

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

NULIDADES – Presupuestos para la declaratoria de nulidad.

Por lo anterior a la hora de rehacer una actuación procesal, por el medio legal para ello establecido como lo sería del caso, la declaratoria de nulidad, debe tomarse en cuenta varios de los principios procesales regentes en la acción disciplinaria para esta institución procesal, como lo son el de especificidad, taxatividad o legalidad, según el cual solo se podrán tener en cuenta aquellas nulidades que por disposición de la Ley han sido previstas previamente en la norma; el de trascendencia según el cual solo para su declaración se tendrán en cuenta asuntos que tengan verdadera relevancia o trascendencia para los fines del proceso; el principio de necesidad el cual procede solo cuando no haya otra manera de sanear la situación y el de convalidación del acto que refiere a que la situación se puede convalidar si la parte que la alega ha impartido a la irregularidad su consentimiento ya sea expreso o tácito y por último el principio de instrumentalidad del acto, el cual refiere a que no hay lugar a anular una actuación procesal cuando a pesar de las deficiencias en las que se pudo haber incurrido, se cumple adecuadamente el propósito previsto en la Ley para ello.

FUENTE: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 146

CARGA PROBATORIA – Deber de demostrar la conducta en grado de certeza y más allá de toda duda razonable.

Al respecto señala el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, que en materia disciplinaria la carga probatoria corresponde al Estado, en este caso al despacho a-quo, y por lo mismo para que la Administración pueda sancionar por una falta disciplinaria debe demostrarse en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, que los hechos en que basa su decisión se encuentran debidamente probados y que la autoría de la falta reprochada es imputable al disciplinado. Corolario de lo anterior, la sanción solo procederá cuando obren en el expediente las pruebas legal y oportunamente allegadas al mismo¹, y que conduzcan de forma certera a la convicción legal sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos, como de la falta y la responsabilidad del disciplinado (artículo 142 ídem).

¹ Art. 128 y 130 de la ley 734 de 2002, art 177 y 187 del CPC.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 128 - 130

PRUEBA ÚNICA – Debe Apuntar a la certeza de los hechos

Se itera, no es que se exija una tarifa legal probatoria en el ordenamiento Jurídico Colombiano para sustentar un fallo disciplinario, pero sí que las pruebas, o si se quiere, que la única prueba que lo sustenta, debe apuntar a la certeza de los hechos que cimienta el medio suasorio en grado de convicción y más allá de toda duda razonable² o simplemente la lógica prudente de lo fácticamente probado; es decir que no basta con aseverar cualquier endilgamiento punible en contra de un servidor público para deprecar per-sé y automáticamente la conducta reprochable denunciada como cierta, sino que como se observa de una lectura simple del parágrafo del artículo 90 del CDU, la queja debe tener algún soporte probatorio, de lo contrario estaríamos en enfilamiento al auspicio y materialización de la responsabilidad presunta y objetiva, lo cual se encuentra proscrito de los ordenamientos jurídicos democráticos, concretamente en el Estado Social de Derecho Colombiano en el artículo 29 Superior y en el derecho disciplinario en los artículos 9 y 13 de la Ley 734 de 2002, los cuales establecen a la letra: art 9 CDU: “A quien se le atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado”. Y “durante la actuación toda duda razonable se resolverá en favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”; a su turno reza el artículo 13 ídem: “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa” (*Sic*).

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 9 – 13 – 90 – 128 - 142

INDICIO – Definición – Elementos.

Cabe advertirse que si bien el indicio no es por sí mismo un medio de prueba autónomo, sino la inferencia lógica de las pruebas que obran en un plenario, tal como lo consagra el artículo 130 del CDU cuando sobre el particular preceptúa “Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica”. Lo cierto es que tal como lo ha explicado la doctrina probatoria referente al indicio,³ se sostiene que indicio es aquel cuya función probatoria es meramente accidental, conclusiva y surge por la eventualidad de una

² Artículo 128 y 142 de la Ley 734 de 2002.

³ Cernelutti Francesco (1982: 191-192). Tomas Manzini (1952:248).

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

relación cuya indefendible a priori con el hecho cierto que se va a probar; es decir, es una circunstancia de la que se puede extraer una conclusión e inferencia en relación con la existencia o inexistencia de un hecho a probar. Por tanto indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido o del que no se tiene percepción directa⁴.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 ARTICULO 130

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2013-0021
Número y fecha del fallo:	0008 del doce (12) de agosto de dos mil quince (2015)
Asunto:	Fallo de segunda instancia.
Criterio de Selección:	Fallo revocado por segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho de segunda instancia a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de confianza del expedientado (XXX) en su condición de sujeto procesal, y del sujeto procesal (XXX) quien actúa en causa propia, contra la decisión del pasado cuatro (4) de junio de 2015, por medio de la cual la subdirección técnica de investigaciones disciplinarias de esta Agencia ITRC, profirió fallo sancionatorio de primera instancia dentro del proceso administrativo disciplinario No.1704-01-2013-00021, en donde se les declaró responsables de infringir la Ley disciplinaria a título doloso.

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

⁴ Leer más: <http://www.monografias.com/trabajos78/prueba-indiciaria-circunstancial-materia-penal/prueba-indiciaria-circunstancial-materia-penal.shtml#ixzz3Xye1TGPI>.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

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.- Al presente juicio y luego de adelantarse la correspondiente etapa instructiva⁵ fueron llamados a responder disciplinariamente los funcionarios de la UAE-DIAN Seccional impuestos de Cúcuta, (XXX) ⁶ por el presunto abuso de su cargo al aparentemente haber exigido al señor (XXX), un pago equivalente al 5% del valor de la solicitud de devolución y/o compensación del IVA realizado por la empresa contribuyente (XXX), a cambio de agilizar el trámite del requerimiento tributario; así mismo se llamó a juicio disciplinario al funcionario (XXX) ⁷, porque presuntamente, pese a estar presente en el momento de los hechos anteriores, no los denunció ante autoridad competente; lo anterior según lo denunció el quejoso, señor (XXX), ante la división de asistencia al cliente - seccional impuestos de Cúcuta – Dian, el día 14 de diciembre de 2012⁸.

2.- Por los hechos anteriores mediante auto del 1 de julio de 2014⁹, se le imputo al señor (XXX), la falta gravísima descrita en el núm. 1° del artículo 48 del CDU, en complementación normativa con el artículo 404 del Código Penal, referente al punible de concusión; y al funcionario (XXX) se le imputo omitir el deber previsto en el numeral 24 del artículo 34 del CDU, presuntamente por omitir denunciar la conducta irregular del señor (XXX).

3.- Presentados en términos los escritos de descargos por los sujetos procesales¹⁰, se practicaron y resolvieron pruebas, como nulidades en etapa de descargos¹¹; posteriormente se atendieron los

⁵ Auto apertura indagación preliminar No. 17403-018 del 11 de febrero de 2013 (fol. 10-11 Cn 1). Auto apertura investigación disciplinaria No.17404-076 del 20 de agosto de 2013 (fol. 50-51 Cn 1). Notificado a (XXX) el día 27 de agosto de 2013 (fol. 55 Cn 1). Y a (XXX) el día 2 de septiembre de 2013 (fol. 56).

⁶ Se trata de (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía No. (XXX) expedida en Bochalena - Norte de Santander, nacido el 7 de junio de 1957, profesional en administración pública, vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 08 de junio de 1982 y quien actualmente funge como Analista IV Nivel 204 Grado 04, en la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta, Grupo Interno de Trabajo de Devoluciones.

⁷ Se trata de (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía No(XXX), nacido el 22 de septiembre de 1960 en la ciudad de Cúcuta, nivel educativo superior, profesional en contaduría pública, vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 04 de diciembre de 1992, actualmente funge como Gestor II Nivel 302 Grado 02, ubicado en la Dirección Seccional de impuestos de Cúcuta, Grupo Interno de Trabajo de Gestión Recaudación.

⁸ Ver fol. 4 Cn 1.

⁹ Ver fol. 125-132 Cn 1.

¹⁰ Ver fol. 138-145 y 149-153 respectivamente.

¹¹ Ver fol. 158-161 Cn 1.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

alegatos de conclusión¹²; acto seguido se profirió fallo sancionatorio en contra de los enjuiciados¹³, por el despacho de primera instancia en los siguientes términos.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

Antes de iniciar las consideraciones de primera instancia, el funcionario a quo resumió en algunos párrafos los hechos objeto de la investigación; los cargos formulados a los disciplinados; y los argumentos defensivos presentados por éstos a lo largo del juicio, tanto en sus diligencias de versión libre, como en los descargos y alegatos finales. De la misma manera se resumieron y valoraron la totalidad de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas a lo largo de la instrucción, como del juicio.

Inmediatamente después, la primera instancia cita la normatividad que le atribuye competencia legal para fallar el sub examine, a renglón seguido nombran en el fallo impugnado los preceptos legales que describen en materia disciplinaria la exigencia mínima probatoria para sancionar y el sistema de valoración de apreciación integral de las pruebas.

Acto seguido consideró el fallador de primera instancia, que con base en el análisis probatorio decretado y practicado legal y oportunamente en el plenario, los cargos que se formularon a los investigados, constituyeron una imputación diáfana y concreta, de suerte que los disciplinados contaron con todas las posibilidades procesales de ejercer sus derechos de contradicción y defensa respecto de los mismos, para proceder a decidir como en derecho correspondía.

Continuando con la motivación del fallo referente a la valoración probatoria estimó el despacho a-quo, que se encontraba probada la materialización de la conducta típica e ilícitamente sustancial endilgada en el pliego de cargos al señor (XXX), en cuanto a que de la documental como de los testimonios allegados al plenario, en especial basándose en la “valoración de la prueba del testigo único” al referirse a la declaración del quejoso, se pudo establecer en grado de certeza que *“El soporte probatorio de las imputaciones disciplinarias fueron en esencia las manifestaciones ofrecidas por el señor (XXX) en las etapas de indagación e investigación disciplinaria, conforme a las cuales buscó a través de un conocido, quien resultó ser (XXX), orientación y agilidad para unos trámites de devolución, generándose, en principio, un contacto con (XXX) en la oficina del antes mencionado, entrevista que derivó en la*

¹² Ver fol. 305-310 y 321-329 Cn 2.

¹³ Ver fol. 330-350 Cn 2.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

reunión celebrada en inmediaciones de la seccional de impuestos, uno o dos días después, donde se formuló la participación del pago de un porcentaje del 5% de la solicitud por parte de (XXX), como retribución para aligerar la atención de la solicitud por parte de la administración (...) Para esta instancia definitiva del proceso disciplinario la Subdirección no encuentra motivación, como demandan los sujetos procesales, para desacreditar las acusaciones del quejoso, pues contrario a las apreciaciones particulares sobre la información vertida al proceso, probatoriamente éstas se mantienen incólumes para permitir arribar a un juicio de certeza sobre la existencia de las faltas disciplinarias enrostradas en la acusación, ello es así, por cuanto a través de la actuación se patentizaron circunstancias previas a la comisión de las faltas aquí investigadas, vitales para revestir de credibilidad el dicho del quejoso y reforzar el valor ofrecido a su testimonio, forzando a la Subdirección a encontrar satisfecha la exigencia de certeza sobre la comisión de las faltas (Sic)".

En cuanto a lo probado de lo irregular en la conducta del funcionario (XXX), explicó el fallo de primera instancia que "Esas diferencias - indicio de mala justificación- como se indicó, son para la Subdirección contundentes para brindar credibilidad al relato de (XXX), porque se ratifica hubo una reunión con la participación de los disciplinados en inmediaciones de la seccional y allí se trató el tema de la solicitud de devolución, solo que cada uno ofrece busca su responsabilidad en los hechos. (...) La integración de estos aspectos, como ya se anotó con antelación, permiten a la Subdirección revestir de confiabilidad la persona de (XXX), luego, dar por cierta su denuncia sobre la exigencia de un porcentaje equivalente al 5% del monto de la solicitud de devolución y/o compensación, para supuestamente agilizar su trámite al interior de la seccional de Norte de Santander, irregularidad frente a la cual se omitió el deber de denunciarla oportunamente, es posible, a la expectativa de una participación del provecho indebido (Sic).

Rotula el fallador de primera instancia que las incongruencias de las versiones libres de los enjuiciados permiten arribar al grado de certeza sobre la ocurrencia de los hechos enrostrados por cuanto "Con referencia a la reunión siguiente, celebrada al parecer al primer o segundo día posterior al encuentro con (XXX), son las contradicciones en las expresiones de los disciplinados las que permiten al despacho dar por cierta tal convención, pues mientras el anotado niega el evento, su compañero de causa lo corrobora. En referencia al indicio de mala justificación, resulta predicable para ambos disciplinados, pues viene al caso destacar sus contradicciones sobre el contacto con el quejoso, porque (XXX) primero refirió conocer al disciplinado porque llegó a su cubículo; posteriormente, reafirmó su información inicial, para, finalmente, aceptar hubo un encuentro en los alrededores de la seccional y fue su compañero de causa quien lo relacionó con el quejoso. Por su parte (XXX) se limitó a aceptar un encuentro en una la oficina de un interlocutor (XXX), cuando lo cierto es que promovió la presentación del quejoso a (XXX) y estuvo presente durante el encuentro donde se planteó una participación del 5% para agilizar el trámite de las solicitudes" (Sic).

Continuando con la exposición de motivos del fallo, argumentó el a quo el cumplimiento del requisito de la ilicitud sustancial satisfecho, al expresar que las conductas imputadas a los

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

procesados vulneró sus deberes funcionales sin justificación alguna, pues en sus condiciones de servidores públicos debían actuar bajo postulados de moralidad pública, diligencia, eficiencia y eficacia, es decir, a partir de normas rectoras de su comportamiento, tal como lo establece la Ley disciplinaria en su artículo 5, situación que considero el despacho instructor que en el sub examine no se cumplió, sino que por el contrario los disciplinados mancillaron los principios de transparencia y moralidad de la función pública, a los que estaban obligados a acatar, sin justificación alguna.

Con relación al requisito estructural de la culpabilidad de la falta, mantuvo el fallador de instancia su posición esbozada en el auto de cargos, al considerar que las conductas objeto de sanción debían ser imputadas a los expedientados a título de dolo, pues evidenció el fallador de instancia que en las conductas de los disciplinados no existía duda sobre el conocimiento, intencionalidad y ánimo en su actuar, al considerar que conocían ampliamente sus deberes funcionales respecto a las prohibiciones e ilegalidad de pedirle o solicitarle dineros o prebendas a los contribuyentes por sus deberes. Lo anterior conllevó a concluir al despacho de primera instancia que los enjuiciados habían cometido las conductas enrostradas de concusión y omisión de denuncia respectivamente, con un contenido netamente doloso.

En lo que respecta a la calificación de la falta, el despacho a quo mantuvo su posición asumida en el auto de cargos, en consecuencia, califico la conducta imputada disciplinariamente al funcionario (XXX), como gravísima a título de dolo, al hallarla enmarcada en los preceptos normativos del artículo 48, núm. 1º de la Ley 734 de 2002, en complementación normativa con el artículo 404 del CP, referente al punible de concusión, imponiéndole en consecuencia la sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de 12 años; respecto del funcionario (XXX), se le sanciono por la comisión de la falta disciplinaria grave dolosa, por desconocer el deber de denunciar la comisión de ilícitos establecida en el núm.24 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, imponiéndole la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, por el término de seis (6) meses.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

Dentro de la oportunidad procesal oportuna, esto es, con escritos del 3 y 6 de julio de 2015 respectivamente¹⁴, el defensor del procesado (XXX) y el sujeto procesal (XXX) actuando en causa propia, interpusieron recurso de apelación contra el fallo sancionatorio de primera instancia proferido el pasado 4 de junio de 2015 por la subdirección técnica disciplinaria de esta Agencia ITRC, con base en los siguientes planteamientos:

De una parte sostiene la defensa del procesado (XXX) que se encuentra en el sub examine violado el debido proceso de su prohijado, por cuanto el auto de apertura de investigación como el fallo de primera instancia fueron notificados indebidamente, como quiera que se acudió a la figura del funcionario comisionado, lo cual en esta etapa procesal no era procedente, pues en su entender la notificación por comisionado solo es predicable en la notificación del pliego de cargos, atendiendo al artículo 104 CDU; agrega que no se ha notificado por conducta concluyente, como quiera que con el escrito de apelación formula reparos a dicha notificación.

Alega que se ha violado el debido proceso de su defendido por la errada valoración de las pruebas, de una parte porque el fallo de primera instancia se basa solo en la prueba del testimonio rendido por el quejoso (XXX) para sancionar, testimonio que fuera cuestionado y tachado por la defensa desde un comienzo y donde a pesar de habersele requerido nuevamente para ser contrainterrogado por la defensa, dicho señor no acudió justificadamente a su rectificación, sin que para tal efecto el despacho de primera instancia le diera la más mínima consecuencia jurídica adversa a tal actitud procesal, tal como lo demandan las normas procedimentales del CGP.

De otro lado señala que el a-quo hace apreciaciones y comentarios personales sobre la versión del testigo único y de los demás testimonios obrantes en el expediente, que en nada comprometen la presunción de buena fe de su defendido, pero que afectan la imparcialidad que se debe guardar, señalando como ejemplo cuando toma el testimonio de la doctora (XXX) y le da la connotación de una corroboración de la queja, cuando ella simplemente está respondiendo la pregunta de que si el denunciante le manifestó alguna anomalía; sin embargo no hace mención alguna de los testimonios dados por personas avicultores, cuya respuesta es favorable a su procurado en el sentido de que éste nunca les realizó exigencia alguna y que siempre desempeño sus funciones conforme a la ley, agrega la defensa que simplemente el fallador de

¹⁴ Ver fol. 362- 375 y 376-382 Cn 2.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

primera instancia dice que dichos testimonios “no contrarrestan la valoración sobre los otros medios de prueba”.

Rotula la defensa que el despacho a-quo no tuvo en cuenta que al momento de presentar la queja, el señor (XXX) lo hace molesto, como consecuencia de recibir la noticia de que a una solicitud de devolución en donde al parecer tiene intereses se le han suspendido los términos, por ser enviada al área de fiscalización. En tal sentido transcribe apartes de la queja, para finalmente cuestionar “como alguien que siempre ha luchado contra la ilegalidad, decide buscar amigos para que le ayude a corromper funcionarios públicos”.

Indica el libelista que según el testimonio rendido por el denunciante el 23 de mayo de 2014, precisa como fecha del supuesto encuentro un mes antes de la denuncia, fecha diferente a la manifestada por su poderdante, quien dice que la reunión se dio antes de que se radicaran las solicitudes de devolución, es decir a inicios de septiembre, lo cual se corrobora con la primera radicación de devolución correspondiente al expediente DI 2012 00428, de fecha septiembre 10 de 2012.

En tal sentido cuestiona la defensa *¿Cómo es posible que alguien que está en contra de la corrupción, pues sus principios morales se lo impiden, presenten la denuncia respectiva, mucho tiempo después de la presunta exigencia monetaria? ¿Por qué sólo procede a denunciar, una vez se le informa que a la devolución se le han suspendido los términos y que dicha devolución se le demorará 90 días más? (sic).*

Arguye la defensa que el quejoso reconoce en sus testimonios, haber sido él quien por intermedio de un amigo contacto a los funcionarios, sin embargo al momento de preguntársele por la identidad del citado amigo, manifiesta no poder dar esa información, desconociendo la obligación que tiene de rendir testimonio, pues la excepción del artículo 33 constitucional opera bajo ciertos límites. Discute que el investigador, da por sentado que su prohijado “efectuó una solicitud indebida”, pero no analiza la situación de que el denunciante “busco un contacto para agilizar en lo posible” la devolución, y lo refiere el defensor como cohecho por dar u ofrecer.

Añade que el fallador de primera instancia no hace mención alguna a los testimonios rendidos por los funcionarios encargados del trámite de las devoluciones, quienes manifestaron bajo la gravedad del juramento, no haber recibido presión o indicación alguna y mucho menos sugerencia por parte del señor (XXX), para que dichas devoluciones les fueran favorables. Aunado

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

a que en las inspecciones realizadas a los expedientes de devolución, no existe ninguna solicitud de devolución presentada por el quejoso, y que en tal sentido el alcance que le da el a-quo a un certificado de cámara de comercio es contrario a la Ley, pues dice que "resultado veraz la información aportada por el quejoso respecto de su desvinculación formal de la compañía, pues para ese momento era representada por la señora (XXX), con toda seguridad esposa e hija del quejoso"; señalando la defensa que por el contrario, el certificado de cámara y comercio efectivamente prueba es que el quejoso no tiene nada que ver con la sociedad solicitante de las devoluciones, que no le asiste ningún interés en el asunto, pues según sus propias palabras (las del quejoso), "el realizó capitulaciones" y estas se hacen antes del contrato de sociedad conyugal.

Por ultimo señala la defensa que en el presente asunto no se ha demostrado ni la certeza de la falta, ni que decir de la responsabilidad de su defendido, lo cual es fundamental para la imposición de la sanción de acuerdo con el artículo 142 del CDU y que así las cosas, se deben surtir nuevamente las notificaciones de las actuaciones erradas en forma correcta, sin que se entienda que se ha notificado de la decisión de primera instancia por conducta concluyente, y que si así fuere, se le explique el porqué, para acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativa, finalmente solicita sea revocado en su totalidad el fallo de primera instancia.

De otra parte sustentó el recurso de apelación el expedientado (XXX), arguyendo que las Inconsistencias presentadas tanto en la queja y sus ratificaciones por parte del señor (XXX) como en las injuradas del procesado (XXX) ratifican el principio de in dubio pro reo o duda razonable en su favor, por cuanto no logran desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste como sujeto procesal consagrada en el artículo 91 de la ley 734 de 2002, complementando que nunca estuvo presente ni fue testigo de la ocurrencia de los presuntos hechos por los cuales se le imputa la realización de la conducta disciplinable, máxime cuando, los testimonios y versiones aportadas al plenario, solo conllevan a dudas y vacíos probatorios respecto de la realización de su supuesta conducta objeto de sanción.

Arguye el recurrente que la presente decisión administrativa es violatoria de los principios de oportunidad y plazo razonable contenidos en la constitución política, en razón de trasgredir el debido proceso y al contenido del artículo 150 de la ley 734 de 2002, por cuanto conforme al numeral 1.3 del acápite de hechos el auto que ordeno la apertura de investigación preliminar fue proferido el 11 de febrero de 2014, conforme consta en el expediente, y que en tal sentido el termino para proferir el auto de archivo o apertura de investigación se encontraba superado,

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

siendo proferido este último el día 20 de agosto de año 2014, es decir por fuera del termino previsto en la ley, configurándose así una violación de su debido proceso y por tanto generando una nulidad en la presente actuación administrativa.

Finalmente solicita de este despacho ad-qum revocar el fallo de primera instancia y se le absuelva de toda responsabilidad disciplinaria, toda vez que quedo plenamente demostrada la configuración del principio de duda razonable o principio in dubio pro reo, el cual debe ser resulta en su favor.

En síntesis, estos fueron los planteamientos de la apelación presentados por los sujetos procesales.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

CARGA DE LA PRUEBA-Requisitos para sancionar

De acuerdo con el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, en materia disciplinaria la carga probatoria corresponde a la Administración y por lo mismo para que esta pueda sancionar por una falta disciplinaria debe demostrar en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, que los hechos en que se basa la acción están debidamente acreditados y que la autoría de la falta reprochada es imputable al procesado. En concordancia con lo antes dicho, la sanción solo procede cuando obren las pruebas que conduzcan a la convicción legal objetiva y certera de la falta y de la responsabilidad del disciplinado (artículo 142 ibídem)¹⁵.

CULPABILIDAD-Está proscrita la responsabilidad objetiva

El derecho disciplinario es una especie del género del derecho punitivo, siendo consustancial a esta materia la proscripción de la responsabilidad objetiva, como lo establece el artículo 13 del CDU, de manera que para configurar falta disciplinaria se requiere demostrar la culpabilidad del disciplinado en la realización del ilícito disciplinario, esto es, establecer en grado de certeza la comprensión de la conducta y la posibilidad de autodeterminarse conforme a derecho, lo que implica estudiar en contexto las

¹⁵ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren Radicación: 11001-03-25-00-2008-00126-00 (2740-08).

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

condiciones concretas de orden personal, laboral y social en que se produjo la actuación del disciplinado¹⁶.

VALORACIÓN DE LA CONDUCTA-Elementos estructurales de la falta disciplinaria

La conducta del servidor público relevante para el derecho disciplinario es aquella que sustancialmente desconoce su deber, es necesario la valoración del nexo que une a la conducta objetivamente realizada con el servidor público de quien se predica, es decir, si puede serle atribuida, y en este punto el funcionario de primera instancia no desplegó ningún esfuerzo ni para probarlo ni para analizarlo, conformándose con la existencia de un solo elemento indicador y a partir de este medio de convicción, dedujo todos los elementos que estructuran la falta disciplinaria¹⁷.

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

En aras de garantizar plenamente el derecho de defensa y contradicción propios del debido proceso, pasará este despacho de segunda instancia a considerar y evaluar punto por punto de la apelación. En primer término y frente a los presuntos yerros de forma de la actuación procesal surtida, que en términos de la defensa soslayan el debido proceso de su poderdante, para luego determinar y proveer sobre la presunta ausencia probatoria para sancionar del despacho a-quo y de otra parte por la presunta indebida valoración probatoria de los testimonios, en cuanto al alcance verdadero de los mismos.

De conformidad con el artículo 143 de la ley 734 de 2002, el fallo sancionatorio procede cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza¹⁸ sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, siendo estos los aspectos alrededor de los cuales gira el recurso de apelación.

¹⁶ Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria Bogotá D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012) acta de sala 020 P.D. ponente: Dr. Juan Carlos Novoa Buendía.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Diccionario Rae 2009- certeza: convicción seguridad, evidencia convencimiento, más allá de la duda.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

Con relación a la responsabilidad de los servidores públicos, es la misma Constitución Política la que en su artículo 6º establece que deben responder ante las autoridades tanto por la violación de la Constitución y la Ley como por las omisiones o la extralimitación en ejercicio de sus funciones; esta mayor exigencia al funcionario público deviene del desarrollo de los principios sobre las relaciones especial de sujeción en la que se encuentra frente al Estado¹⁹.

A su vez, el artículo 123 Superior impone a los servidores públicos, la obligación de ejercer "sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la Ley y el reglamento", y de producirse quebrantamiento de estos deberes, surge la aplicación de un régimen especial de responsabilidad; el Constituyente defirió al Legislador la determinación del régimen disciplinario, así como la manera de hacerlo efectivo y el desarrollo de esta norma Constitucional, es justamente la ley 734 de 2002²⁰. Bajo el anterior marco factico y normativo, se hará el análisis del recurso materia de estudio.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Frente al alegato planteado por la defensa del señor (XXX) sobre la violación al debido proceso por la presunta existencia de irregularidades en la notificación del auto que apertura investigación disciplinaria y del fallo de primera instancia por haberse surtido por comisionado, cabe señalar que la jurisprudencia y la doctrina han sido enfáticas en insistir que no toda irregularidad invalida la actuación procesal y que por el contrario, se requiere que ésta sea sustancial, protuberante, para invalidar el procedimiento, es decir, que realmente afecte el debido proceso de manera sustancial o que el investigado sea procesado arbitrariamente, traduciéndose ello en el desconocimiento de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución y la Ley, como cuando se desconocen términos procesales, no se permite la presentación de descargos o alegatos de conclusión, se pretermiten etapas procesales, entre otros casos.

Por lo anterior a la hora de rehacer una actuación procesal, por el medio legal para ello establecido como lo sería del caso, la declaratoria de nulidad, debe tomarse en cuenta varios de los principios procesales regentes en la acción disciplinaria para esta institución procesal, como lo

¹⁹ Gomez Pavajeau Carlos A 2008, Lecciones de derecho disciplinario Vol. VIII instituto de estudios del Ministerio Público pág. 43.

²⁰ Ibídem.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

son el de especificidad, taxatividad o legalidad, según el cual solo se podrán tener en cuenta aquellas nulidades que por disposición de la Ley han sido previstas previamente en la norma; el de trascendencia según el cual solo para su declaración se tendrán en cuenta asuntos que tengan verdadera relevancia o trascendencia para los fines del proceso; el principio de necesidad el cual procede solo cuando no haya otra manera de sanear la situación y el de convalidación del acto que refiere a que la situación se puede convalidar si la parte que la alega ha impartido a la irregularidad su consentimiento ya sea expreso o tácito y por último el principio de instrumentalidad del acto, el cual refiere a que no hay lugar a anular una actuación procesal cuando a pesar de las deficiencias en las que se pudo haber incurrido, se cumple adecuadamente el propósito previsto en la Ley para ello.

A su turno preceptúa el artículo 146 del CDU:

(...)Artículo 146. Requisitos de la solicitud de nulidad. La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten (...). (Subrayas fuera del texto).

De manera que la solicitud de nulidad deberá formularse hasta antes del fallo definitivo, fallo que según la Jurisprudencia concierne al fallo de primera o única instancia, acorde con tal criterio el H. Consejo de Estado ha puntualizado:

(...)De conformidad con lo previsto en el artículo 146 de la ley 734 de 2002, se colige que la oportunidad procesal para alegar la nulidad, va hasta antes de proferirse el fallo definitivo, situación que en este caso no se cumplió, toda vez que la misma fue invocada una vez se notificó del fallo de primera instancia (...) En razón a que el fallo definitivo es el de única o primera instancia, para el caso y no por existir la única instancia, el fallo definitivo corresponde al de primera instancia, por ser el acto administrativo que decide de fondo la actuación disciplinaria(...) (Subrayas fuera del texto).

La anterior consideración jurisprudencial implica que la solicitud defensiva de rehacer las actuaciones procesales presuntamente mal notificadas, como el auto de investigación y el fallo de primera instancia, deviene solo del escenario procesal de las nulidades para su fin perseguido, saneamientos procesales formuladas en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

primera instancia, que deben ser rechazadas de plano por ser extemporáneos, como se observa de la jurisprudencia en cita y del alcance del artículo 146 de la ley 734 de 2002; escenario procesal el cual sin embargo, no desplaza un posible pronunciamiento oficioso por parte de esta segunda instancia, que para el caso concreto no da lugar a ello obedeciendo a los principios de trascendencia y convalidación de las actuaciones surtidas y reprochadas por la defensa, en razón a que comportan el saneamiento y convalidación de su parte sobre las posibles irregularidades que se llegaron a presentar en el desarrollo del plenario, por cuanto se advierte que no revisten la trascendencia procesal demandada, en razón a que de una parte la defensa actuó con posterioridad al auto de apertura de investigación, como lo sería del caso al presentar descargos, nulidades y alegatos finales; lo mismo ocurre con el fallo de primera instancia el cual se entiende claramente conocido por los sujetos procesales para todos los efectos legales, por cuanto estos han demandado la atención de este despacho ad-quem al presentar sus recursos de apelación contra dicha providencia; lo que permite la convalidación por conducta concluyente o ficta de la actuación procesal demarcada por los sujetos procesales, al entenderse que conocen claramente la providencia atacada con la apelación; por lo tanto al no advertirse un protuberante yerro de relevancia procesal que afecte los derechos fundamentales de defensa de los sujetos procesales, ni invalide sustancialmente la actuación procesal surtida y hasta ahora existente, no habrá lugar a pronunciamiento oficioso de nulidad por parte de este despacho de segunda instancia, más que el de rechazar de plano las peticiones de rehacer las providencias cuestionadas por la presunta indebida notificación, por ser extemporáneas.

CONSIDERACIONES DEL CASO CONCRETO

Esta segunda instancia para determinar si le asiste razón o no a los recurrentes, indicara cual es la situación probatoria del expediente respecto de los disciplinados (XXX), extractara de ella las conclusiones a las que haya lugar y dará respuesta específica a los planteamientos invocados en su defensa, para lo cual se transcribirá solamente el cargo único formulado a cada uno de los procesados, por cuanto constituyó el núcleo factico de la imputación y fundamento de la sanción, en tanto se declaró probado en la decisión apelada.

DEL CARGO ÚNICO FORMULADO A (XXX):

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

Mediante providencia del 1 de julio de 2014²¹, se le imputó al señor (XXX), el siguiente cargo:

*"(...)El señor (XXX), funcionario de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales, adscrito a la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta, Grupo Interno de Trabajo de Devoluciones, Analista IV, al parecer incurrió en la conducta descrita en la Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 1o, en armonía con el artículo 404 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), por cuanto aproximadamente para el 17 de noviembre de 2012 y cerca de las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos, abusó de su cargo como servidor público, al realizar una solicitud de una utilidad indebida al señor (XXX), equivalente al 5% del monto de una solicitud de devolución, con el objeto de colaborarle en la resolución de la solicitud...(sic)"*²².

Se señaló que con tal conducta el disciplinado recorrió la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48 numeral 1º del CDU a título doloso, en complementación normativa con el artículo 404 del código penal Colombiano, el cual tipifica: *(...)El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).*

De otra parte se tiene que al señor (XXX), en la misma providencia del 1 de julio de 2014²³, se le imputó el siguiente cargo:

"(...)El señor (XXX), al igual funcionario de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales, adscrito a la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta, División Recaudo y Cobranzas, Grupo Interno de Trabajo de Recaudación, Gestor II, al parecer incurrió en infracción disciplinaria al tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, por cuanto pudo omitir el deber previsto en el numeral 24 del artículo 34 de la misma norma, al omitir denunciar la conducta desplegada por el señor (XXX), relacionada con la solicitud de una utilidad indebida al señor (XXX) en la ciudad de Cúcuta, cerca de las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos en esa ciudad aproximadamente para el 17 de noviembre de 2012 (Sic)".

²¹ Ver fol. 125-132 Cn 1.

²² Ver fol. 123 Cn 1.

²³ Ver fol. 126 Cn 1.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

La anterior imputación jurídica se estableció probada por el despacho a-quo en el fallo sancionatorio del pasado 4 de junio de 2015, con base en las siguientes consideraciones sobre las pruebas del proceso:

(...) El soporte probatorio de las imputaciones disciplinarias fueron en esencia las manifestaciones ofrecidas por el señor (XXX) en las etapas de indagación e investigación disciplinaria, conforme a las cuales buscó a través de un conocido, quien resultó ser (XXX), orientación y agilidad para unos trámites de devolución, generándose, en principio, un contacto con (XXX) en la oficina del antes mencionado, entrevista que derivó en la reunión celebrada en inmediaciones de la seccional de impuestos, uno o dos días después, donde se formuló la participación del pago de un porcentaje del 5% de la solicitud por parte de (XXX), como retribución para aligerar la atención de la solicitud por parte de la administración.

Para esta instancia definitiva del proceso disciplinario la Subdirección no encuentra motivación, como demandan los sujetos procesales, para desacreditar las acusaciones del quejoso, pues contrario a las apreciaciones particulares sobre la información vertida al proceso, probatoriamente éstas se mantienen incólumes para permitir arribar a un juicio de certeza sobre la existencia de las faltas disciplinarias enrostradas en la acusación. Ello es así, por cuanto a través de la actuación se patentizaron circunstancias previas a la comisión de las faltas aquí investigadas, vitales para revestir de credibilidad el dicho del quejoso y reforzar el valor ofrecido a su testimonio, forzando a la Subdirección a encontrar satisfecha la exigencia de certeza sobre la comisión de las faltas. (...) Del mismo modo, a través de los testimonios ofrecidos por los servidores públicos de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, quienes fungieron como Jefe del Grupo interno de Trabajo de Devoluciones y atendieron las solicitudes de devolución, (XXX), se acreditó la razón que motivó el traslado de las solicitudes de devolución de interés del señor (XXX) a la seccional de Cúcuta, relacionada con la congestión en la asignación de las citas para radicarlas y la demora en atenderlas, precisamente por la incapacidad humana para atender el volumen de solicitudes.

(...) En referencia al indicio de mala justificación, resulta predicable para ambos disciplinados, pues viene al caso destacar sus contradicciones sobre el contacto con el quejoso, porque (XXX) primero refirió conocer al disciplinado porque llegó a su cubículo; posteriormente, reafirmó su información inicial, para, finalmente, aceptar hubo un encuentro en los alrededores de la seccional y fue su compañero de causa quien lo relacionó con el quejoso. Por su parte, (XXX) se limitó a aceptar un encuentro en una la oficina de un interlocutor ((XXX)), cuando lo cierto es que promovió la presentación del quejoso a (XXX) y estuvo presente durante el encuentro donde se planteó una participación del 5% para agilizar el trámite de las solicitudes.

Esas diferencias - indicio de mala justificación- como se indicó, son para la Subdirección contundentes

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

para brindar credibilidad al relato de (XXX), porque se ratifica hubo una reunión con la participación de los disciplinados en inmediaciones de la seccional y allí se trató el tema de la solicitud de devolución, solo que cada uno ofrece busca su responsabilidad en los hechos. La integración de estos aspectos, como ya se anotó con antelación, permiten a la Subdirección revestir de confiabilidad la persona de (XXX), luego, dar por cierta su denuncia sobre la exigencia de un porcentaje equivalente al 5% del monto de la solicitud de devolución y/o compensación, para supuestamente agilizar su trámite al interior de la seccional de Norte de Santander, irregularidad frente a la cual se omitió el deber de denunciarla oportunamente, es posible, a la expectativa de una participación del provecho indebido. Es importante resaltar que si bien es cierto los disciplinados funcionalmente no incidían en la solución de la petición, la situación fáctica se materializó producto de la ocasión particular del alrededor del quejoso, por cuanto era nuevo en la ciudad, necesitaba urgentemente el dinero y confiadamente buscó intermediación a través de un tercero, sin prever que terminaría siendo víctima de un reprochable acto de corrupción. Para concluir, los testimonios del quejoso gozan de validez y efectos en procura de la decisión, pues en lo esencial permanecen invariables, a pesar de algunos matices, a los cuales no se otorga mayor valor porque no comportan cambios sustanciales. Lo cierto y acreditado es que la reunión existió, se presentó cerca de la sede y en momentos en la administración abocaba el estudio de una solicitud de devolución de interés para el quejoso radicada el 10 de septiembre de 2012 por valor de \$434.275.000, y contó con la presencia de los disciplinados. (Sic)²⁴

(...)

Como es bien sabido, la estructura de la responsabilidad disciplinaria descansa sobre las categorías de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, elementos que debe analizar este despacho ad-quem, para revisar el fallo de primera instancia y los presupuestos para imputar la responsabilidad disciplinaria atacada, frente a los argumentos expuestos por la defensa del disciplinado en su escrito de apelación.

Al respecto señala el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, que en materia disciplinaria la carga probatoria corresponde al Estado, en este caso al despacho a-quo, y por lo mismo para que la Administración pueda sancionar por una falta disciplinaria debe demostrarse en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, que los hechos en que basa su decisión se encuentran debidamente probados y que la autoría de la falta reprochada es imputable al disciplinado. Corolario de lo anterior, la sanción solo procederá cuando obren en el expediente las pruebas legal y oportunamente allegadas al mismo²⁵, y que conduzcan de forma certera a la convicción

²⁴ Ver fol. 344-345 Cn 2.

²⁵ Art. 128 y 130 de la ley 734 de 2002, art 177 y 187 del CPC.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

legal sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos, como de la falta y la responsabilidad del disciplinado (artículo 142 ídem).

Descendiendo al caso concreto encuentra este sensor de instancia, que solo en una prueba y más concretamente en la denuncia que presentara el señor (XXX), ante la división de asistencia al cliente - seccional impuestos de Cúcuta – Dian, el día 14 de diciembre de 2012,²⁶ en contra de los aquí disciplinados, se apoyó el despacho de primera instancia, para inferir no solo la existencia y veracidad de los presuntos hechos denunciados, sino la falta disciplinaria y toda su estructura, que correspondió con la presunta solicitud del 5% del valor de la devolución por parte del señor (XXX) al quejoso, sobre el valor de la devolución tramitada por la empresa (XXX), a cambio de agilizar el trámite de la devolución cuyo titular era la mentada sociedad, hechos irregulares sobre los cuales estimo el a-quo, participó y tuvo conocimiento el funcionario (XXX) sin denunciarlo, lo que lo hizo responsable de falta disciplinaria por omisión de denuncia.

Si bien, y en virtud del principio de presunción de la buena fe de raigambre Constitucional que le asiste a toda persona,²⁷ no habría lugar a dudar ni de la versión de los hechos denunciados por el quejoso, señor (XXX) en contra de los funcionarios (XXX) y que comportan el núcleo factico del presente juicio disciplinario, ni de la valoración probatoria que de la queja realizara el despacho a-quo, al considerarla prueba única para la sanción; por cuanto se encuentra decantado por la jurisprudencia Colombiana el desarraigo del ordenamiento Jurídico de la denominada “testis onus, testis nullus”²⁸ en cuanto al demerito que no se le puede predicar jurídicamente a una prueba única cimentada en la queja o denuncia del directamente afectado, por cuanto no existe una tarifa legal probatoria en los sistemas procesales democráticos para sustentar decisiones judiciales ni administrativas; lo cierto es que en materia disciplinaria no puede perderse de vista los preceptos normativos que regentan la queja contra servidor público establecidos en el párrafo único del artículo 90 del CDU, el cual puntualiza que *“La intervención del quejoso se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, y a aportar las pruebas que tenga en su poder”*.(subrayas fuera del texto).

Así mismo, en el caso del testigo único, deben tenerse muy presentes por el fallador las directrices de orden legal consagradas en el artículo 277 del CPP (Ley 600 de 2000) al momento de la valoración del testimonio único, disposiciones aplicables para el análisis probatorio en

²⁶ Ver fol. 4 Cn 1.

²⁷ Artículo 83 de la Constitución Política de 1991

²⁸ CSJ. Sala de Casación Penal MP. Jorge Aníbal Gomez Gallego. Proceso 13119, Diciembre 15 de 2000.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

materia disciplinaria, por mandato del artículo 130 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011²⁹, el cual a la letra preceptúa:

“ARTICULO 277. CRITERIOS PARA LA APRECIACION DEL TESTIMONIO. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”. (Destacado del despacho).

Por tanto, lo que debe calificarse por el fallador en el caso de la prueba única, es el grado de convicción, eficacia y certeza que dicho elemento suasorio comporta en todas sus aristas fácticas al aporte sobre la verdad material de lo declarado, como fin perseguido del juicio, a la que se arriba determinando la comprobación sobre la veracidad, trascendencia y utilidad que tales asertos designan respecto de lo que realmente se desea probar por el declarante o testigo único, lo que se aprecia por el juzgador al momento de la valoración de los denominados elementos intrínsecos del acto probatorio; en tal sentido ha señalado la H. Corte Suprema:

(...) En el caso del testimonio único lo más importante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y se pongan a funcionar los referentes empíricos y lógicos dispuestos en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, que no necesariamente emergen de otras pruebas, tales como la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por medio de los cuales se captaron los hechos, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y otras singularidades detectadas en el testimonio, datos que ordinariamente se suministran por el mismo deponente y, por ende, dan lugar a una suerte de control interno y no necesariamente externo de la prueba³⁰(...).(subrayas fuera de texto).

²⁹ Ley 1474 de 2011 Artículo 50. Medios de prueba. El inciso primero del artículo 130 de la Ley 734 quedará así: “Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario. (destacado del despacho).

³⁰ CSJ. Sala de Casación Penal MP. Jorge Aníbal Gomez Gallego. Proceso 13119, diciembre 15 de 2000.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

Respecto a este tópico, la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema ha sido unánime y reiterada al destacar:

*"Pretéritas reglas de valoración del testimonio se basaban en el principio de "testis unus testis nullus", de modo que en medios probatorios tarifados se desechaba el poder suasorio del declarante único, empero, con el sistema de la libre apreciación de las pruebas, tal postulado fue eliminado, ya que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, **sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de interés en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad**, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza"³¹.(subrayas fuera de texto).*

Como se desprende del precepto normativo, no es la sola queja contra el funcionario público la que automáticamente alcanza a desvirtuar el principio de buena fe, e inocencia también de raigambre Constitucional, que les asiste en los términos de los artículos 83 Superior y 9 del CDU a los funcionarios públicos, por lo que se establece que la figura de la queja se encuentra reglamentada en el citado párrafo del artículo 90 del CDU, con el ingrediente normativo de quien presente una queja en contra de un servidor público, deberá aportar las pruebas que demuestren el sustento de su dicho.

Referente al control factico como probatorio de la queja por parte del Juez Disciplinario y de la valoración de la misma, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional al establecer³²:

*"(...) La unicidad del debido proceso, que no justifica distinguir entre un debido proceso legal y otro constitucional, lleva a la Corte **a examinar si en efecto se presentaron las irregularidades denunciadas por el actor**(...)"*.(Subrayas fuera de texto).

En la misma providencia la Sala de Revisión de la H. Corte Constitucional califico como desafortunada tanto la valoración como el despliegue probatorio por parte del instructor

³¹ Sala de Casación Penal- Corte Suprema de Justicia – Sentencia del 10 de diciembre de 2014 Rad. 44602 M.P: Fernando Alberto Castro Caballero.

³² Sentencia No. T-006/95

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

disciplinario al verificar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que sucedieron los supuestos hechos denunciados³³:

(...)Las múltiples irregularidades cometidas en el proceso disciplinario adelantado contra el peténte frustran la persecución eficaz y oportuna de las infracciones que comprometen la moralidad de la administración pública. El reducido despliegue investigativo del funcionario instructor, los errores cometidos en la recepción de las pruebas que menguan la solidez y contundencia de los cargos imputados y la errática valoración de los escasos medios de prueba acopiados, traen como consecuencia la innecesaria conversión del presunto infractor disciplinado a víctima, alejando las posibilidades de deducir la condigna responsabilidad(...).

Así las cosas encuentra este sensor de instancia, que los presuntos hechos denunciados por el quejoso señor (XXX) el día 14 de diciembre de 2012³⁴ en las instalaciones de la dirección seccional de impuestos Cúcuta, en contra de los funcionarios (XXX), referentes a que le hubiesen solicitado la suma del 5% para agilizar las devoluciones de la empresa (XXX), en principio no comportan ni sustentan para este fallador de segunda instancia, el grado de convencimiento referente a la certeza que demanda la norma para endilgar la responsabilidad disciplinaria pretendida en contra de los aquí enjuiciados, ni para desvirtuar la presunción de inocencia de orden legal que también les asiste; de una parte por carecer totalmente de respaldo probatorio, si quiera sumario, la denuncia sobre los presuntos hechos acaecidos y que en tal sentido, cimienten los asertos denunciados, en razón a que a este instructivo nunca se allegaron testimonios, documentos, grabaciones y/o cualquier otro medio de prueba conducente, que acreditara o corroborara **la certeza** de lo denunciado y así permitiese eliminar cualquier asomo de **duda razonable**, como lo exige para sancionar la Ley punitiva.

Se itera, no es que se exija una tarifa legal probatoria en el ordenamiento Jurídico Colombiano para sustentar un fallo disciplinario, pero sí que las pruebas, o si se quiere, que la única prueba que lo sustenta, debe apuntar a la certeza de los hechos que cimienta el medio suasorio en grado de convicción y más allá de toda duda razonable³⁵ o simplemente la lógica prudente de lo fácticamente probado; es decir que no basta con aseverar cualquier endilgamiento punible en

³³ Ibidem.

³⁴ Ver fol. 4 Cn 1.

³⁵ Artículo 128 y 142 de la Ley 734 de 2002.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

contra de un servidor público para deprecar per-sé y automáticamente la conducta reprochable denunciada como cierta, sino que como se observa de una lectura simple del parágrafo del artículo 90 del CDU, la queja debe tener algún soporte probatorio, de lo contrario estaríamos en enfilamiento al auspicio y materialización de la responsabilidad presunta y objetiva, lo cual se encuentra proscrito de los ordenamientos jurídicos democráticos, concretamente en el Estado Social de Derecho Colombiano en el artículo 29 Superior y en el derecho disciplinario en los artículos 9 y 13 de la Ley 734 de 2002, los cuales establecen a la letra: art 9 CDU: "A quien se le atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado". Y "durante la actuación toda duda razonable se resolverá en favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla"; a su turno reza el artículo 13 ídem: "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa" (Sic).

Por lo anterior, en el sub-examine al calificar los denominados elementos intrínsecos de la única prueba que cimienta la sanción, esto es la queja del señor (XXX) en contra de los funcionarios (XXX), tal como lo ordena el ordenamiento jurídico en estos casos como se expuso líneas atrás, se diserta por este despacho ad-quem al examinar la actitud personal³⁶ del quejoso al momento de denunciar los hechos y del análisis conjunto y armónico de los elementos facticos que se encuentran probados en el plenario, que existen una serie de elementos suasorios a manera de indicios en el desarrollo de los hechos denunciados, que no fueron advertidos por el despacho a quo, o que fueron erradamente valorados por el mismo y que no permiten desentrañar la verdad material en el grado de certeza, sobre los presuntos hechos acaecidos en contra de los enjuiciados.

De una parte y tal como lo alegó la defensa, se advierte que el denunciante al parecer venía al momento de denunciar molesto y afanado por obtener con prontitud las devoluciones de la empresa (XXX), como consecuencia de haber recibido la noticia de que a la solicitud de devolución se le habían suspendido los términos, por ser enviada al área de fiscalización, en tal sentido señalo el quejoso: " ... debido a la iliquidez de mi empresa y por tratar de acelerar las devoluciones del IVA" (...) "pero debido a la falta de recurso que tiene la empresa y embargos que viene teniendo por la demora en la plata en el IVA, me vi en la obligación de acudir un amigo (...) ruego a ustedes vigilar el proceso de devoluciones de la entidad (XXX) ya que de dichas devoluciones para mi negativa no influya en la decisión de que sean procedentes

³⁶ (...) Lo que implica estudiar las condiciones concretas de orden personal, laboral y social en que se produjo la actuación disciplinaria (...). Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria Bogotá D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012) sala 020 P.D. ponente: Dr. Juan Carlos Novoa Buendía.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

dichas devoluciones, ya que de esto depende que mi empresa pueda seguir subsistiendo, por cuanto los proveedores no aguantan un día más sin hacer los respectivos pagos, ya que estos dependen de dicha devolución.
“(Sic fol. 4 Cn 1).

De otra parte en su ratificación de la queja de fecha 25 de julio de 2013 (fol. 48 Cn 1) se observa que al parecer el fin de impetrar la queja contra los funcionarios no era otro que el que se le agilizase el trámite de devolución de IVA a la entidad (XXX), en razón a la premura de iliquidez y embargos que al parecer afrontaba la entidad, en tal sentido señalo el quejoso: “yo creo que mis devoluciones siguen demoradas y las pasan por fiscalización inclusive, contrate un contador de Cúcuta para ser las ultimas devoluciones, el cual me renuncio porque se enfrentó a los funcionarios de la Dian, ya que el ve que lo que están haciendo con la empresa de retrasarle los recursos es injusto, ya que de estas devoluciones depende el cumplimiento de las obligaciones de la empresa, ya que estamos demasiado aporreados en este departamento por el contrabando (Sic).

Ahora, se observa de la declaración del señor (XXX)³⁷ (fol. 202 Cn 2), que cuando se contactó telefónicamente con el quejoso señor (XXX), para indagarle como le había ido con su conocido de la Dian, este le manifestó: “airadamente me contesta que él había tomado la determinación de demandar porque lo habían jodido en la Dian, y le habían echado los papeles para fiscalización, que no era posible que lo trataran así” (sic) PREGUNTADO: Cuando el señor Gerardo se comunica con usted telefónicamente y le manifiesta “ellos me perjudicaron” le indica nombres a quienes se refiere: CONTESTADO: No, yo lo que puedo observar es que él estaba disgustado, y me arengo que ellos lo habían perjudicado porque le habían mandado los papeles a fiscalización (sic).(subrayas fuera de texto).

Declaraciones que claramente no fueron advertidas ni valoradas por el despacho a-quo, pero que resultan ser de suma importancia para esclarecer y arribar a la verdad material perseguida en el sub examine, por cuanto de una parte éste señor (XXX), al parecer resulta ser el puente de conexión entre el quejoso y los disciplinados, sin embargo, de su declaración no se advierte que el quejoso señor (XXX) le haya manifestado a su conocido o amigo, de una supuesta solicitud o prebenda a cambio de su trámite en la Dian de Cúcuta por parte de algún funcionario, solo le corrobora lo que se ha venido subrayando en el expediente respecto del malestar o molestia que le ha causado la demora en el trámite de la devolución para obtener la liquidez de la empresa (XXX) y que señala con ahínco, le tienen demorada en la Dian, lo que en los términos de la declaración anotada “lo tienen jodido y perjudicado” (sic).

³⁷ Al parecer en la calidad de amigo o conocido del quejoso (XXX) presuntamente le presento al funcionario hoy disciplinado, (XXX), en su oficina.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

Las declaraciones anteriores atemperan palmariamente la credibilidad certera de la denuncia sobre el presunto delito de concusión en el que aparentemente incurriera el disciplinado (XXX) y del cual presuntamente tuviera conocimiento el funcionario (XXX) el día 14 de diciembre de 2012, en las cercanías de las instalaciones de la seccional de impuestos de la DIAN de Cúcuta; lo primero en razón al evidente afán y molestia con que se relata que el disciplinado requería de la devolución del IVA de la entidad (XXX), por la falta de liquidez y embargos de la entidad, tal como el mismo lo afirmara en su jurada del día 25 de julio de 2013 (fol. 48 Cn 1), y lo corrobora la declaración del señor (XXX) (fol. 202 Cn 2), lo segundo porque se entiende que al parecer el quejoso buscaba con la denuncia que se acelerase el proceso de devolución del IVA de la entidad (XXX), y entendía como represalia a su denuncia el que se le enviase al área de fiscalización dicha devolución.

Circunstancia entendida por el quejoso como mezquina de sus intereses, pero que sin embargo no se acompasa de prueba alguna en su denuncia para sustentar tal tesis lesiva del presumible actuar correcto de la Administración en el trámite de las devoluciones del IVA; lo anterior se corrobora del testimonio de la funcionaria (XXX), quien investigo y sustancio las decisiones del expediente de devoluciones de la entidad (XXX) en la ciudad de Cúcuta, y quien señaló que una vez concluidas las indagaciones y comprobaciones sobre la viabilidad o no, de realizar la devolución a la entidad (XXX) propuso: *"...Yo propuse la suspensión de la solicitud basándome en unas diferencias que encontré en la cantidad de aves que ellos manifestaban que habían tenido un proceso de engorde que transportaban de Santander a Norte de Santander, por selectividad de auditoria manifesté la suspensión de la solicitud, quiere decir el contribuyente era nuevo, el valor solicitado era representativo, nosotros pedios antecedentes a Bucaramanga y las verificaciones que se hicieron en Bucaramanga no tenían la misma profundidad de las que nosotros realizábamos en la ciudad de Cúcuta. PREGUNTADO: Luego de la conclusión de la investigación, posterior a la suspensión, se devolvieron o no los recursos solicitados: CONTESTO: hasta donde yo tengo conocimiento no se devolvió por el grupo de devoluciones por qué ocurre después la investigación se traslada a la división de fiscalización, el grupo de personas que decide si procede o no procede es el comité de devoluciones que esta conformado por la administradora la jefe de fiscalización la jefe del grupo de fondo, por el jefe del grupo de devoluciones y la jefe de liquidación, ellos son los que toman la última palabra, obviamente basados en el informe de los auditores, fui invitada al comité con autorización de mi jefe inmediata de la época y sustente la suspensión del expediente y esta fue aprobada en el comité, hasta ahí llego yo, el expediente después se fue para fisca y desconozco si se devolvió o no se devolvió (sic)³⁸.*

Como se observa de la anterior declaración, no se advierte ningún tipo de represalia o malquerencia por parte de la funcionaria encargada de proyectar las decisiones del expediente

³⁸ Ver fol. 206 Cn 2.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

de devoluciones en contra de la entidad (XXX), ni del señor (XXX) por la queja que interpuso en contra de los funcionarios de la Dian, hoy disciplinados; se observa más bien es que la funcionaria tuvo motivos suficientes para proponer la suspensión de dicha devolución y él envió al área de fiscalización, tal como se colige de su declaración, esto es por las diferencias que encontró en la cantidad de aves que ellos manifestaban que habían tenido un proceso de engorde que transportaban de Santander a Norte de Santander, porque el contribuyente era nuevo en realizar solicitudes de devolución en la ciudad de Cúcuta, porque el valor solicitado de la devolución era representativo, porque se pidieron antecedentes a Bucaramanga y las verificaciones que se hicieron en Bucaramanga no tenían la misma profundidad y rigorismo de las que se realizaban en el área de devoluciones de la ciudad de Cúcuta.

Aunado a que tal como lo manifestaron las injuradas de los aquí enjuiciados éstos no tenían ningún tipo de injerencia ni en el trámite, ni en las decisiones del grupo de devoluciones, ni de ninguna manera insinuaron agilizar ni torpedear ninguna devolución a cargo de contribuyente alguno a los funcionarios del área de devoluciones, como lo señalan al unísono los testimonios de los funcionarios de dicha área llamados a declarar en el presente juicio³⁹.

De otro lado se corrobora que el fallador de primera instancia no hace mención alguna a los testimonios rendidos por los avicultores contribuyentes llamados a declarar en el presente juicio⁴⁰, y que señalaron haber tramitado ante la dirección seccional de impuesto de la ciudad de Cúcuta tramites de devoluciones, declaraciones que en conjunto manifiestan no haber recibido presión o indicación alguna y mucho menos sugerencia por parte de los expedientados, para que dichas devoluciones les fueran favorables.

Finalmente no encuentra este despacho ad-quem argumento ni prueba alguna si quiera sumaria en el expediente, que justifique la inusitada demora con que denuncia el señor (XXX) los presuntos hechos delictivos de concusión en que presuntamente incurriera el disciplinado (XXX), al aparentemente solicitarle el 5% de la devolución de la entidad (XXX), a cambio de agilizar dicho trámite, en las cercanías de las instalaciones de la seccional de impuestos de la DIAN de Cúcuta y de los cuales al parecer tuviera conocimiento el funcionario (XXX).

³⁹ Ver testimonio de (XXX), fol. 204, (XXX) Ávila fol.188-190 Cn 1; (XXX) fol. 206-208 y (XXX) fol. 192 Cn1.

⁴⁰ Ver testimonio de (XXX) fol. 91-92; (XXX) fol. 94-95; (XXX) fol. 97-(XXX) fol.100-101. Cn 1.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

Lo anterior por cuanto es un deber Constitucional⁴¹ ciudadano y legal⁴² el aprehender al presunto delincuente sorprendido en flagrancia y llevarlo ante autoridad o juez por cualquier persona; lo anterior demandaba el deber legal de inmediatez o plazo razonable y justificado, para poner en conocimiento de la autoridad competente los presuntos hechos delictivos de que presuntamente fuera víctima el quejoso, y que al parecer según su dicho, fueron cometidos por los servidores públicos aquí enjuiciados, en el momento mismo en que presuntamente acaecieron, esto es en la flagrancia propia de los supuestos hechos irregulares, o en un término razonable y justificado para denunciar, brindando con ello, datos exactos sobre la identificación del funcionario o funcionarios contraventores, para su posterior individualización ante la autoridad competente, que en este caso hubiese sido el jefe inmediato de los enjuiciados, para que éste en cumplimiento de su deber legal de denunciar hechos irregulares de que tenga conocimiento⁴³compulsara las respectivas copias ante la autoridad disciplinaria y penal competente, para el correspondiente adelantamiento de la investigación a que hubiere lugar, sobre los presuntos hechos denunciados; y no como portentosamente acontece en el sub examine, en cuanto a que el quejoso pone en conocimiento de la autoridad la queja hasta el día 14 de diciembre de 2012, y según su propio dicho del día 23 de mayo de 2014, precisa como fecha del supuesto encuentro un mes antes de la denuncia, fecha que sin embargo resulta diferente a la manifestada por el disciplinado (XXX), quien asevera que la presunta reunión se dio antes de que se radicaran las solicitudes de devolución, es decir a inicios de septiembre, lo cual se corrobora con la primera radicación de devolución correspondiente al expediente de la entidad (XXX), DI 2012 00428 de fecha septiembre 10 de 2012.

En uno o en otro caso (un mes o tres) resulta ser un término a todas luces excesivo que no se encuentra justificado en el expediente por parte del quejoso, para interponer la denuncia sobre los presuntos hechos ilícitos de que fuera víctima, sino que se entiende de sus juradas que procede a denunciar una vez tiene conocimiento de que le han enviado el proceso de devolución de la entidad (XXX) al área de fiscalización de la Dian, lo que según declaro el señor (XXX), "lo tenía perjudicado y jodido"; al entender que el envío de la devolución al área de fiscalización era

⁴¹ Constitución Política de 1991 artículo 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

⁴² Artículo 67 y 301 de la Ley 906 de 2004.

⁴³ Ley 906 de 2004 (CPP) ARTÍCULO 67. DEBER DE DENUNCIAR. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

producto de una represalia porque supuestamente no quiso acceder a la presunta petición irregular de los funcionarios aquí disciplinados; circunstancia que se contrarresta como se dijo líneas precedentes, del testimonio de la funcionaria encargada de tramitar la devolución,⁴⁴ por cuanto expone sendas razones de orden jurídico para tomar la decisión de suspender la devolución y enviarla al área de fiscalización; lo anterior menoscaba credibilidad a la queja interpuesta y ubica en tela de juicio la objetividad con que debe acompasar sus dichos el denunciante, máxime si se tiene como única prueba para sancionar y no se apoya la queja en ningún otro tipo de prueba, más que en su mero dicho, como se ha visto hasta ahora, cuestionable.

Por lo anterior discrepa este despacho ad-quem y se aparta totalmente de la lectura e interpretación que de los hechos relacionados al deber de denunciar en tiempo la comisión de delitos, por parte del aquí quejoso, realizara el despacho a-quo en el fallo de primera instancia frente a la tardanza inusitada sobre la comisión del presunto delito del que fuera víctima el señor (XXX), cuando sobre el particular señala: *“la tardanza en denunciar por parte de una víctima tampoco es razón para descartar una acusación, pues es bien sabido sobre en todo en casos que involucren a funcionarios públicos, que los afectados generalmente se abstienen de acudir a las autoridades por la convicción que están enfrentándose al Estado y pueden ser objeto de represalias, para nada infundadas en este evento porque el quejoso era un absoluto desconocido en la seccional, agregándose que sus temores se transformaron en realidad porque sus solicitudes, contrario a lo sucedido en Bucaramanga, terminaron siendo objeto de fiscalización.”* (Sic). (Subrayas fuera de texto).

La anterior aseveración no solo es contraria al ordenamiento jurídico, en cuanto al deber legal de denunciar de toda persona que tenga conocimiento o haya sido víctima de ilícitos⁴⁵, sino que no encuentra eco en el Corpus Iuris, por cuanto es la misma Constitución Política de 1991 la que en su artículo 2º establece que son fines de las instituciones del Estado: *“Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás*

⁴⁴ (XXX) (fol. 206 Cn 2).

⁴⁵ Ley 906 de 2004 (CPP) ARTÍCULO 67. DEBER DE DENUNCIAR.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". (Resaltado del despacho).

Como se observa la anterior postura del despacho de primera instancia respecto del deber de denunciar la comisión de delitos de que se tenga conocimiento, no puede encontrar subvención de prosperidad en esta instancia procesal para predicar el denominado "manto de certeza de la queja", con que el fallador de primera instancia designa la valoración de los asertos denunciados el día 14 de diciembre de 2012 por parte del señor (XXX) en contra de los funcionarios (XXX), de una parte porque es un deber legal de toda persona denunciar la comisión de delitos en la flagrancia de los mismos o cuanto se tenga conocimiento de éstos y de otra por que el Estado Social de Derecho no puede ser entendido como un retaliador de ninguna persona que denuncie algún tipo de irregularidad de la Administración, por cuanto por mandato Constitucional el Estado es garante de los derechos y libertades públicas y no un opresor de los mismos, aunado que para el caso concreto y contrario a lo afirmado por el a-quo, probado se encuentra en el expediente que no fue producto de una represalia la demora en el trámite de la devolución del IVA a la entidad (XXX), sino el consenso de un grupo de decisión de devoluciones, conformado por los distintos jefes de la seccional de impuestos de Cúcuta, que concluyó en enviar el expediente al área de fiscalización por las particularidades propias del asunto, recomendadas por la funcionara instructora del mismo, (XXX), como se analizó en precedencia de sus declaraciones⁴⁶; actuar de los funcionarios del área de devoluciones, totalmente enmarcado en sus deberes funcionales.

Lo anterior permite establecer que más allá de un deber legal y cívico del denunciante en poner al tanto a las autoridades competentes sobre las presuntas irregularidades cometidas por sus funcionarios; sobre el particular se advierte que el quejoso y según su propio dicho, tenía serios intereses directos en el proceso de devolución de la entidad (XXX) y una ostensible molestia contra los funcionarios de la DIAN por la demora en el trámite de devolución de la entidad (XXX) y él envió del mismo al área de fiscalización, lo cual según lo manifestó a lo largo de sus declaraciones lo tenían muy perjudicado.

Lo que pone al denunciante en una posición poco objetiva y desfavorable respecto de la credibilidad de sus asertos, como para predicar de ellos la certeza exigida por la norma para

⁴⁶ Ver fol. 206 Cn 2.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

sancionar, pues él mismo afirma que es por la demora en el trámite de devolución de la entidad (XXX) y el envío de esta al área de fiscalización, que lo perjudica, y no por la supuesta prebenda o dadiva que le solicitase algún funcionario de la Dian, la cual solo denuncia hasta el día 14 de diciembre de 2012, un mes aproximadamente según su dicho y tres meses según lo manifiesta el disciplinado (XXX), en donde denuncia una supuesta retaliación por una presunta reunión de la cual no son claras ni las circunstancias de tiempo modo y lugar en que supuestamente aconteció, y que el despacho a-quo infiere solo a partir de indicios mal valorados de lo que realmente establece la única prueba del plenario que sustenta la tesis sancionadora en contra de los procesados.

Cabe advertirse que si bien el indicio no es por sí mismo un medio de prueba autónomo, sino la inferencia lógica de las pruebas que obran en un plenario, tal como lo consagra el artículo 130 del CDU cuando sobre el particular preceptúa “Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica”. Lo cierto es que tal como lo ha explicado la doctrina probatoria referente al indicio,⁴⁷ se sostiene que indicio es aquel cuya función probatoria es meramente accidental, conclusiva y surge por la eventualidad de una relación suya indefendible a priori con el hecho cierto que se va a probar; es decir, es una circunstancia de la que se puede extraer una conclusión e inferencia en relación con la existencia o inexistencia de un hecho a probar. Por tanto indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido o del que no se tiene percepción directa⁴⁸.

En tal sentido como se ha venido considerando, los hechos probados en el expediente, no permiten concretar un derrotero de indicios contingentes, convergentes, graves y concordantes sobre la presunta responsabilidad endilgada en el presente asunto a los disciplinados, solo el que al parecer existió un encuentro entre el quejoso (XXX) y el disciplinado (XXX), del cual no se tiene claridad ni certeza en el plenario si fue en las instalaciones de la Dian o en sus cercanías, ni que se trató allí, en donde según el quejoso fue víctima del delito de concusión y según el funcionario solo le indicó que para acelerar su devolución lo podía hacer a través de la compra de una póliza sobre el porcentaje de la devolución; resultan ser circunstancias que al no ofrecer

⁴⁷ Canelutti Francesco (1982: 191-192). Tomas Manzini (1952:248).

⁴⁸ Leer más: <http://www.monografias.com/trabajos78/prueba-indiciaria-circunstancial-materia-penal/prueba-indiciaria-circunstancial-materia-penal.shtml#ixzz3Xye1TGPI>.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

diáfana claridad para predicar la certeza de los elementos de tiempo modo y lugar en que supuestamente acontecieron los hechos reprochados como lo exige la norma, y que sin embargo se contrarrestan como se ha venido considerando de los testimonios obrantes en el expediente, que en nada acusan a los implicados y de la injustificada demorado en denunciar los supuestos hechos irregulares por parte del quejoso, los cuales como se advierte, solo denuncia a partir de que tiene conocimiento de que el trámite de devolución se prolongara por el envío del mismo al área de fiscalización el cual lo perjudicaría, resultan ser circunstancias que en una sana critica, demeritan lo certero y objetivo de lo denunciado como lo exige el lus Piniendi, para sancionar.

Lo anterior contrarresta la pulcra objetividad de orden legal que se exige de este tipo de denuncias, esto es la credibilidad cierta de la misma, aunado a que no se establece en el expediente el ingrediente normativo del parágrafo del artículo 90 del CDU, que como se dijo, obedece a que la queja debe ir acompañada de las pruebas que la cimientan, pues al no observarse con pleno cuidado los requisitos legales y formales ampliamente deprecados por la Jurisprudencia sobre la figura de la queja contra servidor público⁴⁹, eventualmente se podría estar inmerso en delitos de falsa denuncia, injuria y calumnia, por quien no se respalda sólidamente en sus acusaciones, ya que en caso contrario y de ir más allá de la naturaleza misma de la queja, se podría lesionar el bien jurídicamente tutelado por el Estado de la Honra y Buen Nombre de las personas, entendidos estos como derechos fundamentales de raigambre Constitucional, ampliamente amparados por el Estado y sus Instituciones en el artículo 15 Superior.

Ahora en cuanto a la valoración certera y objetiva de los testimonios de los funcionarios (XXX), se advierte por el despacho ad-quem que ninguno menciona haber sido testigo presencial ni directo de los presuntos hechos denunciados, ni realmente acusan de nada a los funcionarios (XXX), limitándose estos testimonios a reproducir lo que el señor (XXX) les había manifestado en su momento, sobre los presuntos hechos irregulares, aunado a que no se encuentra probado en el expediente que los disciplinados tuvieran algún tipo de antecedente referente a la comisión de delitos o sanciones disciplinarias en los casi 30 años de trayectoria en la Dian y finalmente los disciplinados jamás han aceptado los hechos por los que se les acusó, por el contrario califican en sus alegatos de temerarias las aseveraciones del señor (XXX), en su denuncia del 14 de diciembre de 2012.

⁴⁹ Consultar entre otras Sentencia No. T-006/95, Sentencia T-973/03, Sentencia No. T-006/95.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

Por lo anterior el despacho ad-quem se aparta del criterio esbozado por la primera instancia en el sub examine, en razón a que el derecho disciplinario es una especie del género del derecho punitivo, siendo consustancial a esta materia la proscripción de la responsabilidad objetiva, en los términos del artículo 13 del CDU, de manera que para configurar falta disciplinaria se requiere demostrar los presuntos hechos y conductas irregulares en las que al parecer incurrieran los disciplinados, como el grado de culpabilidad en la realización de los mismos, esto es, estableciendo en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, sobre la comprensión de la conducta y la posibilidad de auto determinarse conforme a derecho por los enjuiciados, lo que implica estudiar en todo momento las condiciones concretas de orden personal, laboral y social en el contexto factico que se produjo la actuación de los procesados.

Por consiguiente en razón a que ninguno de los testimonios como ya se dijo, señala haber sido testigos directo ni presencial de los hechos narrados por el denunciante, sino que se limitan a reproducir lo que éste les había dicho o tuvieron de oídas conocimiento, y en consideración al análisis de los elementos intrínsecos de la queja, la cual como arriba se indicó resulta insuficientemente creíble a la luz del derecho probatorio, atendiendo a las reglas de la experiencia y la sana critica, se concluye que sobre el particular no podían ser valoradas tales pruebas como plenas en contra de los disciplinados, para sustentar una decisión sancionadora .

Por las anteriores razones no pueden ser confirmadas las consideraciones del fallo apelado, y en su lugar se absolverá a los procesados (XXX) por las conductas que se les imputara en el cargo único del auto de fecha 1º de julio de 2014, y que sirvieran de sustento para el fallo sancionador del pasado 4 de junio de 2015, referente al presunto tipo penal y disciplinario de "concusión", y "omisión al deber de denuncia" respectivamente; al encontrar este despacho de segunda instancia que convergen en el presente asunto múltiples elementos suasorios en el expediente que no permiten establecer la certeza de orden legal demandada de los hechos denunciados, para predicar de ellos responsabilidad disciplinaria; y que más bien dejan la sensación de duda frente a los mismos, por lo que en estos eventos es imperativo la aplicación del principio indubio pro disciplinado establecido en el artículo 9⁵⁰ del CDU, aunado a que se encuentran dados los presupuestos previstos para tal efecto en el artículo 73 de la Ley 734 de 2002, en cuanto a que no se encuentra probado en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, que los

⁵⁰ Artículo 9º. Presunción de inocencia. (...)Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla (...).

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

funcionarios procesados hayan cometido las faltas endilgadas. Entonces, lo acertado en este evento es reconocer o restaurar el debido proceso que les asiste por mandato Constitucional a los expedientados, revocando el fallo apelado.

Por las razones anotadas en precedencia, 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 SOLICITUDES DE NULIDAD invocadas por la defensa en su escrito de apelación, con base en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. REVOCAR EN SU TOTALIDAD la resolución 17317-00014 del 04 de junio de 2015, o fallo de primera instancia, mediante el cual la sub dirección técnica disciplinaria de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC, impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el termino de doce (12) años, al procesado (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía número (XXX); providencia en donde también se le suspendió en el ejercicio del cargo con inhabilidad especial por el término de seis (6) meses al funcionario (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía número (XXX) de Cúcuta; por las razones ut-supra.

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.

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. REMITIR copia de la presente decisión al nominador de los procesados, para que proceda con los registros y anotaciones correspondientes.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-00021

SEPTIMO. Expedir copias de la presenta decisión a los sujetos procesales.

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

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERBERT HARBAY ROMERO RIOS

Director General (E)

Proyectó: Dr. Julian Andres Garcia Novoa – Abogado Gestor Dirección General.

Aprobó: Dr. Herbert Harbey Romero Rios – Director General (E).