos ocupados para la fecha de comisión de la falta; los argumentos de defensa plasmados en la versión libre, en sus descargos y en las alegaciones de conclusión.

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

A continuación el fallador a quo hizo un recuento de las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario.

El título subsiguiente desarrolló las consideraciones de la instancia, refiriendo la normatividad que otorgó competencia a esta UAE para conocer y fallar el caso sub judice. En el mismo sentido se mencionaron los requisitos probatorios mínimos, necesarios para proferir un fallo sancionatorio, previstos en los artículos 4, 5, 13 y 142 del C. D. U.

Adentrándose en el análisis del caso concreto y en lo atinente a la tipicidad de la conducta objeto de reproche, el operador de primer grado empezó por afirmar que de los funcionarios vinculados a la investigación, el único que podría cumplir con la condición de ser sujeto activo calificado, frente a la falta objeto de reproche, sería el servidor (XXX), quien en virtud de un acto concreto de delegación y con base en las competencias otorgadas, como Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Auditoría Tributaria III, expidió el 28 de septiembre de 2010 las resoluciones de archivo N° 32242010003306, dentro del expediente PD 200922010001471 y la N° 322402010003307, en el expediente PD 20092010000847, reputadas como manifiestamente contrarias a derecho.

En lo que respecta a la conducta descrita en el artículo 413 del C. P., consideró el autor del fallo apelado que la misma se verificó con la expedición de los actos administrativos de Archivo, antes mencionados. Con relación al elemento normativo del punible de prevaricato, aseveró el operador jurídico que la decisión de archivo se tornó en ilegal, al haberse sustentado “sin el adecuado recaudo probatorio, aunado a que se invocó en la motivación argumentativa del acto administrativo una norma no aplicable para el impuesto sobre las ventas, desnaturalizando el sentido de la decisión. ...”. En un párrafo subsiguiente agregó: “...la decisión proferida por el servidor público competente y que se cataloga como manifiestamente contraria a la ley, se inscribe dentro de un contexto permeado por la arbitrariedad por contravenir en forma grosera y patente el contenido legal de la norma, alterando premeditadamente su alcance. Lo anterior, bajo tres presupuestos a saber: 1.- Definición de situación jurídica sin correspondencia al recaudo probatorio. 2. Aplicación de analogía en derecho tributario, pese a la prohibición normativa expresa en tal sentido. 3. Desconocimiento de lineamientos de Auditoría que fijan los parámetros de una ajustada investigación tributaria. ...”.

Con estos planteamientos consideró el a quo consolidada la falta objeto de acusación, consagrada en el artículo 48, numeral primero de la Ley 734 de 2002 y referida a la realización objetiva de la descripción típica de prevaricato por acción, cometida a título de dolo.

Con relación al elemento de ilicitud sustancial, expresó el fallador de instancia que el comportamiento del servidor (XXX) afectó su deber funcional, al expedir los autos de archivo aludidos, con inobservancia del fundamento legal establecido en el artículo 742 del E. T. Agregó el operador que esta situación se consumó, no obstante haber sido los archivos provisionales y corregidos por la administración.

Frente al tema de la culpabilidad, el despacho de primera instancia analizó la experiencia, formación y trayectoria del disciplinado, como sustento del conocimiento de la ilicitud. Igualmente se invocó el hecho de haber sido consultado para la toma de las decisiones reprochadas, para demostrar la voluntariedad de su actuar, con lo cual mantuvo la calificación dolosa del comportamiento.

En el título 8 de las consideraciones del fallo, el operador jurídico de instancia dio contestación a los argumentos defensivos del servidor (XXX). En primer término el fallador reiteró la existencia 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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo. Nuevamente resaltó el operador jurídico de primer grado, la inconsistencia y contradicción del argumento que determinó al servidor implicado, a proferir las decisiones de archivo, en contraposición a los postulados legales del artículo 742 del E. T. Una vez más, se hizo referencia al informe final de los expedientes anunciados, rendido por el servidor (XXX), en el cual se aludió la imposibilidad de verificación de las respectivas operaciones de venta gravadas, haciendo notar, improcedentemente, la existencia de supuestas pruebas indiciarias.

El título 9 subsiguiente de las consideraciones, ratificó la calificación de gravísima que taxativamente asignó el legislador a la conducta objeto de reproche, siendo innecesario acudir a los criterios de gravedad o levedad, según reiterada posición jurisprudencial al respecto.

Como conclusión de todo lo anterior, en el penúltimo título de las consideraciones, la instancia incluyó el correspondiente juicio de dosificación de la sanción a imponer, al considerar cumplidos los requisitos probatorios de procedibilidad, previstos en el artículo 142 del C. D. U. Partiendo de la calificación de la falta gravísima dolosa, objeto del presente juicio, señaló el fallador que la sanción a imponer no podría ser otra que destitución e inhabilidad general. Con referencia a los artículos 46 y 47 de la Ley 734 de 2002, se tuvieron en cuenta, en favor del procesado, los siguientes criterios para la graduación de la sanción: ausencia de antecedentes disciplinarios; no pertenecer al nivel directivo o ejecutivo de la entidad; la no causación de perjuicios de carácter patrimonial al Estado. Se valoró en contra del acusado el conocimiento de la ilicitud. Con estos argumentos se concluyó que la sanción a imponer al procesado sería la de Destitución e Inhabilidad General por el término de ONCE (11) años.

En el último título de los considerandos, finalizando la motivación del fallo apelado, el funcionario a quo definió la situación jurídica de los demás procesados señalando:

“...Respecto de los funcionarios (XXX), se aprecia que la conducta es atípica respecto de los mencionados, como quiera que no cumplen con las calidades del sujeto activo cualificado, ya que si bien es cierto los mencionados son servidores públicos de la DIAN, ninguno de ellos contaba con la atribución funcional para proferir los pluricitados autos de archivo; potestad que recaía únicamente en el Jefe del Grupo interno de trabajo de Auditoría Tributaria III de la División de Gestión de Fiscalización para Personas Jurídicas y Asimiladas de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá. ...En efecto bajo este contexto, las actuaciones de (XXX), como el servidor que esencialmente proyectó los actos administrativos; (XXX), como la funcionaria que los revisó, y de (XXX), quien en su calidad de Jefe de la División emitió concepto favorable respecto de los archivos, no puede enmarcarse dentro del concepto de violación exigible dentro del marco disciplinario, debido a que por virtud del acto de delegación, era al delegatario quien corrió con la responsabilidad en la expedición de las decisiones cuestionadas. ... conforme al concepto de violación planteado en el pliego de cargos, bajo esta argumentación no son susceptibles de reproche disciplinario, por lo que la decisión jurídicamente viable respecto de ellos ha de ser la de absolverlos de los cargos que les fueron formulados. ...”.

En consonancia con las motivaciones aquí resumidas, la parte resolutive del fallo impugnado declaró la responsabilidad disciplinaria del señor (XXX), por haber incurrido en la falta objeto de acusación. En consecuencia, se impuso al servidor responsable la sanción de Destitución e Inhabilidad General por el término de ONCE (11) AÑOS, absolviendo a los demás procesados de los cargos objeto de acusación.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO



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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación personal, el defensor de confianza del procesado (XXX) presentó y sustentó el recurso de apelación en contra del fallo de primer grado, con los siguientes planteamientos:

1.- En un primer escrito, previo a la sustentación de la apelación, y radicado el 18 de junio de 2014, el apelante solicitó aclarar el ordinal cuarto de la parte resolutive del fallo, toda vez que en el mismo se expresó que el recurso de apelación debía ser sustentado en audiencia, situación improcedente por encontrarnos en un proceso ordinario. Con base en lo anterior señaló el togado que no existe claridad sobre cómo y cuándo interponer el recurso de apelación, situación que considera violatoria del debido proceso. Agregó que el fallo de instancia no fue notificado a los sujetos procesales cobijados con la decisión absolutoria, ni tampoco a sus apoderados, expresando: "...Esto además de ser violatorio del Debido Proceso y Derecho de Defensa, induce a error o deja en el limbo jurídico la fecha de firmeza del Acto Administrativo de fecha 27 de mayo de 2014, porque no se puede determinar la fecha cierta a partir de la cual corren los términos para interponer los recursos de ley, por lo que solicito al despacho se proceda a ordenar la notificación en debida forma a todos y cada uno de los disciplinados y sus apoderados, y de dicha actuación además notificar al suscrito todo vez que se requiere establecer los términos para ejercer el derecho de defensa. ...".

2.- En un segundo escrito, radicado el mismo 18 de junio de 2014, el defensor del sancionado en primera instancia, presentó las siguientes razones como sustento de su apelación:

2.1.- En un primer título el impugnante sintetizó los hechos objeto de esta actuación disciplinaria. Finalizando este resumen, señaló el recurrente que existen dos procesos adelantados por los mismos hechos, por un lado el que actualmente nos ocupa, y por otro el expediente IUS 2012-014131, conocido por la Procuraduría General de la Nación, donde según su dicho, se calificó la misma conducta a título de culpa. Por lo anterior expresó el apelante: "...la adecuación y tipificación de la conducta en el presente caso ha estado rodeada de situaciones, que no son claras y contundentes, como lo exige la Ley, violando el debido proceso y el derecho de defensa de los disciplinados, pero lo cierto es que, un ente disciplinario puede fallar de una forma y el otro de otra, por el mismo hecho, con una disparidad de criterio en la calificación de la falta cuando se trata de los mismos hechos, lo que resulta irónico, se está juzgando precisamente por una supuesta inaplicación o incorrecta aplicación del norma, pero los operadores disciplinarios estarían incurriendo en la misma conducta. ...".

2.2.- Continuando con la sustentación del recurso el impugnante realizó una solicitud de nulidad del fallo, manifestando que dicho proveído se encuentra incurso dentro de los numerales 2 y 3 del artículo 143 de la Ley 734 de 2002. En un primer planteamiento, reiteró el autor del recurso, su ya conocida y debatida tesis, en el sentido de afirmar que se está violando el derecho de defensa de su cliente, al no existir pruebas que demuestren el dolo del comportamiento objeto de reproche, ni mucho menos la certeza de la falta, tal como lo dispone el artículo 142 del C. D. U.

Con relación a las posibles irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, aseveró el apelante que a su poderdante se le están violando los principios de igualdad y legalidad: "...toda vez que, el operador disciplinario, basado en la delegación de funciones, le atribuyó la responsabilidad única y exclusivamente a mi defendido con el argumento que era quien tenía la competencia para expedir los autos de archivo, excluyendo de tajo a los demás funcionarios como al sustanciador y revisor sin justificación alguna, por lo que al parecer del operador disciplinario estos no intervinieron en la expedición de dichos autos, cuando es todo lo contrario, intervinieron

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

directamente y tuvieron injerencia en su expedición, por ende debió recibir el mismo tratamiento, es decir la absolución, teniendo en cuenta este análisis, así como también la inexistencia de pruebas, en contra de mi defendido para sancionarlo y dándole aplicabilidad a los principios de igualdad y legalidad, es que solicito comedidamente se absuelva al señor (XXX).”.

2.3.- El título subsiguiente de la impugnación, “...**Violación al Debido Proceso y Derecho de Defensa artículo 29 Constitución Política y artículo 6° de la Ley 734 de 2002.** ...”, contiene un amplio referente doctrinal y jurisprudencial a través del cual el apelante reiteró la ausencia de pruebas demostrativas del dolo, como elemento esencial en la tipificación del prevaricato y como requisito estructurante de culpabilidad, dentro del proceso de sanción disciplinaria.

En este acápite, afirmó el recurrente que el fallador de instancia: “... se dedicó a hacer un análisis concienzudo de la norma y del proceso tributarios adelantado por el área de fiscalización, desconociendo el principio de legalidad, pues se constituyó en una tercera instancia, lo cual únicamente corresponde al juez natural, que en este caso es la justicia administrativa, a quien corresponde determinar la legalidad o ilegalidad de los autos de archivo. ...”. Más adelante agregó: “...es desde todo punto de vista arbitrario y violatorio, pretender endilgar una responsabilidad disciplinaria sin pruebas que lo demuestren, solamente afirmando que no podía aplicar una norma de rentas en ventas, pues como se ha reiterado no es precisamente la autoridad disciplinaria la llamada, o lo que es peor, la competente para establecer la correcta aplicación de la norma tributaria, cuando como se observó a lo largo del proceso disciplinario hay dificultad y vacíos normativos dentro de la misma autoridad competente que es la DIAN, ...”. A renglón seguido agregó: “...De otra parte, es tan evidente el cambio o giro que se le dio al proceso que ni siquiera se mencionó o analizó cada uno de los argumentos presentados en los escritos de versión libre, ampliación de versión libre, descargos, que de haber sido así, el fallo hubiera sido diferente, valga decir absolver a todos los investigados, pues todos y cada uno lo sostiene a lo largo de la defensa y quedó demostrado que aplicaron la norma de forma correcta, y en gracia de discusión, en últimas, lo que se presentaría sería una diferencia de criterios, donde no es la Agencia quien debe dirimirlo, sino el juez natural. ...”.

2.4.- El penúltimo título de la impugnación contiene una solicitud del recurrente, en el sentido de dar aplicación, en favor de su cliente, a la causal sexta de exclusión de responsabilidad disciplinaria, por haber actuado con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. Ver numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

2.5.- En el último título del recurso, su autor presentó la tesis titulada “...Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos. ...”. A través de este grupo de argumentos el apelante reclamó la aplicación del artículo 88 del C. de P. A., presumiendo la legalidad de los autos de archivo proferidos por su cliente, toda vez que los mismos no han sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este punto criticó nuevamente el recurrente el análisis del fallo de primer grado, el cual calificó como “...una tercera revisión y/o valoración de los antecedentes tributarios, violando con ello el principio de legalidad que cobija los mencionados autos, así como el principio de legalidad en materia disciplinaria, pues no tiene competencia el operador disciplinario para evaluar un tema técnico, asumiendo funciones del juez natural. Como sustento de su dicho, transcribió el petente algunos apartes de una decisión asumida por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de esta Agencia, en la que se reconoce la incompetencia para revisar, en sede disciplinaria, la presunta ilegalidad de actos administrativos.

Con base en los planteamientos aquí resumidos, el abogado impugnante solicitó la revocatoria del fallo apelado, reclamando en su lugar la absolución de su defendido.

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Antes de dar inicio a estas consideraciones, es importante recordar a la impugnante que de conformidad con la previsión legal consagrada en el párrafo 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 la pluralidad de argumentos o razones de impugnación presentados por el abogado recurrente, considera este despacho, en aras de facilitar el desarrollo de esta decisión de segundo grado, empezar por hacer un estudio o pronunciamiento concreto, con relación a dos tópicos: En primer lugar, la posible Atipicidad de la conducta objeto de enjuiciamiento y, en segundo término, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad probatoria, previstos en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, necesarios para emitir un fallo sancionatorio.

Para revisar el juicio de tipicidad o legalidad del fallo impugnado, recordemos que se llamó a responder disciplinariamente al servidor acusado por considerarlo presunto responsable de incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, relacionado, en el caso sub judice, con la realización objetiva de la descripción típica de prevaricato por acción, consagrada en el artículo 413 del C. P. Ley 599 de 2000.

Veamos entonces, qué elementos del tipo penal que complementa la falta disciplinaria, nos permitirían, afirmar, en el evento de probarse, en grado de certeza, que efectivamente el procesado realizó objetivamente la descripción típica de prevaricato por acción.

Efectivamente, este tipo penal se encuentra constituido por cuatro elementos fundamentales, a saber: un sujeto activo calificado, que no es otro que el servidor público competente para proferir el acto; un objeto material, plasmado en el acto (resolución o dictamen) sobre el cual se patentiza la conducta; una conducta liderada por el verbo rector "proferir" (que puede ser entendida como pronunciar, emitir o expedir un acto administrativo). Complementando estos tres elementos, aparece un ingrediente normativo estructurante, a través del cual se califica el objeto material, como un acto "manifiestamente contrario a la ley".

Encontrándose probados estos cuatro elementos, podremos afirmar, sin lugar a dudas, que el servidor (XXX), al proferir los autos de archivo N°s 322402010003306 y 322402010003307, fechados el 28 de septiembre de 2010, realizó objetivamente la descripción típica de prevaricato por acción, y por ende incurrió en la falta disciplinaria objeto de pronunciamiento en el presente fallo.

Frente al sujeto activo de la falta y de la descripción penal que aquí se analiza, este despacho ad quem no encuentra ninguna objeción a las consideraciones realizadas por el funcionario de instancia, pues doctrinaria y jurisprudencialmente se ha decantado que:

"...solo puede incurrir en el delito de prevaricato el funcionario que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, siempre y cuando ese funcionario sea el verdadera y realmente competente para proferir tal acto. ...De otro lado, aunque ciertamente como dice VALENCIA, el prevaricato "es el delito típico de los jueces", no es menos cierto que es este un delito que puede ser cometido por cualquier servidor público que tenga señalada, dentro de sus funciones, la potestad de emitir resoluciones o dictámenes, tal como se corrobora con la ubicación que de este tipo penal ha efectuado el legislador, que lo ha encuadrado dentro del título correspondiente a los

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

delitos contra la Administración Pública,..." (Cursiva fuera de texto. C. S. de J., 23 de abril de 1.985, M.P. Dante Luis Fiorillo Porras; Molina Arrubla Carlos Mario, Delitos contra la Admón Pública, Edit. Leyer 1999, pag. 396).

Las anteriores líneas corroboran y complementan el juicioso estudio que realizó el a quo, sobre el acto de delegación de funciones, en cabeza del procesado (XXX), centrando el análisis de responsabilidad únicamente en dicho funcionario, como Jefe del Grupo de Auditoría III de la División de Gestión de Fiscalización Tributaria para Personas Jurídicas y Asimiladas, y profiriendo decisiones absolutorias en favor de los restantes vinculados, quienes dentro de sus desempeños funcionales no estuvieron o estaban investidos de competencia para suscribir las decisiones de archivo aquí cuestionadas.

Pese a lo anterior no encuentra esta instancia la misma claridad respecto a la conducta y al elemento normativo que la califica, como manifiestamente contrario a la Ley. Veamos por qué:

Antes de entrar a valorar el material probatorio recaudado al respecto, es importante tener presente cuál ha sido la tendencia doctrinal y jurisprudencial sobre ese elemento normativo:

Acudimos precisamente a una de las Sentencias citadas por el funcionario de primer grado, con el siguiente tenor literal:

*"...También ha señalado la Sala que al incluir el legislador en la referida descripción un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la Ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible, por lo cual, como es apenas natural, **quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley.** ..."* (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de julio de 2006, Radicado 25627).

El tratadista Carlos Mario Molina Arrubla señaló al respecto en su obra:

*"...Frente a tal parecer, habríamos nosotros de predicar que no otra puede ser la conclusión, esto es, que sí parecieran haber grados de violación de la ley, cuando dentro del tipo penal que nos ocupa se dice que el acto ha de ser manifiestamente contrario a la Ley, **con lo que, al menos tácitamente, se está dando a entender que existen violaciones, contradicciones con la Ley,** patentizadas en ciertos actos proferidos por los servidores públicos, **que no son constitutivos de prevaricato en la medida en que la contradicción entre esos actos y la Ley no es manifiesta.** ...Tanto es ello así, que la propia Corte Suprema de Justicia, en auto de diciembre 10 de 1.982, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez reconoció tal realidad al señalar: ...El Prevaricato exige como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados sean manifiestamente contrarios a la Ley. **De donde aquellos que la contradicen pero sin esa nota de ostensibilidad o evidencia,** bien pueden conservar la característica de acto propio de abuso de autoridad. ...**Ha sostenido reiteradamente esta corporación que el Juez Penal cuando juzga una decisión o resolución tildada de prevaricadora no se ocupa de ella como Juez de instancia para considerarla acertada o no. -Su función es examinarla para determinar si es manifiestamente contraria a la Ley, tanto material como procesal, de donde aún***

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

providencias desacertadas pueden o no ser prevaricadoras. ...”(negrilla fuera de texto, Molina Arrubla Carlos Mario, Delitos contra la Admón Pública, Edit. Leyer 1999, pag. 427).

“...Debe observarse que según el artículo 149 del Código Penal, el delito de prevaricato por acción consiste en el hecho de que un empleado oficial profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la Ley, o sea, que **es de su esencia la disparidad o contradicción manifiestas entre la resolución o dictamen y la norma de derecho aplicable en cada caso.** Dicho de otra manera **es fundamental que las resoluciones o dictámenes se aparten ostensiblemente del derecho. ... Esa exigencia perentoria de que la resolución o dictamen sean manifiestamente contrarios a la ley, objetiva y subjetivamente se convierte para el juez en una valoración que, por exceso o por defecto, puede conducir al error.** Para obviar estos extremos, hay que buscar un punto equidistante, un criterio rector en donde esa contradicción, por su magnitud, subsuma cualquier abuso de autoridad para poder concluir que el obrar bajo la comprensión de la ilicitud constituye prevaricato. **Es pues ese esencial sentido de equidad, así conformado, el verdadero resguardo y guía del acierto judicial en el juicio de aplicabilidad de esta infracción. ... Esto se traduce, ni más ni menos, en que si la interpretación indebida de las normas o de las pruebas se efectúa sin tener conciencia de un actuar ilícito, por más que resulte opuesta al derecho, no existe delito de prevaricato por acción ya que, desde el punto de vista subjetivo, no es posible considerar que el actor entendió como manifiestamente contrario a la Ley su comportamiento. ...**” (negrilla fuera de texto, Molina Arrubla Carlos Mario, Delitos contra la Admón Pública, Edit. Leyer 1999, pag. 427).

El mismo doctrinante que se ha venido citando, agregó en su obra, sobre el significado y alcance de la expresión MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY:

“...Siguiendo a SEBASTIÁN SOLER, para quien “el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el derecho declarado y el derecho conocido” por vías de lo cual sostiene que **“no basta con demostrar la incorrección jurídica de la sentencia; será preciso demostrar la incorrección moral del juez, ARENAS anota que no son los errores del funcionario lo que se sanciona penalmente, sino sus dolosas violaciones de la ley.** ... Al tratar lo atinente a los aspectos subjetivos, Soler recuerda que “algunos autores al tratar este delito, se envuelven en una serie de consideraciones confusas acerca de la posibilidad de errores, de la frecuencia con que las resoluciones son revocadas por superiores, **de las discrepancias de criterio en la apreciación de la ley.** No es posible por esa vía encontrar un criterio nítido del prevaricato. Esas mismas exposiciones, sin embargo, nos demuestran que la apreciación objetiva de la resolución, en realidad, no satisface a nadie; **todos advierten que el prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley, o en que el juez aplique equivocadamente el derecho. Si así fuera, efectivamente toda sentencia revocada debería dar lugar a proceso por prevaricación. ...**”.

Este amplio referente jurisprudencial sobre el elemento normativo, resultó indispensable al momento de desatar esta alzada, con el fin de significar que en el presente proceso, ese carácter de manifiesta “contrariedad a la Ley”, pese a los esfuerzos del fallador de instancia, no logró demostrarse, permaneciendo en el ambiente procesal la posibilidad de enfrentarnos a unos autos de archivo inicialmente reprochados, los cuales, después del debate probatorio del juicio, en lugar de probarse como “contrarios a la Ley Tributaria”, de manera ostensible, abierta y evidente, permanecen discutibles, y con posibilidades de interpretación frente a su legalidad, de acuerdo a los argumentos que pasaremos a plantear.

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

Tal como lo manifestó el operador de instancia, el elemento normativo que aquí nos ocupa se constituye en un aspecto álgido en el estudio de la configuración del tipo de prevaricato. Sin embargo, los lineamientos jurisprudenciales transcritos en este fallo, nos ofrecen herramientas sustantivas prácticas y efectivas en la identificación, del pretendido requisito.

Con el fin de demostrar como “inobjetable” y “diáfana” la presunta arbitrariedad en las decisiones de archivo, el a quo terminó haciendo valoraciones que no pueden ser aceptadas por esta instancia, en la medida que aquellas desbordaron la competencia disciplinaria del fallador de primer grado, inmiscuyéndose en debates que solamente competen al Juez contencioso administrativo, o que en su momento debieron ser decididos por el superior funcional, a través de los recursos ordinarios de la vía gubernativa.

Sin incurrir en el mismo error de apreciación, veamos cómo la presunta ausencia de “sustento probatorio”, considerada por el fallador de instancia como el argumento primordial de la ilegalidad predicada para los actos supuestamente prevaricadores, no resulta ser manifiesta, contundente, ni por lo tanto ostensible o grosera. El hecho de que la instancia disciplinaria no haya compartido el análisis o valoración que el SERVIDOR ADMINISTRATIVO COMPETENTE realizó, en su momento, sobre el material probatorio recaudado durante el trámite de los expedientes 1471 Y 847, dentro del programa post devoluciones, no es razón suficiente para pregonar la ausencia total de pruebas, como respaldo, soporte o sustento de las decisiones de archivo. Nótese que el mismo fallador a quo, en su estudio de los expedientes tributarios, encontró que los éstos fueron instruidos, probatoriamente hablando, con el traslado documental que integró los expedientes AD2009 20101471 y DI 200920103855 a fin de establecer el IVA descontable, con el cual fueron respaldadas las solicitudes de devolución, previamente tramitadas.

Adicionalmente a estas pruebas, existieron igualmente visitas administrativas, también reconocidas o advertidas por el operador disciplinario, las cuales, si bien no tuvieron la eficacia probatoria que, en su concepto, debió ser valorada negativamente por el funcionario de fiscalización, sí constituyeron el soporte mínimo para una decisión de archivo, pues según el criterio defensivo de alguno de los procesados ((XXX)), se fundó en el principio procesal del “In Dubio Pro Fiscum”, consagrado en el artículo 62 del E. T. Nótese que estas pruebas, sumadas a las declaraciones de corrección y algunas facturas, constituyeron el acervo probatorio objeto de evaluación, para tomar las decisiones de Archivo.

El despacho respeta la posición del aquo, cuando afirmó que el citado recaudo probatorio debió permitir al funcionario fiscalizador, contrario a proferir una decisión de archivo, haber ordenado la prosecución de la actuación. Sin embargo, no puede compartir dicha aseveración, pues debe reiterarse que los operadores disciplinarios no estamos facultados para tomar decisiones ajenas a nuestra competencia, inmiscuyéndonos en asuntos ajenos o foráneos a nuestro quehacer funcional.

Las subsiguientes argumentaciones del a quo estuvieron orientadas en demostrar el posible incumplimiento de las directrices plasmadas en los lineamientos de auditoría 4, versión N° 1 del 8 de julio de 2009, por parte del servidor autor de los archivos. Esta situación, en el evento de probarse, podría constituir falta disciplinaria, por posible incumplimiento a los deberes funcionales, pero en lo que respecta al caso que nos ocupa, no sirve de fundamento certero, para calificar de manifiestamente contrarios a la Ley, los autos de archivo objeto de debate.

En primer lugar, resulta necesario aclararle al fallador a quo, que en cumplimiento de la función disciplinaria, como lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, el operador disciplinario no puede emitir pronunciamientos ajenos a su competencia ya que algunos de los

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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

asuntos planteados a lo largo del fallo impugnado, como son los relacionados con la motivación de posible ilegalidad de los archivos administrativos, pueden dirimirse en vía gubernativa o en ejercicio de acciones contenciosas, lo cual le impide al despacho el convertirse, por un lado, en una "tercera instancia" reformadora o confirmatoria de las decisiones adoptadas en vía gubernativa que competen a otra autoridad o, por otro lado, en autoridad jurisdiccional revestida para administrar justicia. Así las cosas debe hacerse claridad que la presente decisión no entrará a ordenar el cumplimiento de normas, sino a verificar el comportamiento del servidor público acusado.

Así las cosas, en atención al interés general que se desprende de la salvaguarda de la función pública prevista en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002 y en ejercicio de la titularidad disciplinaria para conocer del procedimiento adelantado contra los servidores públicos implicados, sin entrometerse en la órbita de sus funciones, procede el despacho como operador disciplinario y de manera restringida, a analizar en el caso sub examine si aparecen de plano las características propias de **una vía de hecho en la actuación administrativa por defectos sustantivos, probatorios, orgánicos (carencia de competencia) y procedimentales, que demuestren una manifiesta, violenta y flagrante ilegalidad por concurrir el dolo o la culpa en sus actuaciones.**

Con base en lo anterior, podemos afirmar que los criterios plasmados en las decisiones de archivo que motivaron esta actuación, no son producto de una posición grosera, amañada o caprichosa por parte del implicado, sino devienen del análisis normativo y de la interpretación de las pruebas recopiladas en los plenarios administrativos. En ese orden de ideas, encuentra este despacho que ante la ausencia de los elementos que estructuran la vía de hecho, en razón a que, se insiste, el implicado acudió a criterios de interpretación y valoración de pruebas, dentro de la competencia para proferir las decisiones hoy cuestionadas, no existe desde el punto de vista disciplinario una actuación negligente o dolosa en la aplicación de las normas urbanísticas, razón por la cual, se revocará el fallo sancionatorio apelado, profiriendo en su lugar una decisión ABSOLUTORIA, en favor del procesado.

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. REVOCAR la declaratoria de responsabilidad disciplinaria y la consecuente imposición de sanción, proferida en contra del servidor (XXX), por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior determinación **ABSOLVER** al procesado (XXX), de los cargos formulados en la presente actuación, por los razonamientos plasmados en los anteriores considerandos.

TERCERO. CONFIRMAR en los demás aspectos que no fueron objeto de impugnación, la decisión de primera instancia.

CUARTO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión a los sujetos procesales (Procesado, defensor y Agencia Especial de la Procuraduría General de la Nación), de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101y 107de 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 ITRCNo. 1704-01-2012-65.

QUINTO. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

SEXTO. 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.

SÉPTIMO. Ejecutoriada materialmente esta decisión y libradas las comunicaciones de ley, devuélvase el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

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.