

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

NULIDAD / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES.

Frente a la nulidad planteada por la defensa de todo lo actuado por violación al debido proceso y la existencia de irregularidades sustanciales que vician de nula toda la actuación, la jurisprudencia y la doctrina han sido enfáticas en señalar que no toda irregularidad invalida la actuación procesal y que por el contrario, se requiere que ésta sea sustancial para invalidar el procedimiento, es decir, que realmente afecte el debido proceso de manera protuberante 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 la declaratoria de nulidad de una actuación procesal debe tomar 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 la actuación cuando a pesar de las deficiencias en las que se ha incurrido, se cumple adecuadamente el propósito previsto para ello.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 146

PRUEBA PARA SANCIONAR / ÚNICA PRUEBA – Deber de apuntar a la certeza de los hechos

Se itera que no es que se exija una tarifa legal probatoria en el ordenamiento Jurídico Colombiano para sustentar un fallo sancionatorio, 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 la duda razonable¹ o simplemente la lógica prudente; es decir que no basta con aseverar cualquier endilgamiento punible en contra de un funcionario público para deprecar per-sé y automáticamente la conducta reprochable denunciada, sino que como se observa de una lectura simple del párrafo 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 objetiva, la cual se encuentra proscrita de los ordenamientos jurídicos democráticos, concretamente del derecho disciplinario en el artículo 13

¹ 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. 1704-01-2014-232

del CDU, el cual establece a la letra: “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa”.(sic).

Por tanto lo que debe calificarse en el caso de la prueba única, es el grado de convicción eficacia y certeza que dicho elemento suasorio comporta en todas sus aristas a la trascendencia y utilidad que designa respecto de lo que realmente se desea probar con ésta, lo que se aprecia por el juzgador al momento de la valoración de los elementos intrínsecos de dicha prueba

FUENTE FORMAL: LEY 734 – ARTICULO 128 Y 142

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2014-0232
Número y fecha del fallo:	0003 del treinta y uno (31) de marzo 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 a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado (XXX), en su condición de defensor de confianza del procesado (XXX), en contra del fallo sancionatorio proferido en audiencia celebrada por la subdirección técnica de investigaciones disciplinarias de esta Agencia ITRC, el pasado 6 de febrero del año en curso.

COMPETENCIA

La suscrita Directora General de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, es competente para resolver la presente impugnación, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 4173 de 2011, aclarado por el Decreto 4452 de 2011, en atención a las previsiones contenidas en los numerales 12 y 13 del artículo 3° del Decreto 0985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Al presente juicio verbal y luego de adelantarse la correspondiente etapa instructiva² fue llamado a responder disciplinariamente el funcionario de la UAE-DIAN Seccional impuestos de

² Auto apertura indagación preliminar No. 17403-243 del 02 de octubre de 2014 (Ver fol. 15-17 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. 1704-01-2014-232

Cali, (XXX),³ por el presunto abuso de su cargo al aparentemente haberle solicitado la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) a la representante legal de la empresa (XXX), señora (XXX), el día 1º de septiembre de 2014, a cambio de agilizar el desembargo de las cuentas bancarias cuyo titular es la mentada sociedad y que habían sido afectadas con medida cautelar de embargo dentro del expediente de cobro No. 2012 – 213130, lo anterior según los hechos denunciados por la quejosa (XXX) el día 8 de septiembre de 2014, ante la jefatura de la división de gestión de cobranzas de la Dirección seccional de impuestos Cali.

2.- En desarrollo de la indagación preliminar se decretaron y practicaron pruebas documentales⁴, así como testimoniales⁵ y una vez valoradas las pruebas recaudas en el transcurso de la indagación preliminar, el funcionario de conocimiento citó a audiencia de juicio verbal disciplinario al funcionario (XXX), mediante auto No.17412-004 del 02 de diciembre de 2014, por considerarlo como presunto responsable de la falta disciplinaria gravísima, prevista en el artículo 48, numeral 1º de la Ley 734 de 2002, en concordancia normativa con el artículo 404 del Código Penal, esto es por la conducta delictual tipificada como "Concusión", cometida por el disciplinado a título de dolo; providencia notificada personalmente al acusado el día 11 de diciembre de 2014⁶.

3.- Celebradas las audiencias de juicio verbal los días 22, 23, 26⁷ de diciembre de 2014 y 6 de febrero de 2015⁸, se practicaron pruebas, resolvieron nulidades y se escucharon los alegatos de conclusión; acto seguido se profirió fallo sancionatorio en contra del enjuiciado, 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; el cargo formulado al disciplinado en la citación a audiencia; y los argumentos defensivos del procesado, planteados a lo largo del juicio, tanto en la versión libre, como de los alegatos finales. De la misma manera se resumieron y valoraron la totalidad de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas a lo largo de la actuación preliminar, 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

³ Se trata de (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía número 16736376. De acuerdo con su hoja de vida, el funcionario se encuentra laboralmente vinculado con la DIAN desde el 5 de diciembre de 2001. Para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Analista V, adscrito al GIT Persuasiva I de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali.

⁴ Ver fol. 2-11; 69, 88, 89 y 90 al 93 Cn 1.

⁵ Ver fol.18-21 Cn1.- ver fol. 26-27 Cn1.

⁶ Ver folios 224 Cn 2.

⁷ Ver fol.227-233 Cn 2.

⁸ Ver fol.289-321 Cn2.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

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, tanto en la etapa de indagación preliminar como en la etapa de juicio verbal, el cargo que se formuló al investigado dentro del auto de citación a audiencia, constituyó una imputación diáfana y concreta, argumentando que el disciplinado conto con todas las posibilidades procesales de ejercer sus derechos de contradicción y defensa respecto del mismo, 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 en la que denomino “valoración de la prueba del testigo único” al referirse a la declaración de la quejosa,⁹ se pudo establecer en grado de certeza que el investigado encontrándose prestando sus servicios en el grupo interno de trabajo de cobranzas de la dirección seccional de impuestos Cali, el día 1º de septiembre de 2014, le solicitó a la representante legal de la empresa (XXX), señora (XXX), un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000), a cambio de agilizar el desembargo de las cuentas bancarias que le habían sido afectadas dentro del expediente de cobro No. 2012 – 213130; traspasando de esta manera el disciplinado los límites de sus funciones y fraguando así la conducta punible de “concusión” descrita en la norma penal, referente a que “...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...(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 la conducta imputada al procesado vulneró su deber funcional sin justificación alguna, pues en su condición de servidor público debía actuar bajo postulados de moralidad pública, diligencia, eficiencia y eficacia, es decir, a partir de normas rectoras de su ejercicio, tal como lo establece la ley disciplinaria en sus artículos 5 y 22, por cuanto, al asumir su cargo el disciplinado (XXX), se comprometió a cumplir con fidelidad y respeto sus deberes funcionales legales, y a representar de forma altruista a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales frente a los ciudadanos, situación que considero el despacho instructor que en el sub lite no se cumplió, sino que por el contrario el disciplinado

⁹ En tal sentido señala el fallo de primera instancia: “Así las cosas, a juicio del Despacho, pese a que las manifestaciones formuladas por la quejosa fueron la fuente esencial de la imputación, no puede ser menospreciado su planteamiento, habida cuenta que en desarrollo de los principios de la sana critica, de la inexistencia de un sistema probatorio en el que se privilegie una exigencia tarifaria y que el análisis del mismo ha resistido cualquier cuestionamiento, arrojando un manto de veracidad en sus afirmaciones, dada la coherencia de la formulación y la presencia de otros elementos de juicio que tienden a respaldar las aseveraciones realizadas por la señora (XXX). Nótese además que la disposición de la quejosa a acatar las citaciones del Despacho, en procura de contestar al disciplinado y a su defensa, los cuestionamientos o aclaraciones de sus planteamientos fue plena, ya que sin ambages ha intervenido cuando se le ha requerido, sometiéndose en reiteradas ocasiones a la fórmula del juramento, no obstante que hubiese podido haber asumido una actitud reticente, caso en el cual hubiese generado elementos para poner razonablemente en duda la credibilidad de sus aseveraciones”(Sic).

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

mancilló los principios de transparencia y moralidad de la función pública, a los que estaba obligado a acatar, sin justificación alguna.

Con relación al requisito estructural de culpabilidad de la falta, mantuvo el fallador de instancia su posición esbozada en el auto de citación a audiencia, al considerar que la falta objeto de sanción debía ser imputada a título de dolo, pues evidenció que en el actuar del procesado no existía duda sobre el conocimiento, intencionalidad y ánimo del funcionario (XXX) en su actuar, al considerar que conocía 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 el disciplinado había cometido la conducta enrostrada de concusión con un contenido netamente doloso, por cuanto el tipo penal no comporta en su legislación compuesta, modalidad culposa, sino que refiere implícitamente al conocimiento y voluntad por la manera en que se encuentra enunciado.

En lo que respecta a la calificación de la falta, el despacho a quo mantuvo la posición asumida en su auto de llamamiento a juicio y cargos, en consecuencia, calificó las conductas imputadas disciplinariamente al funcionario (XXX), como gravísima a título de dolo, al hallarla enmarcada en los preceptos normativos del artículo 48, numeral 1º de la Ley 734 de 2002.

En el proceso de dosificación de la sanción, atendiendo a la calificación concreta como gravísima dolosa, consideró el despacho de primera instancia viable la imposición de sanción de destitución e inhabilidad general por el termino de doce (12) años al disciplinado, teniendo en cuenta en su favor, la ausencia de antecedentes fiscales y disciplinarios; la no afectación de derechos fundamentales con la conducta reprochada; y el no pertenecer el enjuiciado a un cargo de nivel directivo o ejecutivo de la DIAN.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal oportuna, esto es, en desarrollo de la misma audiencia de Juicio, el defensor del procesado sustentó su recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio de primera instancia, con base en los siguientes planteamientos:

En principio alega la nulidad de todo lo actuado al considerar que se ha violado sustancialmente los derechos de su defendido a pesar de haber sido advertidos desde el inicio de la actuación, por realizar la audiencia de testimonios a la quejosa y a su mensajero a espaldas de su prohijado, sin que pudiera controvertir dichas pruebas, al negar las pruebas solicitadas por el señor (XXX) en su versión libre, al referirse a la declaración que fuera negada del funcionario (XXX), quien labora en el grupo de coactivo de la división de cobranzas de la seccional de Impuesto Cali; porque labora junto con el disciplinado, y es quien podría dar fe del tratamiento personal demostrado por éste con los contribuyentes, por ser el compañero más cercano de cubículo del expedientado. En consecuencia sostiene que el despacho instructor incurrió en nulidad procesal y fue así que la defensa solicitó la nulidad conforme a las voces del artículo 143 al 147 del código único disciplinario.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

Indico el libelista que de acuerdo a principios arraigados en nuestro sistema jurídico disciplinario, para sancionar a una persona se exige acreditar en grado de certeza la responsabilidad del investigado, como el aspecto subjetivo de la falta, es decir la culpabilidad y que en el presente asunto no se encuentran probados ni los hechos que configuran la supuesta falta, ni el dolo que se le endilga a su prohijado ni mucho menos, la ilicitud sustancial que le fueron imputados por el despacho a-quo al disciplinado.

Arguye la defensa que le manifestó en el momento procesal oportuno al director del proceso que existía de su parte prejuizgamiento, situación que a las voces del derecho universal le impedirían continuar con la dirección del proceso, y que por tal razón lo recusó, situación que advierte fue pasada por alto, apoyándose el titular del despacho para rechazar la recusación, en que jurídicamente el artículo 84 del CUD, establece que lo planteado en el auto de citación a audiencia y cargos constituye una calificación provisional de unos hechos objeto de investigación por parte del operador disciplinario.

En cuanto al fondo del asunto señalo que lo único cierto y probado en el expediente es que la denuncia presentada por la representante legal de la empresa (XXX), señora (XXX), simplemente obedecía a una retaliación en contra del funcionario disciplinado, lo que se prueba con la serie de contradicciones de la quejosa en sus declaraciones, que apuntan a que su declaración sea temeraria, así como lo confirmó en su jurada la ex trabajadora de la quejosa (XXX).

De otra parte alego la indebida valoración probatoria del fallo a quo, por cuanto le otorgó a las pruebas testimoniales en su entender una vocación probatoria que las mismas no tenían, desequilibrando el valor justicia e imparcialidad en la apreciación del escaso acervo probatorio con que cimentó la decisión sancionadora.

Al respecto señala que se le dio por el a-quo plena credibilidad para sancionar, al testimonio de la quejosa (XXX), así como una errada apreciación del testimonio del jefe de división de gestión de cobranzas - DIAN (XXX), como quiera que ningún cargo hizo el declarante en contra del disciplinado, ni mucho menos lo acusó de nada, agregando que manifestó que no le consta que el disciplinado incurriera en una solicitud de dádiva o contraprestación alguna por sus servicios.

Consideró el recurrente que el a-quo no valora lógica ni jurídicamente el testimonio de los señores (XXX) quien funge como gestor ii, asistente técnico y actualmente se desempeña como jefe del área administrativa y financiera asignada a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali – DIAN y (XXX) quien funge como gestor i, sustanciador de contratos – DIAN. En tanto estas declaraciones repiten lo que les dijo la quejosa (XXX), pero que finalmente no les consta absolutamente nada, al ser testigos de oídas, agregando el inconforme que tales testimonios en ninguna forma declaran contra del disciplinado, como erradamente lo interpreta el a-quo.

Por ultimo citó la defensa que si hubo algo extraño en el proceso es que no se probó nada por parte del quejoso, sino su mero dicho temerario en la denuncia que sirvió para que el a-quo valorara como plena prueba para sancionar al disciplinado, en tanto que su representado tuvo

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

siempre a su favor todas las pruebas de las que dio cuenta el expediente, que permitieron en conjunto distinguir al disciplinado como una persona responsable de sus actos y que cumpliera a cabalidad con su deber funcional en el desarrollo del proceso coactivo como el mismo despacho a-quo lo admite en la providencia atacada. Agrego que el a-quo desconoció flagrantemente, la presunción Constitucional de inocencia y el principio de *indubio pro disciplinado*, de su defendido, por cuanto las dudas que le surgieron a lo largo del proceso, al no haber sido posible de eliminarlas o de despejarlas, en grado de certeza, favorecían por mandato legal directamente al disciplinado.

Por lo anterior finiquita que el disciplinado no cometió falta disciplinaria alguna y solicitó la absolución en segunda instancia de responsabilidad disciplinaria de su prohijado y la terminación del presente proceso en su contra, así como el acceder a decretar la prueba testimonial solicitada del señor (XXX) y declarar la nulidad de todo lo actuado por violación del debido proceso.

Por auto del 23 de febrero de 2015, este despacho ad-quem dio aplicación al inciso séptimo del artículo 180 del C. D. U., modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, corriendo traslado a los sujetos procesales por el término común de dos (2) días, para que presentaran alegatos de conclusión frente al recurso de apelación¹⁰, providencia notificada a los sujetos procesales personalmente¹¹, sin que estos hicieran uso de dicha oportunidad procesal.

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)¹².

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

¹⁰ Ver fol. 334 Cn 2.

¹¹ Ver fol. 341 y 343 del Cn 2.

¹² 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. 1704-01-2014-232

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 condiciones concretas de orden personal, laboral y social en que se produjo la actuación del disciplinado¹³.

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 disciplinaria¹⁴.

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 la alegada nulidad de la actuación procesal surtida por violación del debido proceso y por la negativa al decreto y practica de un testimonio solicitado, 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 certeza¹⁵ sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, siendo estos los aspectos alrededor de los cuales gira el recurso de apelación.

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 Estado¹⁶.

¹³ 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.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Diccionario Rae 2009- certeza: convicción seguridad, evidencia convencimiento, más allá de la duda.

¹⁶ Gomez Pavajeau Carlos A 2008, Lecciones de derecho disciplinario Vol. VIII instituto de estudios del Ministerio Público pág. 43.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

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 definió 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 2002¹⁷. Bajo el anterior marco factico y normativo, se hará el análisis del recurso materia de estudio.

ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD

Frente a la nulidad planteada por la defensa de todo lo actuado por violación al debido proceso y la existencia de irregularidades sustanciales que vician de nula toda la actuación, la jurisprudencia y la doctrina han sido enfáticas en señalar que no toda irregularidad invalida la actuación procesal y que por el contrario, se requiere que ésta sea sustancial para invalidar el procedimiento, es decir, que realmente afecte el debido proceso de manera protuberante 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 la declaratoria de nulidad de una actuación procesal debe tomar 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 la actuación cuando a pesar de las deficiencias en las que se ha incurrido, se cumple adecuadamente el propósito previsto 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).

¹⁷ 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. 1704-01-2014-232

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 de nulidades formuladas en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia deben ser rechazadas de plano por ser extemporáneas, el cual sin embargo no desplaza un posible pronunciamiento oficioso por parte de la 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 en la recepción de los testimonios que arguye viciados, alegato que sin embargo advierte este despacho no revisten la trascendencia procesal demandada, en razón a que los testimonios de (XXX), fueron ampliados en cumplimiento de la petición que en tal sentido solicitara la defensa; diligencias que fueron debidamente practicadas con la presencia del disciplinado y su defensor, al punto que se advierte de las actas de audiencia del 22, 23 y 26 de diciembre de 2014, que estos últimos participaron activamente en las mismas; lo que permite la convalidación de tales pruebas como arriba se enunciará; lo anterior en consonancia con lo previsto para el efecto en el artículo 91 del CDU, el cual subraya la posibilidad de que las pruebas practicadas sin la presencia del implicado en tanto se surtía el trámite de la notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas en los puntos que solicite el disciplinado, tal como en el caso concreto aconteció; por lo tanto al no advertirse un protuberante yerro de relevancia procesal que afecte ni invalide sustancialmente la actuación 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 nulidad en este momento procesal por ser extemporáneas.

DE LA SOLICITUD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

En cuanto a la apelación sobre la negativa por el despacho a-quo al decreto y practica del testimonio del funcionario (XXX) en audiencia del 22 de diciembre de 2014, quien labora en el grupo de coactivo de la división de cobranzas de la Seccional de Impuestos Cali, y quien según la defensa depondría sobre el tratamiento personal demostrado por el enjuiciado con los contribuyentes, por ser el compañero más cercano de cubículo del procesado, así mismo que

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

podría declarar si le consta o no si la quejosa (XXX) hubiese llorado el día de los hechos denunciados o sobre si escucho la presunta petición de dinero por la cual es enjuiciado el aquí procesado; encuentra este despacho ad-quem pertinente recordar que la utilidad de la prueba refiere a la trascendencia o riqueza probatoria que aporta la probanza a la investigación, en tanto que de no ser encontrada la prueba como útil deberá inadmitirse, o cuando resulten también inconducente, impertinente igualmente, las ilegales o ineficaces y las que versen sobre hechos manifiestamente superfluos¹⁸.

En tal sentido para este fallador de segundo grado la prueba solicitada resulta inútil y superflua a los fines del proceso, por cuanto de una parte no gira en torno a determinar la buena conducta del procesado la presente instrucción, ni su buen trato con los contribuyentes, la cual solo se tendría en cuenta como elemento valorativo atenuador al momento de una posible sanción, la cual sin embargo podría corroborarse en parte con la certificación de ausencia de antecedentes disciplinarios obrantes en el expediente, a su turno resulta superfluo para la determinación de la conducta reprochada el determinar si la quejosa el día de los presuntos hechos hubiese llorado o no y si a su turno el señor (XXX) fue testigo directo de los hechos, por cuanto como lo ha manifestado en diversas oportunidades el mismo disciplinado en sus injuradas, nadie a parte de los directos implicados tuvo conocimiento de los presuntos hechos acaecidos por los cuales se le enjuicia en la presente causa. Así las cosas habrán de rechazarse la solicitud probatoria deprecada en el recurso de alzada.

Finalmente y en cuanto a la alegación de recusación del fallador de primera instancia argüida por la defensa, bien poco tiene que decir este despacho ad-quem, por cuanto en tal sentido el recurrente no formula un cargo concreto que permita una ponderación objetiva de lo planteado frente a tal tópico, con lo avanzado procesalmente por el juzgador de primer grado y presuntamente trasuntado y confutador de los derechos y garantías que en tal sentido prohíjan el régimen de impedimentos y recusaciones descrito en el artículo 84 la ley 734 de 2002, lo anterior, por cuanto en tal sentido señala el inconforme: *"Estando en este momento procesal de sustentar la apelación reitero al despacho lo dicho en los alegatos de conclusión y me concentraré básicamente en lo que corresponde a la prueba que sustenta el fallo en contra de mi poderdante" (sic).*

CONSIDERACIONES DEL CASO CONCRETO

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

¹⁸ Artículo 132 de la ley 734 de 2002. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

DEL CARGO ÚNICO FORMULADO:

Mediante providencia calendada del 02 de diciembre de 2014¹⁹, se le imputó al señor (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía número (XXX) quien para la época de los hechos desempeñaba el cargo de analista V, adscrito al Git persuasiva I de la Dirección Seccional de Impuestos Cali, el siguiente cargo:

“(...) Se tiene que el señor (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía número (XXX) quien para la época de los hechos desempeñaba el cargo de analista V, adscrito al Git persuasiva I de la Dirección Seccional de Impuestos Cali., abuso de su cargo al solicitar la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000), a la representante legal de la empresa (XXX)., (XXX) el día 1º de septiembre de 2014, a cambio de agilizar el desembargo de las cuentas bancarias que le habían sido afectadas con medida cautelar dentro del expediente de cobro No. 2012 – 213130 ... (sic)”.

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 (...).

La anterior imputación jurídica se estableció probada por el despacho a-quo en el fallo sancionatorio del pasado 6 de febrero de 2015²⁰, con base en las siguientes consideraciones sobre las pruebas del proceso²¹:

(...)

Siguiendo con la secuencia de eventos formulada por la quejosa, se infiere que una vez presentados los documentos, regresó al sitio de trabajo de (XXX), para recibir más instrucciones que le permitiesen de manera expedita la liberación de las cuentas embargadas. Es en este punto donde (XXX) manifestó que la sentencia del disciplinado fue tajante, al serle indicado que el trámite para el desembargo demoraría de

¹⁹ Ver folios 205-213 Cn 2.

²⁰ Ver fol. 301-321 Cn 2.

²¹ **Documentales** folios 30 y siguientes, obran copias del expediente administrativo de cobro adelantado a la (XXX).- A folio 150 se establece la condición funcional del servidor (XXX). - **Pruebas Testimoniales** de (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. 1704-01-2014-232

un mes a mes y medio, a menos que pagara la suma de millón y medio de pesos para obtener el desembargo en un término a lo sumo de dos días, lo que denota desde el contexto de la primera, la presión a la que se vio expuesta a fin de obtener un rápido resultado. Ahora bien, se evidencian ajuicio del Despacho, elementos que surten a la argumentación de la quejosa de suficientes fundamentos para tenerla como creíble, toda vez que las circunstancias antecedentes y concomitantes al hecho mismo, en su relación con las de tiempo y lugar por ella indicados resultan en un todo coherente. Para ello, se reitera, resulta menester contar con la prueba documental referida en párrafos anteriores, y con la coincidencia de algunas de las aseveraciones formuladas por (XXX) con varios de los planteamientos de (XXX), por lo que no se advierte la presencia de un deseo de retaliación que hubiese justificado la formulación de la denuncia, tal y como lo planteaba el disciplinado en el escrito que presentó a guisa de versión libre. En efecto, pese al malestar que pudo haber producido el embargo de las cuentas, ello no fue razón para que naciera en la quejosa un sentimiento de animadversión respecto del disciplinado, porque si así fuera, muy seguramente la formulación de la denuncia se hubiese producido desde el mismo momento en que tuvo conocimiento de la medida cautelar y no ocho días después cuando por conducto del mensajero de la empresa, (XXX), tuvo conocimiento que el desembargo no se había producido y que al parecer el disciplinado le estaba todavía exigiendo que actuara conforme a la solicitud dineraria que había formulado el 1° de septiembre.

(...)

Otro aspecto que permite demeritar la presencia de un ánimo de retaliación por parte de la quejosa, tiene que ver con el hecho de que (XXX) en sus testimonios, fueron explícitos en señalar que la quejosa, no obstante haberlos puesto en conocimiento sobre la situación, nunca les mencionó la identidad del servidor público que había hecho la irregular solicitud. Portante, si el afán de (XXX) hubiese sido motivado por un sentimiento real de venganza o de retaliación, el resultado coherente del mismo hubiese sido el de haber señalado al disciplinado de manera directa y desde un principio, como el autor de la irregularidad, en procura de afectar además su situación ante su empleador. (...) Por tanto es razonable que desde la perspectiva de la denunciante, se vislumbrara una situación de suma gravedad, al verse inmersa en una posición comprometedora; situación que por demás le fue presentada por el disciplinado de tal forma que para aquella resultaba irresistible, ya que su margen de maniobra fue reducida al temor que le produjo la no liberación de las cuentas en forma expedita; sin embargo decidió no doblegarse ante la proposición, decidiendo que lo más conveniente era buscar el direccionamiento por parte de los funcionarios que conocía en la administración. Así las cosas, a juicio del Despacho, pese a que las manifestaciones formuladas por la quejosa fueron la fuente esencial de la imputación, no puede ser menospreciado su planteamiento, habida cuenta que en desarrollo de los principios de la sana crítica, de la inexistencia de un sistema probatorio en el que se privilegie una exigencia tarifaria y que el análisis del mismo ha resistido cualquier cuestionamiento, arrojando un manto de veracidad en sus afirmaciones, dada la coherencia de la formulación y la presencia de otros elementos de juicio que tienden a respaldar las aseveraciones realizadas por la señora (XXX) (sic).

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

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

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 mismo²², que conduzcan de forma certera a la convicción legal de la falta y de la responsabilidad del disciplinado (artículo 142 ídem).

En el sub examine encuentra este sensor de instancia, que solo en una prueba y más concretamente en la denuncia que presentara la representante legal de la empresa (XXX), señora (XXX), el día 8 de septiembre de 2014 en las instalaciones de la Dirección seccional de impuestos Cali-Dian²³ en contra del disciplinado, se apoyó el despacho a quo para inferir no solo la existencia de la falta disciplinaria, sino también toda la estructura de la responsabilidad disciplinaria del procesado en la misma, que correspondió con la presunta solicitud de dinero (\$1.500.000), que este al parecer le hiciera a cambio de agilizar el desembargo de las cuentas bancarias cuyo titular era la mentada sociedad y que habían sido afectadas con medida cautelar dentro del expediente de cobro No. 2012 – 213130.

Descendiendo al caso concreto, si bien y en principio no habría lugar a dudar de la versión de los hechos denunciados por la quejosa (XXX) en contra del funcionario (XXX) y que comportan el núcleo factico del presente juicio disciplinario, en virtud del principio de presunción de la buena fe de raigambre Constitucional que le asiste a toda persona²⁴, 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”²⁵ 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 jurídicas; lo cierto es que no puede perderse de vista los preceptos normativos que regentan la queja contra servidor público en el parágrafo 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).

Como se desprende del precepto normativo, no es la sola queja contra el funcionario público la que 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 artículo 90 del CDU, con el ingrediente normativo de que quien

²² Art. 128 y 130 de la ley 734 de 2002, art 177 y 187 del CPC.

²³ Ver folios 2-11 Cn 1.

²⁴ Artículo 83 de la Constitución Política de 1991.

²⁵ 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. 1704-01-2014-232

presente una queja en contra de un servidor público, deberá aportar las pruebas que demuestren el sustento de la misma.

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 establecer²⁶:

"(...) 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 disciplinario al verificar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que sucedieron los supuestos hechos denunciados²⁷:

(...) Las múltiples irregularidades cometidas en el proceso disciplinario adelantado contra el petente 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 las afirmaciones hechas por la denunciante (XXX) el día 8 de septiembre de 2014 en las instalaciones de la dirección seccional de impuestos Cali, en contra del funcionario de la Dian (XXX), referentes a que éste le hubiese solicitado la suma de \$1.500.000 para desembargarle las cuentas bancarias de la entidad que la quejosa representa legalmente, en principio no comportan 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 del aquí enjuiciado, por carecer de respaldo probatorio sólido que en tal sentido cimiente los asertos denunciados, en razón a que a este instructivo nunca se allegaron testimonios, documentos, grabaciones y/o cualquier medio de prueba conducente, que acreditara **en grado de certeza y más allá de toda duda razonable**, tales manifestaciones hechas por la quejosa en contra del disciplinado.

Se itera que no es que se exija una tarifa legal probatoria en el ordenamiento Jurídico Colombiano para sustentar un fallo sancionatorio, 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 cimiente el medio suasorio en grado de convicción y más allá de la duda razonable²⁸ o simplemente la lógica prudente; es decir que no basta con aseverar cualquier endilgamiento punible en contra de un

²⁶ Sentencia No. T-006/95

²⁷ Ibídem.

²⁸ 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. 1704-01-2014-232

funcionario público para deprecar per-sé y automáticamente la conducta reprochable denunciada, 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 objetiva, la cual se encuentra proscrita de los ordenamientos jurídicos democráticos, concretamente del derecho disciplinario en el artículo 13 del CDU, el cual establece a la letra: “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa”.(sic).

Por tanto lo que debe calificarse en el caso de la prueba única, es el grado de convicción eficacia y certeza que dicho elemento suasorio comporta en todas sus aristas a la trascendencia y utilidad que designa respecto de lo que realmente se desea probar con ésta, lo que se aprecia por el juzgador al momento de la valoración de los elementos intrínsecos de dicha prueba; 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 prueba²⁹(...).(subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, en el sub-examine al calificar los elementos intrínsecos de la única prueba que cimienta la sanción, esto es la queja, permite a este despacho ad-quem examinar la actitud personal³⁰ de la quejosa al momento de denunciar los hechos y del análisis conjunto y armónico de los elementos facticos que se encuentran probados en el plenario, se establecen una serie de elementos suasorios en el desarrollo de los hechos denunciados, que no fueron advertidos por el despacho a-quo, o fueron erradamente valorados por el mismo, en cuanto a que como en su momento lo alegara la defensa, la denunciante venía afanada por desembargar con prontitud las cuentas bancarias de la entidad que representa, o como lo denominó el fallo de primer grado “la presión a la que se vio expuesta [a la quejosa] a fin de obtener un rápido resultado”(sic), tal como en efecto lo corrobora la declaración de la señora (XXX) cuando se le pregunta: considera usted que la doctora (XXX) tiene un proceder tal que pudiera tratar de desquitarse o hacerle mal a alguien por no conseguir o lograr su objetivo? A lo que contesta la deponente: “Si claro, ella en aras de que no la embargaran, pues le echa la culpa al funcionario y por ende a la contadora también, viendo que todo estaba por escrito y que ella es la financiera de la empresa y sabia su deuda” (sic) (fol-188-189 Cn 1). Declaración que se corrobora con lo afirmado por el señor (XXX), Jefe del disciplinado y

²⁹ CSJ. Sala de Casación Penal MP. Jorge Aníbal Gomez Gallego. Proceso 13119, diciembre 15 de 2000.

³⁰ (...) 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. 1704-01-2014-232

encargado de la división de gestión de Cobranzas – DIAN, cuando en su jurada señaló cuando se le preguntó si advirtió alguna irregularidad en el proceso de cobro adelantado por el disciplinado contra la quejosa, a lo que señaló: *“la irregularidad es por la presión que ella me dijo ejerció (XXX) , contra ella por que las instrucciones de nosotros son de un trato amable para el contribuyente”(sic). Como la señora lo manifestó, se sintió acosada y presionada” (sic).* (Fol-196-199 Cn 1).

Claramente la denominada “presión” con que la señora (XXX) iba el día 8 de septiembre de 2014 al momento de denunciar los hechos descritos en la denuncia, atemperan la credibilidad de la misma sobre el presunto delito de concusión en el que aparentemente incurriera el disciplinado (XXX) el día 1º de septiembre de 2014, en las instalaciones de la seccional de impuestos de la DIAN Cali; lo primero en razón al evidente afán y premura con que se relata que la disciplinada requería del desembargo de sus cuentas corrientes, por cuanto *“antes de esta situación nunca habíamos tenido inconvenientes con la Dian, por eso me asuste tanto”,* tal como ella misma lo afirmara en su jurada del día 9 de octubre de 2014 (ver fol.18-21), lo segundo por la represalia que por los hechos acaecidos sobre el incumpliendo del acuerdo celebrado dentro del proceso de cobro No. 2012 – 213130 del día 14 de julio de 2014, le endilga a la contadora de la (XXX), señora (XXX), por cuanto la despide de la entidad y según lo afirma la misma declarante afectada con tal decisión, señora (XXX), termina en malos términos con la quejosa, la cual señala como se advirtió líneas anteriores, de retaliadora por el malestar que le había causado el embargo de las cuentas bancarias de la entidad que legalmente representa.

Finalmente por la demora inusitada e injustificada con que denuncia los presuntos hechos delictivos de concusión en que presuntamente incurriera el disciplinado (XXX) el día 1º de septiembre de 2014 en las instancias de la seccional de impuestos de la DIAN Cali al solicitarle la suma de \$1.500.000, para desembargarle las cuentas bancarias que le habían sido afectadas dentro del expediente de cobro No. 2012 – 213130; lo anterior por cuanto la disciplinada ya había trabajado con la Administración Dian como contratista, tal como lo afirmara en sus declaraciones(ver fol. 148-21), por tanto se presume que entendía claramente el alto nivel moral y ético que se demanda de los funcionarios públicos en sus actuaciones, quienes al no acompañar sus deberes funcionales con tales máximas pueden ser objeto de enjuiciamiento punitivo (fiscal, penal y disciplinario), aunado a que es un deber Constitucional³¹ ciudadano y legal³² el aprehender al delincuente sorprendido en flagrancia y llevarlo ante autoridad o juez por cualquier persona; lo anterior demandaba el deber legal de inmediatez en que se encontraba la quejosa para poner en conocimiento de la autoridad los presuntos hechos delictivos de que fuera víctima, cometidos por el servidor público aquí enjuiciado en el momento mismo en que presuntamente acaecieron, esto es en la flagrancia de los supuestos hechos irregulares, brindando datos exactos de la identificación del funcionario contraventor, para su posterior

³¹ 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.

³² Artículo 67 y 301 de la Ley 906 de 2004.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

individualización ante la autoridad competente, que en este caso hubiese sido el jefe inmediato del enjuiciado, para que éste en cumplimiento de su deber legal de denunciar hechos irregulares de que tenga conocimiento³³compulsara las copias respectivas 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 en el sub examine acontece en cuanto a que la quejosa pone en conocimiento de la autoridad la queja hasta el día 8 de septiembre de 2014, esto es siete días después del presunto acaecimiento de los hechos irregulares.

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 de la aquí quejosa, realizara el despacho a-quo en el fallo de primera instancia, cuando sobre el particular señala: *“En efecto, pese al malestar que pudo haber producido el embargo de las cuentas, ello no fue razón para que naciera en la quejosa un sentimiento de animadversión respecto del disciplinado, porque si así fuera, muy seguramente la formulación de la denuncia se hubiese producido desde el mismo momento en que tuvo conocimiento de la medida cautelar y no ocho días después” (sic). Otro aspecto que permite demeritar la presencia de un ánimo de retaliación por parte de la quejosa, tiene que ver con el hecho de que (XXX) en sus testimonios, fueron explícitos en señalar que la quejosa, no obstante haberlos puesto en conocimiento sobre la situación, nunca les mencionó la identidad del servidor público que había hecho la irregular solicitud. Portante, si el afán de (XXX) hubiese sido motivado por un sentimiento real de venganza o de retaliación, el resultado coherente del mismo hubiese sido el de haber señalado al disciplinado de manera directa y desde un principio, como el autor de la irregularidad, en procura de afectar además su situación ante su empleador” (sic).* (Subrayas fuera de texto).

Como se observa la anterior postura no solo es contraria al ordenamiento jurídico respecto del deber de denunciar la comisión de delitos de que se tenga conocimiento ante autoridad competente,³⁴ sino que no encuentra 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 de la denuncia presentada el día 8 de septiembre de 2014 en contra del funcionario (XXX), por la señora (XXX), los cuales como se ha venido considerando a lo largo de esta providencia, no alcanzan ni logran la certeza y convicción que se demandan de este tipo de quejas o denuncias, más aún si se tiene como prueba única para sancionar.

Lo anterior permite establecer que más allá de un deber legal y cívico de la denunciante en poner al tanto a las autoridades competentes sobre las presuntas irregularidades cometidas por sus funcionarios; sobre el particular se advierte que la quejosa tenía serios intereses directos en el proceso de cobro y una ostensible molestia por ella misma manifestada contra el servidor (XXX), por la supuesta presión y acoso que el funcionario le ejercía en el adelantamiento del proceso de

³³ 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.

³⁴ 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. 1704-01-2014-232

cobro No. 2012 – 213130, que termina por el incumplimiento de la entidad la (XXX), y con el consecuente embargo de sus cuentas bancarias; lo que pone a la denunciante en una posición poco objetiva y desfavorable respecto de la credibilidad de sus asertos, pues ella misma afirma que “antes de esta situación nunca habíamos tenido inconvenientes con la Dian, por eso me asuste tanto”(ver fol.18-21), lo que de suyo contrarresta la inmaculada imparcialidad 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 párrafo 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 público³⁵, 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 (XXX), se advierte por el despacho ad-quem que ninguno de los testigos menciona haber sido testigo presencial ni directo de los presuntos hechos denunciados, ni acusan de nada al funcionario (XXX), limitándose todos estos testimonios a reproducir lo que la señora (XXX) les había manifestado en su momento y tardíamente, sobre los presuntos hechos irregulares del funcionario (XXX); así las cosas y contrario sensu las declaraciones de (XXX), señalan al unísono que no encuentran irregularidad alguna en el adelantamiento del proceso de cobro No. 2012 – 213130 de la Dian seccional impuesto Cali contra la (XXX), adelantado por el aquí expedientado, aunado a que no se encuentra probado en el expediente que el disciplinado tuviera algún tipo de antecedente referente a la comisión de delitos o sanciones disciplinarias en los casi 15 años de trayectoria en la Dian y finalmente el disciplinado jamás ha aceptado los hechos por los que se le acusó, por el contrario califica en su injurada de temerarias las aseveraciones de la señora (XXX), en su denuncia del 8 de septiembre de 2014.

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 la culpabilidad del disciplinado en la realización del ilícito disciplinario, esto es, 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 el enjuiciado, lo que implica estudiar las condiciones concretas de orden personal, laboral y social en el contexto en que se produjo la actuación del disciplinado.

³⁵ 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. 1704-01-2014-232

En ese orden, encuentran vocación de éxito los argumentos de la defensa, pues es evidente la debilidad del fallo apelado por la escasa y errada valoración probatoria en que se sustenta para sancionar, más aún, de la investigación misma, la cual resulta precaria en el recaudo probatorio frente a la tesis sancionadora que pretende sustentar. Así por ejemplo, no puede afirmarse con grado de certeza y más allá de toda duda razonable, solo a partir de la queja, que el día 1º de septiembre de 2014, el funcionario (XXX) le solicitara a la representante legal de la empresa (XXX), señora (XXX), \$1.500.000, a cambio de agilizarle el desembargo de las cuentas bancarias que le habían sido afectadas dentro del expediente de cobro No. 2012 – 213130; por cuanto en el presente asunto ni siquiera se estableció o comprobó la conducta que se endilga, ni qué decir de la ilicitud sustancial y la culpabilidad, elementos estructurales de la responsabilidad disciplinaria respecto de los cuales el fallo a-quo es meramente conclusivo, pero huérfano de respaldo probatorio.

Por consiguiente en razón a que ninguno de los testimonios como ya se dijo, señala haber sido testigos directo de los hechos narrados por la denunciante, sino que se limitan a reproducir lo que ésta les había dicho, 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, es que se concluye que sobre el particular no podían ser valoradas tales pruebas como plenas en contra del disciplinado, para sustentar una decisión sancionadora.

Por las anteriores razones no pueden ser confirmadas las consideraciones del fallo apelado, y en su lugar se absolverá al procesado (XXX) por la conducta que se le imputara en el cargo único del auto de citación a audiencia de juicio verbal de fecha 2 de diciembre de 2014, y que sirviera de sustento para el fallo sancionador del pasado 5 de febrero de 2015, referente al presunto tipo penal y disciplinario de “concusión”, 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 demandada de los hechos denunciados para predicar responsabilidad disciplinaria de ellos; 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 9³⁶ 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 el funcionario procesado haya cometido la falta endilgada. Entonces, lo acertado es reconocer o restaurar el debido proceso que le asiste por mandato Constitucional al disciplinado, 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,

³⁶ 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. 1704-01-2014-232

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR LA SOLICITUD DE NULIDAD Y PRUEBAS solicitada por la defensa en su escrito de apelación, con base en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. REVOCAR EN SU TOTALIDAD la resolución 17317-00003 del 05 de febrero 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 diez (10) años, al procesado (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía número (XXX); 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.

CAURTO. 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. Una vez surtida la notificación del presente fallo, **REGISTRARLA** ante la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, según lo ordena el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 48, numeral 57 de la misma norma.

SÉPTIMO. REMITIR copia de la presente decisión al nominador del procesado, para que proceda con los registros correspondientes.

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

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

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2014-232

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE
Directora General

Proyectó: Dr. Julian Andres Garcia Novoa
Aprobó: Dr. (a) Carmen Maritza González M. – Directora General