

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

ABUSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Extralimitación de funciones.

Lo cierto es que el abuso de funciones no se limita como lo entiende el recurrente a que en efecto nazcan a la vida jurídica tales acciones, sino que se adelanten por funcionario competente en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, y que estas no se encuentren previamente descritas en la ley o en el reglamento, en tal sentido todo lo que va más allá de la función sin estar facultado para ello, se equipara a extralimitarse o abusar de la función.

Deber recordarse que es el mismo artículo 6° de la Constitución Política el que consagra la responsabilidad general de los ciudadanos y la específica de los servidores públicos, en tanto aquellos deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y los servidores públicos responderán además por extralimitarse en sus funciones, lo que constituye el elemento básico de la realización efectiva de los fines esenciales de un Estado de Derecho, aunado a que en los artículos 122 y 123 ibídem, se establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la Ley y el Reglamento y que los servidores públicos están al servicio del Estado ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 122 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48, NUMERAL 1 / LEY 599 DE 2000 - ARTICULO 428

CONCURSO DE FALTAS DISCIPLINARIAS – Mecanismos de absorción.

Al respecto del concurso de faltas disciplinarias también ha señalado la doctrina más aceptada del derecho disciplinario¹ que las disposiciones prohibitivas de la ley disciplinarias, excepto en el caso de las faltas gravísimas, no contienen la descripción de una falta, de manera que su infracción en varias oportunidades o la infracción de varias de ellas, no conduce necesariamente a un concurso de faltas disciplinarias, menos aun cuando la antijuricidad de la falta se configura sobre la base de una afectación sustancial al deber funcional como interés jurídico protegido por el derecho disciplinario.

Por lo anterior en aquellos eventos en los que se presente un aparente concurso entre faltas graves y gravísimas, el asunto se torna entonces inoficioso para el operador disciplinario, porque el mecanismo de absorción adoptado por el derecho disciplinario, considera como sanción a imponer la que corresponde a la falta gravísima, respecto de la existencia de la conducta y de su aplicación a la falta de mayor entidad

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 47

¹ Isaza Serrano Carlos Mario -Teoría General del Derecho Disciplinario edit. Temis 2010 pag114 y 115.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2013-015
Número y fecha del fallo:	00010 del veinticuatro (24) de abril de dos mil catorce (2014)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo de primera instancia confirmado en 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 de primera instancia proferido por la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de esta Agencia ITRC, el pasado 18 de Noviembre de 2013, mediante resolución 17413-043, dentro del Expediente No. 1704-01-2013-015.

COMPETENCIA

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

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Los hechos investigados en la presente actuación disciplinaria, tuvieron su génesis en el oficio No.105201244-14 de fecha 27 de octubre de 2010², por medio del cual el Jefe de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali, refirió presuntas irregularidades encontradas en el proceso administrativo de cobro coactivo número 200402374, adelantado en esa dependencia contra el contribuyente (XXX), al parecer imputables al funcionario (XXX), quien presuntamente había realizado el Mandamiento de Pago No.302-102 de fecha febrero 10 de 2009³, como la respectiva orden de pago y los oficios de medidas cautelares de embargo de cuentas⁴, para hacer exigible el impuesto de renta y complementarios del año gravable 2003 contra el contribuyente, sin estar facultado para ello.

² Ver folios 2 y 3 Cno 1.
³ Mandamiento de Pago No. 302 102 de fecha 10 de febrero de 2009, formato correspondencia oficial DIAN, proferido en contra del contribuyente, German Hortobagyi Tomas (fol.18 y 19 Con 1).
⁴ Resolución de Embargo No.225-0037 del 10 de febrero de 2010, por Sumas de Dinero depositadas en diferentes entidades financieras de titularidad del contribuyente, disponiendo límite de embargo a \$ 17.662.000. (ver fol. 28 Cno 1). Comunicado de embargo del 11 de febrero de 2010, dirigido a entidades financieras en Bogotá y Medellín, elaborado por el procesado (Ver fol. 29 a 40).

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

2.- Por los hechos relatados, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE-DIAN, mediante auto No.1001-424 del 23 de noviembre de 2010⁵, dispuso la apertura de indagación preliminar contra indeterminados, con el objeto de verificar la ocurrencia de los hechos denunciados en el mentado informe de servidor público⁶.

3.- Derivado del acervo probatorio recaudado en la etapa preliminar, el día 25 de marzo de 2011, por Auto No.1002-42, el despacho instructor de la DIAN, ordenó aperturar investigación disciplinaria dentro del expediente disciplinario No.213-303-2010-453, contra el señor (XXX) ⁷, providencia notificada personalmente al investigado el día 07 de abril de 2011⁸.

4.- Con Auto No.1079-3 del 3 de enero de 2012, el despacho Instructor de la DIAN, ordenó el cierre de la etapa de investigación disciplinaria⁹, decisión que se notificó personalmente al interesado el día 16 de enero de 2012¹⁰, sin ser impugnada.

5.- Mediante auto No.1018-7 del 9 de febrero de 2012¹¹, el instructor disciplinario Dian, formuló cargos contra del procesado (XXX), decisión que se le notificó personalmente el día 28 de febrero de 2012¹².

6.- Por Auto No.1019-15 del 19 de noviembre de 2012¹³, el despacho instructor de la Dian declaró de oficio la nulidad del citado auto de cargos, porque evidenció la existencia de vicios en la elaboración del mismo, actuación que fue notificada personalmente al disciplinado el día 30 de noviembre de 2012¹⁴.

7.- Posteriormente, la Subdirección de Control Interno Disciplinario de la DIAN, ordenó la remisión por competencias del expediente en trámite a esta Agencia ITRC, por considerar que los hechos que motivaban la actuación, podrían adecuarse a la descripción típica establecida en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002¹⁵, propias de las competencias disciplinarias residuales de la agencia ITRC¹⁶.

8.- Mediante Auto No.17401-004 de fecha 20 de febrero de 2013,¹⁷ la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC, avocó conocimiento de la actuación y designó funcionario instructor.

⁵ Ver folio 62 y 63 Cno 1.

⁶ Ver folios 2 y 3 Oficio No.132000201-0784.

⁷ Ver folios 126 y 127 Cno 1.

⁸ Ver folios 152 Cno 1.

⁹ Ver folios 274 Cno 2.

¹⁰ Ver folios 281 Cno 2.

¹¹ Ver folios 283-289 Cno 2.

¹² Ver folios 296 Cno 2.

¹³ Ver folios 429-430 Cno 3.

¹⁴ Ver folios 440 Cno 3.

¹⁵ Ver folios 442 Cno 3.

¹⁶ Decretos 4173 de 2011 y 0985 de 2012.

¹⁷ Ver folios 448 Cno 3.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

9.- Ulteriormente el día 3 de mayo de 2013 el despacho instructor profirió auto de cargos No.17406-017 contra el disciplinado (XXX)¹⁸, providencia notificada personalmente al procesado el día 31 de mayo de 2013¹⁹.

10.- Seguidamente, se recepcionó escrito de descargos presentados en termino por el apoderado del expedientado²⁰ y mediante Auto No.17417-296 del 12 de julio de 2013, se pronunció el despacho A-quo sobre la solicitud probatoria y otras peticiones. En la mentada providencia reconoció personería para actuar a la doctora (XXX) como apoderada del procesado, así mismo se negó las pruebas testimoniales solicitadas por la defensa, por encontrarlas el despacho inconducentes y ordenó la práctica de otras de la misma naturaleza, además de otras pruebas documentales²¹.

11.- Con auto No.17410-068 del 23 de septiembre de 2013,²² el despacho A-quo declaro el cierre del periodo probatorio y ordeno el traslado para alegar de conclusión de conformidad con los artículos 92 núm. 8 y 169 de la ley 734 de 2002, término dentro del cual la apoderada (XXX), presentó memorial de alegatos de conclusión el día 24 de octubre de 2013²³.

12.- Mediante resolución No.17413-043 del 18 de noviembre de 2013, el despacho A-Quo profirió fallo de primera instancia²⁴, a través del cual declaró al procesado (XXX), responsable de cometer la falta disciplinaria objeto de acusación previa en el pliego de cargos²⁵, esto es por incurrir en la falta gravísima descrita en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concurso con el numeral 7º del artículo 35 ibídem respectivamente, pues encontró enmarcada la conducta del disciplinado en la descripción típica del delito prevista en el artículo 428 Código Penal, como "abuso de función pública" y por "omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo", previstas en el numeral 7º del artículo 35 del CDU.

13.- Corolario de lo anterior, impuso el despacho A-quo como sanción al disciplinado la Destitución e Inhabilidad General por el término de dieciséis (16) años para ocupar cargos y ejercer funciones públicas.

14.- La anterior providencia fue notificada personalmente a la apoderada del disciplinado el día 11 de diciembre de 2013²⁶, quien de acuerdo a las facultades otorgadas en el poder conferido sustituyo el mandato al abogado (XXX), quien interpuso y sustentó el recurso de apelación en términos²⁷, razón por la cual fue concedida la impugnación ante esta Dirección General de la UAE

¹⁸ Ver folios 451-463 Cno 3

¹⁹ Ver folios 489 Cno 3.

²⁰ Ver folios 494 a 514 Cno 3.

²¹ Ver folios 517-520 Cno 3.

²² Ver folios 589 Cno 3.

²³ Ver folios 590-597 Cno 3.

²⁴ Ver folios 615-639 Cno 4.

²⁵ Ver folios 451-463 Cno 3.

²⁶ Ver folios 685 Cno 4.

²⁷ Ver folios 687-714 Cno 4.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Agencia ITRC, por auto del 24 de diciembre de 2013²⁸, despacho al que fue remitido el expediente el día 26 de diciembre de 2013 para desatar la alzada²⁹.

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; y los argumentos defensivos del procesado, planteados a lo largo del juicio, tanto en la versión libre, como en los alegatos de conclusión. De la misma manera se resumieron valoraron y evaluaron conjuntamente la totalidad de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas a lo largo de la actuación instructiva como de la etapa de juicio.

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

Consideró el fallador de primera instancia, que con base en el análisis probatorio decretado y practicado legal y oportunamente en el plenario, tanto en las etapas de instrucción como en la etapa de juicio, los cargos que se formularon al investigado dentro del auto No.17406-017 del día 3 de mayo de 2013 constituyen una imputación diáfana y concreta, de suerte que el disciplinado conto con todas las posibilidades procesales de ejercer sus derechos de contradicción y defensa respecto de la misma, para proceder a decidir como en derecho correspondía.

Continuando con la motivación del fallo, referente a la valoración probatoria estimo el despacho A-Quo, que se encontraba plenamente probada en grado de certeza la materialización de las conductas típicas e ilícitamente sustanciales endilgadas en el pliego de cargos al señor (XXX), en cuanto a que de la documental como de los testimonios allegados oportunamente al plenario, se estableció que el expedientado en su condición de funcionario de la DIAN, Dirección Seccional de Impuestos Cali, incurrió en la falta disciplinaria descrita en el numeral 1º del artículo 48 del CDU, concordante con el artículo 428 del Código Penal, referente al “abuso de la función pública” objeto del cargo, por cuanto el procesado elaboró el mandamiento de pago No.302-102 del 10 de febrero de 2009, como las respectivas órdenes de pago y los oficios de medidas cautelares de embargo de cuentas, así como la celebración del acta de comparecencia del día 12 de enero de 2010, para hacer exigible el impuesto de renta y complementarios del año gravable 2003 contra el contribuyente, sin estar facultado para ello, por lo tanto consideró que debía determinarse como gravísima la falta cometida.

En cuanto al segundo cargo concerniente al quebrantamiento de la prohibición contenida en el numeral 7º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, encontró satisfechos los presupuestos facticos como probatorios para determinar que en efecto el procesado promovió la extinción de la acción

²⁸ Ver folio 718 Cno 4.

²⁹ Ver folio 720 Cno 4.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

de cobro para el precitado gravamen, al omitir el encartado la remisión del aludido expediente a la dependencia competente para adelantar la actuación coactiva a la oficina encargada de otorgar facilidades de pago, entrabando de esa forma el acaecimiento de la interrupción del término de prescripción para contar con un nuevo período de cinco (5) años, para ejercer un admisible recaudo del gravamen.

Señalo el sensor de primera instancia que la conducta omisiva endilgada en el auto de cargos del 3 de mayo de 2013, claramente permitían al disciplinado comprender que no podía omitir trámites propios de su esfera funcional, como el que se le reprocha. En tal sentido afirmó el juzgador que responde al sentido común y legal saber que es obligación de todo funcionario público, conocer y acatar las disposiciones legales que permitan adelantar la labor asignada a su cargo, so pena de hacerse merecedor de reproche disciplinario.

Continuando con su exposición de motivos, argumentó el A Quo el cumplimiento del requisito de la Ilícitud Sustancial satisfecho, al expresar que las conductas imputadas al procesado vulneraron su deber funcional, sin justificación alguna, pues en su condición de servidor público de la Dian, 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, en armonía con el artículo 209 Superior por cuanto, al asumir su cargo el disciplinado en el año 2001, se comprometió a cumplir con fidelidad y respeto sus deberes funcionales legales, constitucionales y a representar de forma cabal y diligente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales frente a los contribuyentes, situación que considero el despacho instructor que en el sub examine no se cumplió, sino que por el contrario el disciplinado mancilló los principios de transparencia y moralidad propios de la función pública, a los que estaba obligado acatar, sin justificación alguna.

Con relación al requisito estructural normativo de la culpabilidad de la falta, mantuvo el fallador de instancia su posición esbozada en el auto de cargos, al considerar que la falta objeto de sanción referente al “abuso de la función pública” debía ser imputada a título de Dolo, pues evidenció en el actuar del procesado que no existía duda sobre el conocimiento, intencionalidad y ánimo del funcionario en su actuar, pues por un lado conocía que no estaba comisionado para elaborar el mandamiento de pago No.302-102 del 10 de febrero de 2009, como las respectivas órdenes de pago y los oficios de medidas cautelares de embargo de cuentas, así como la celebración del acta de comparecencia del 12 de enero de 2010 y no obstante a sabiendas de ello, actuó de manera equívoca, elaborando documentos mendaces y suplantatorios de la voluntad de la Administración de Impuestos Nacionales, conductas que conllevan un contenido Doloso.

En cuanto al quebrantamiento de la prohibición contenida en el numeral 7º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, enrostrada en el auto de cargos infirió el Despacho A-Quo la existencia de elementos de juicio que le permitieron establecer que la conducta omisiva imputable al investigado fue realizada a título de Culpa Grave, conclusión a la que arribo bajo el criterio de que no se predica ningún tipo de error de prohibición en que haya incurrido el investigado, como tampoco, se probó causal alguna de inimputabilidad respecto del disciplinado.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

En el acápite subsiguiente, titulado análisis y contestación a los argumentos de defensa, el fallador hizo nuevamente énfasis en el hecho de que en consonancia con los argumentos expuestos y entorno de la actuación desarrollada en el mentado expediente de cobro, se reveló una realidad palpable, como es, la irregularidad de priorización de los procesos a su cargo al dejar de lado la atención de las cuantías, prescripciones, interesados o partes intervinientes; circunstancias que permitieron la transgresión de la función encomendada, cual era la preservación de los tiempos y la oportuna creación de las condiciones señaladas para proceder conforme con la norma tributa.

Destaco el despacho A-Quo que la misma División de Gestión de Cobranzas reportó la confección de las actuaciones por parte del aquí procesado de manera manual (correo electrónico fol. 64) así como el reporte de la carga de trabajo originada en el aplicativo SISCOBRA CANDADO, donde no subyace actuación generada por este medio relacionada con este contribuyente, siendo contraria la información allegada preliminarmente, alegada por la defensa.

En atención a la verificación de las actuaciones desplegadas por el disciplinado, encontró el Despacho de instrucción mérito suficiente para remitir información de la presunta adecuación típica configurada en el presente asunto disciplinario ante la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia, indicando la comisión del tipo penal conocido como: "Abuso de Función Pública" (fol. 482), más no por falsedad ideológica como lo expresó la apoderada, puesto que de ese análisis no partió la actuación procesal.

En lo que respecta al alegato de la vulneración de las garantías constitucionales y legales que por ausencia del principio de investigación integral e imparcialidad fueron advertidas por la defensa, tampoco encontró subvención de prosperidad en dicha invocación el despacho A-Quo, teniendo en cuenta que en desarrollo del proceso se procuró perenemente un juicio analítico del acervo probatorio para llegar a la certeza y demostración de los hechos en averiguación y para demostrar la responsabilidad disciplinaria del encartado, en aras de establecer la "verdad real", investigando con igual rigor tanto lo favorable como lo desfavorable.

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, califico las conductas imputadas disciplinariamente al funcionario (XXX), como Gravísima a título de Dolo, respecto del abuso de la función y Grave a título de culpa, con relación a la omisión de dar el legal y respectivo trámite al proceso coactivo, al hallarlas enmarcadas en los preceptos normativos del artículo 48, numeral 1º de la Ley 734 de 2002 y 35 núm. 7 ibídem, respectivamente.

Concluyo el despacho de primera instancia que de esa manera, se traspasaron por el encartado los límites de sus funciones, y se incurrió en omisiones reprochadas en sede administrativa, con el fallo de primera instancia.

En cuanto al proceso de dosificación de la sanción, atendiendo a la calificación concreta como Gravísima a título de Dolo imputada al disciplinado y contentiva de la falta del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en armonía complementaria con los artículos 428 del código penal, así como en concurso real heterogéneo con el artículo 35 núm. 7 del CDU, consideró el

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

despacho de primera instancia viable la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad general por el termino de dieciséis (16) años al disciplinado (XXX), teniendo en cuenta, en favor del procesado los criterios normativos atenuantes del artículo 47 del CDU, en canto a su ausencia de antecedentes fiscales y disciplinarios; el no haber atribuido infundadamente el hecho a un tercero; la inexistencia de un grave daño social o afectación de derechos fundamentales con la conducta reprochada; y no pertenecer el enjuiciado a un cargo de nivel directivo o ejecutivo de la DIAN.

De otra parte, el despacho de primera instancia tuvo en cuenta en la dosificación de la sanción las prerrogativas del numeral segundo del artículo 47 ibídem, que establece que en aquellos eventos en los que la sanción más grande es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementara hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal, en aquellos eventos en los cuales el disciplinado infrinja varias disposiciones de la Ley Disciplinaria, con una o varias acciones u omisiones, o varias veces la misma disposición.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es con la presentación del escrito de alzada, fechado el día 18 de noviembre de 2013³⁰, el defensor del procesado sustentó su recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio de primera instancia, solicitando de este despacho Ad Quem, la absolución de su cliente, con base en los siguientes planteamientos:

Respecto Al Abuso Del Cargo

Señalo que el mandamiento de pago No. 102 de febrero 10 de 2009, se realizó conforme a los aplicativos de la División de Cobranzas SIPAC; alegando que “si bien es cierto se incurrió en error por el disciplinado al interpretar que el acceso a dicho sistema le permitía realizar los mandamientos de pago por obligaciones fiscales, - cuando el rol era únicamente para tener acceso a las deudas por BONOS”, no significa ello que el señor (XXX) abusara de su cargo, porque cuando pretendió radicar el mandamiento de pago le comunicaron que no tenía la facultad por el aplicativo para ejecutarlo, en consecuencia, considera que dicho documento no es prueba conducente, para determinar que se hubiese iniciado un proceso de cobro coactivo, toda vez que como se explicó en la versión libre dicho acto no surtió efectos jurídicos ya que nunca se notificó.

Añade la defensa que no se le puede endilgar a su representado “abuso del cargo” por realizar equívocamente un mandamiento de pago, cuando no hubo inducción respecto al manejo del aplicativo CANDADO, por parte de la Dian.

Respecto al embargo de las sumas de dinero del contribuyente, manifestó la defensa que dichas resoluciones de embargo, no conducen a determinar responsabilidad disciplinaria toda vez que en manera alguna dicho embargo surtió efectos positivos por cuanto el contribuyente no poseía fondos en ninguna de las cuentas bancarias investigadas, por lo que con el hecho de haber solicitado el embargo a los Bancos, no se causó perjuicio alguno ni al contribuyente ni a la Entidad.

³⁰ Ver folios 687 - 714 Cno 4.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

En cuanto al cargo respecto de la suscripción del acta de comparecencia, para acordar con el contribuyente la cancelación del tributo, indico que dicha acta no contiene la firma del contribuyente, por lo que no puede considerarse prueba para determinar la responsabilidad disciplinaria del procesado, ya que no tiene ningún efecto porque no nació a la vida jurídica.

En Cuanto Al Segundo Cargo

Invoco la defensa que el artículo 129 de la Ley 734 de 2002 establece la "Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la verdad y que para ello deberá investigar con igual rigor los hechos que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia".

Alego que de manera alguna el despacho instructor investigo los antecedente que dieron origen a la prescripción de la acción de cobro, puesto que la obligación por el impuesto de renta del año gravable de 2003, se hizo exigible el 10 de mayo de 2004, fecha a partir de la cual la DIAN contaba con cinco (5) años para hacer efectivo el cobro de dichas obligaciones, bajo el entendido que la obligación fiscal prescribía el 11 de mayo de 2009 y que apenas faltando siete (7) meses para configurarse dicha prescripción, mediante oficio del 29 octubre de 2008, se remitió a la División de Cobranzas de Cali desde su filial en Bogotá, por lo que no se tuvo en cuenta por el despacho A-Quo que dicho expediente fue asignado al procesado solo hasta el 6 de enero de 2009, es decir que lo tuvo en su poder solo cuatro (4) meses antes de su prescripción.

Argumento la defensa que no es admisible ni justo, que si en el Despacho de Cobranzas de Bogotá, estuvo el expediente casi cinco (5) años es decir, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación el 10 de mayo de 2004, hasta el 29 de octubre de 2008, trascurrieron cuatro (4) años y cinco (5) meses, sin haberse iniciado el respectivo cobro, se le endilgue a su representado el haber permitido la prescripción de la acción, pese a que el expediente le fue asignado en enero de 2009, él sí adelanto gestiones tendientes al recaudo de la obligación.

Agrego a la defensa que si dicho expediente hubiese sido direccionado como debió ser al grupo que correspondía, esto es al de coactiva, no existiría motivo alguno para endilgar responsabilidad a su representado, sin embargo insiste en que no se tuvo en cuenta estas examinas para sancionar.

Señalo que el fallador, se equivoca cuando afirman que su representado tuvo en su poder el expediente del contribuyente, por espacio de 18 meses, es decir, desde la fecha de reparto- enero 6 de 2009 hasta julio 7 de 2010, sin analizar las circunstancias que lo condujeron a hacer la devolución del expediente en el 2010, como fueron el cumplimiento de la orden impartida por el Jefe de Cobranzas Dr. Alejandro Botero, de lo que infiere que los hechos denunciados por el jefe de cobranzas no concuerdan con los hechos investigados en el presente proceso sancionatorio toda vez que, en el informe se manifiesta que las obligaciones del contribuyente se encontraban prescritas desde octubre de 2005, entonces indica que cómo es posible que si el señor Botero se enteró de esta irregularidad comisiona a su representado en septiembre de 2009, para adelantar visita al contribuyente a fin de establecer si tenía o no bienes que pudiesen ser embargados.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Reitero que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta los argumentos con respecto a las altas cargas de trabajo a la fecha de ocurrencia de los hechos, que al parecer para el fallador no tienden a aportar ningún elemento de juicio a las investigaciones disciplinarias pero arguye, que si el instructor actuara con imparcialidad y justicia, le daría el valor probatorio que esta tiene, máxime cuando se trata de hechos notorios por todos los funcionarios de la Entidad.

Frente al error invencible alegado en los descargos señalo que si existe dicho error puesto que el grupo de asignaciones y el (XXX)-Jefe inmediato- indujeron a su representado a dar cumplimiento a una orden legítima, de autoridad competente emitida con las formalidades legales que también es causal de ausencia de responsabilidad citada en el artículo 28 numeral 3 del CDU, es decir que su actuación no fue dolosa ni culposa además se basó en una interpretación errónea por parte del procesado, del artículo 2513 del Código Civil que señala "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, el Juez no puede declararla de oficio", en tal sentido consideró que estaba facultado para adelantar diligencias tendientes a obtener el pago de la obligación.

Respecto al concurso real heterogéneo de las conductas disciplinadas indico la defensa que estas no existieron por que quien indujo en error al disciplinado fue la Administración a cargo del grupo de Coactiva y su jefe inmediato (XXX), señalo que él procesado no se aprovechó de su cargo, no se tomó atribuciones funcionales que no le correspondían, solamente se limitó a cumplir con los deberes propios de su cargo como técnico gestor del Grupo del Git de Persuasiva de la División de Cobranzas de Cali y su actuación fue en razón de su cargo.

Indico el inconforme que el hecho de llevar 8 años de vinculación con la DIAN para la época de los hechos, no significa que debía tener pleno conocimiento y manejo de todos los procesos que se adelantan en las diferentes Dependencias Oficiales, pues como puede evidenciarse en el manual de funciones de cada una de ellas son diferentes los trámites que se surten en cada una, es decir, que no estaba obligado a conocer de todos los procesos tributarios. De otra parte indico que el disciplinado para la época de los hechos no tenía la profesión de abogado, y si así fuera no tenía la obligación de conocer todo el trámite de cobro coactivo, toda vez que para la época de los hechos, esto es, en el año 2009, (XXX) se desempeñaba en el cargo de técnico dentro de la División de Cobranzas, puesto que no ostentaba la calidad de abogado.

En cuanto a la omisión de revisar la fecha de exigibilidad de la obligación indico que a quien le correspondía dicha función era al funcionario de repartos, para que una vez establecida la fecha de vencimiento de la obligación, la direccionara al grupo correspondiente que en éste caso debía ser el Git de coactiva o el de facilidades de pago.

En síntesis, los anteriores fueron los planteamientos por los cuales el defensor solicitó la absolución de responsabilidad disciplinaria de su prohijado y la terminación del presente proceso disciplinario.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO



Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Antes de 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 inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación..."

Sea lo primero advertir que pese a que en el fallo objeto de impugnación se realizó una completa motivación o pronunciamiento por demás prolijo frente a cada uno de los argumentos defensivos planteados, avista esta instancia que el escrito de alzada se limitó a hacer una reiteración total de los alegatos de conclusión, sin aportar elementos diferentes de debate, destinados a desvirtuar de fondo la posición del A Quo, para finalmente presentar una nueva tesis, frente a la cual el fallador de segundo grado pueda decidir cuál de los dos postulados se ajusta a derecho y en consecuencia dirimir el conflicto jurídico planteado.

Considera este sensor de segunda instancia que los argumentos defensivos planteados en la impugnación, de manera genérica e imprecisa están orientados a señalar, de una parte, que el fallo de primera instancia adolece de una adecuada motivación, pues no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la ley disciplinaria para sancionar y en segundo lugar, la inexistencia de los cargos atribuidos por las conductas disciplinarias traídas del delito de abuso de función pública de la legislación penal, en concurso con la falta grave por omitir retardar o entorpecer asuntos a su cargo o la prestación del servicio al que estaba obligado, el procesado.

Por lo anterior debe recordarse que la jurisprudencia ha establecido³¹ que una censura en sede de impugnación debe ser seria, con contenido sustancial, apoyada en argumentos de hecho y de derecho que demuestren la falencia o falencias de la decisión impugnada; no simples afirmaciones de inconformidad con la valoración hecha en la decisión o el descontento con los razonamientos del fallo o con la valoración probatoria efectuada por el instructor de instancia, porque se consideran equivocados, anteponiendo su personal opinión o de la aspiración a que ellos sean presentados de una determinada forma.

Además, es deber del recurrente, señalar con precisión la carencia absoluta o relativa del contenido del fallo o el carente o ambivalente raciocinio que le impide a los sujetos procesales explicarse, "cómo arribó el juez de instancia a la conclusión que finalmente expresa en su providencia".³²

Descendiendo al caso concreto, encuentra la segunda instancia que el recurrente, al formular el reparo al fallo de primera instancia proferida por la subdirección disciplinaria de esta agencia ITRC, se limitó simplemente a enunciar la falta de motivación del fallo de primera instancia frente a: 1) los planteamientos de la defensa, 2) los argumentos del implicado, y 3) la valoración de las pruebas aportadas al proceso y las razones para acogerlas o desecharlas.

Según la defensa recurrente, "son muchas las pruebas que se solicitaron, en aras de respaldar la DEFENSA (sic) y efectivamente se allegaron al sumario, tales como los testimonios, inspecciones,

³¹ Corte Suprema De Justicia, Sent. Cas. julio 11 de 2002, rad. 11.862 y Corte Suprema De Justicia, Sent. Cas. Junio 5 de 2003, rad. 19.689.

³² Consejo de Estado sección segunda sub sección B- Sentencia del 6 de julio de 2005, radicación 19708.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

informes requeridos a las diferentes divisiones del Git de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali y nada de ellas se dice" por parte del juzgador A-Quo.

Con ese planteamiento, estaría significando la recurrente que el fallo carecería en forma absoluta de motivación, cuando realmente no es cierto.

Lo primero para advertir, es que la sustentación del recurso frente a este aspecto, se limitó a enunciar la ausencia de motivación del fallo, con el planteamiento antes dicho, sin desarrollarse la proposición planteada a través de un análisis concreto de cada una de las pruebas supuestamente dejadas de valorar o mal valoradas por el despacho A quo, demostrando así de una parte su importancia, pertinencia y conducencia, señalando además, de qué manera habría incidido su apreciación para cambiar el sentido de la decisión, de haberse tenido en cuenta por el funcionario de instancia, o de las pruebas valoradas cuales fueron los puntos en concreto que inurbanamente se apartaron de la realidad fáctica probada en el plenario o que se le dio un alcance jurídico distinto al que realmente establecía la prueba.

Por el contrario avista este sensor de instancia que a folios 615 a 623 del cuaderno 4 el despacho de primer grado hizo en el fallo de primera instancia una valoración diáfana exhaustiva y por demás prolija de los siguientes criterios para arribar a la conclusión sancionadora a la que llego.

Frente al Señalamiento que hace la defensa en cuanto a que el mandamiento de pago No. 102 de febrero 10 de 2009, *"si bien es cierto se incurrió en error por el disciplinado al realizar el mandamiento de pago por obligaciones fiscales, cuando el rol era únicamente para tener acceso a las deudas por BONOS"* sic, no significa ello que el señor (XXX) abusara de su cargo, porque cuando pretendió radicar el mandamiento de pago le dijeron que no tenía facultad por el aplicativo para ejecutarlo, en consecuencia, considera que dicho documento no es prueba para determinar que se hubiese iniciado un proceso coactivo, toda vez que dicho acto no se notificó y por tanto no surtió efectos jurídicos.

Previo a dirimir de fondo el anterior alegato, es pertinente analizar el acervo probatorio que tuvo en cuenta el despacho A-Quo³³, dentro del cual encontró probado:

- Extracto de Historia Laboral del señor (XXX) con elaboración del 18 de abril de 2011, soporte remitido por la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, documento en el que se referencia como fecha de ingreso del disciplinado a la Entidad desde el día 05 de febrero de 2001. Se informa así mismo, sus condiciones académicas como Abogado, su ubicación como funcionario del Grupo Interno de Trabajo de Persuasiva I, a partir del 13 de febrero de 2009 con Resolución No. 83 del 13 de febrero de 2009: continuando su ubicación en esa dependencia con las Resoluciones Nos. 6850 del 1 de julio de 2009, 12909 del 27 de noviembre de 2009, 002 de enero de 2010 y 6295 de 29 de junio de 2010. (Fls. 160 a 162).
- Planilla denominada Hoja de seguimiento, (Fl. 4), el cual obra como radicación preliminar del expediente, donde se plasmó los datos básicos del contribuyente interesado (XXX) el

³³ fol. 627 a 629 del fallo

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

funcionario a cargo del proceso (XXX) y las observaciones que dicen: "E ENVIO AVISO DE COBRO" (...) "2) SE REALIZO VISITA" (...) "3) SE REALIZO MANDAMIENTO DE PAGO" (...) "SE EMBARGO BANCOS".

- Mandamiento de Pago No. 302 102 de fecha 10 de febrero de 2009, en formato de correspondencia oficial de la DIAN, como se nota en su encabezado y pie de página, proferido en contra del contribuyente, (XXX) (Fls. 18 y 19), por Concepto de Liquidación Oficial de impuesto sobre la Renta y Complementarios para el Año gravable 2003 (entendiéndose como correcta una declaración privada). Esta mentada orden de pago a favor de la Nación- DIAN, referencio como fecha de exigibilidad de la deuda el día 02 de abril de 2003, el valor del gravamen más sanción por \$ 4.773.000 y como motivación normativa, la prevista en los artículos 824 y 826 del Estatuto Tributario, así como la Ley 487 de 1998.
- Solicitud de Investigación de bienes de fecha 01 de septiembre de 2009, mediante el cual quedo referenciado el nombre del contribuyente. (Ft. 16).
- Oficio No. 1 -05244-440-14-5407 de 30 de julio de 2009, suscrito por el señor (XXX), mediante el cual elaboró un segundo AVISO DE COBRO, dirigido al precitado contribuyente, con la intención de invitarlo para que se acercara a las instalaciones de la DIAN y así asesorarlo respecto a las alternativas de pago de la deuda pendiente y se amonesta con la información contenida en el primero de los referidos avisos. (Fl. 24).
- Resolución de Embargo de Sumas de Dinero No. 225-0037, calendada el día 10 de febrero de 2010, cuyo proferimiento por parte del disciplinado adquirió como propósito, el embargo de sumas de dinero depositadas en diferentes entidades financieras cuya titularidad relacionara al contribuyente, disponiendo como límite de embargos la cuantía de \$ 17.662.000, de la manera que sigue: "Ordenar el embargo de los dineros depositados que el deudor posea en Cuentas Corrientes, de ahorros, o a cualquier otro título, depositados o que llegare a depositar en Bancos Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Compañías de Financiamiento Comercial en todo el País, a nombre del deudor mencionado en el artículo primero de la presente Providencia..." (fol. 28).
- Comunicados de embargo de fecha 11 de febrero de 2010, dirigidas a entidades financieras (Bogotá, Medellín), igualmente elaborados por el señor (XXX), como trámite subsiguiente, para dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución proferida el día anterior, en virtud de las cuales se ordenó el embargo, procedimiento que debía disponerse desde las oficinas principales y sus sucursales (fls. 29 a 40).
- Resultados Negativos de la Investigación de Bienes, por cuanto las Entidades Financieras dieron cuenta de la falta de titularidad del señor (XXX) en sus registros bancarios (Fls. 41, 44, 45 a 47), excepto, la información remitida por el Banco Santander con oficio de 04 de marzo de 2010, Entidad que respondió, en cuanto al requerimiento realizado: "CLIENTE EMBARGADO SIN SALDO Y ADICIONALMENTE POSEE MAS EMBARGOS". (fls. 42 y 43)

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

- Oficio No. UL 00119228 de 15 de noviembre de 2009, documento que reposa en el expediente de cobro como respuesta emitida por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Santiago de Cali, (Fls. 48 y 49) reportando respecto del señor (XXX) la propiedad sobre el vehículo de placas CFS836, así como las pignoraciones y limitaciones que recaían sobre el mueble.
- "ACTA DE COMPARECENCIA" de fecha 22 de abril de 2010, en formato de correspondencia oficial de la DIAN, como se nota en su encabezado y pie de página, suscrita por el señor (XXX) y por el señor (XXX), como acuerdo de pago del Impuesto de Renta del año gravable 2003, debido por el último de los prenombrados a la Administración, estipulándose a tal efecto, como plazo de cancelación, "6 cuotas mensuales más los intereses causados a la fecha de pago" desde "el 28/06/2010 hasta el 29/11/2010". (Fls. 52 a 54).
- Aviso de cobro, Oficio No.1-05244-440-14-0036949 de 30 de julio de 2009 (Fl. 55), mediante el cual el investigado (XXX), comunicó al contribuyente (XXX), la existencia del saldo insoluto del impuesto sobre la Renta correspondiente al año gravable 2003, escrito en el que sobresalió la observación que dice: "Para lo anterior se le otorgará un término perentorio de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha; de lo contrario entendería dice el escrito, su renuencia al pago y se continuara con el proceso de cobro administrativo estipulado en el Estatuto Tributario "como fecha de suscripción del documento por el mencionado señor, el día 30 de julio de 2009.

Con base en el caudal probatorio acotado encuentra este despacho Ad-Quem desafortunado el alegato objeto de análisis en razón a que como lo expresara frente a ese mismo tópico el fallo A-Quo, el procesado (XXX), diáfananamente se extralimito de sus funciones y abusando de su condición de servidor público de la DIAN, realizó un comportamiento que de forma alguna correspondía al legal, esto es que no le estaba permitido realizar la conducta que preliminarmente se le imputó al no constituir una actividad propia de su órbita laboral, referente a realizar el Mandamiento de Pago No.302-102 de fecha febrero 10 de 2009 , como la respectiva orden de pago y los oficios de medidas cautelares de embargo de cuentas , ni el acta de comparecencia del 12 de enero de 2010 para hacer exigible el impuesto de renta y complementarios del año gravable 2003 contra el contribuyente.

Frente a este punto encuentra el despacho que ajeno a que se haya notificado o no el mandamiento de pago No.302-102 del 10 febrero de 2009, o no hubiera tenido dineros el contribuyente objeto del cobro en sus cuentas para embargarle, lo cierto es que no era función del disciplinado (XXX), realizar este tipo de actividades coactivas, tal como lo demuestran su manual de funciones³⁴ como la misma labor del grupo para el que laboraba en cuanto a que este enmarcaba su actividad a la recuperación de las obligaciones de forma persuasiva, en razón a que el carácter coactivo o ejecutivo pertenecía precisamente al Git de coactiva, al cual no pertenecía el procesado, por de mas como lo reconoce la misma defensa al manifestar que *"si bien es cierto se incurrió en error por el disciplinado al realizar el mandamiento de pago por obligaciones fiscales,-cuando el rol era únicamente para tener acceso a las deudas por BONOS"*sic. Lo cierto es

³⁴ Ver folio 556 Cno. 4

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

que el abuso de funciones no se limita como lo entiende el recurrente a que en efecto nazcan a la vida jurídica tales acciones, sino que se adelanten por funcionario competente en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, y que estas no se encuentren previamente descritas en la ley o en el reglamento, en tal sentido todo lo que va más allá de la función sin estar facultado para ello, se equipara a extralimitarse o abusar de la función.

Deber recordarse que es el mismo artículo 6° de la Constitución Política el que consagra la responsabilidad general de los ciudadanos y la específica de los servidores públicos, en tanto aquellos deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y los servidores públicos responderán además por extralimitarse en sus funciones, lo que constituye el elemento básico de la realización efectiva de los fines esenciales de un Estado de Derecho, aunado a que en los artículos 122 y 123 ibídem, se establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la Ley y el Reglamento y que los servidores públicos están al servicio del Estado ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento.

Frente al caso concreto y del contexto de los hechos que se atribuyen al encartado, se evidencia de manera clara una conducta reiterativa por construir varias gestiones concernientes a lograr la ejecución de una obligación prescrita y sin estar facultado para ello, dentro de la cual su voluntad estuvo dirigida inequívoca, consciente, libre e intencionalmente a cometer una conducta ilícita que lo hace merecedor del reproche disciplinario, pues tuvo la oportunidad de valorar los hechos por más de cuatro meses que tuvo el proceso coactivo Núm.200402374 en su poder, para evitar ese comportamiento y darle el trámite correspondiente de enviarlo al grupo de trabajo pertinente para adelantar la ejecución de la obligación, no obstante el conocimiento que tenía sobre la ilegalidad de su actuar, obedeciendo a sus estudios académicos en derecho y a la amplia trayectoria en la entidad, encaminó su voluntad a elaborar el mandamiento de pago No.302-102 del 10 febrero de 2009 y los demás actos ejecutivos que se dependían de este, sin estar facultado para ello, con el fin de recuperar una cartera prescrita, fuera de su orbita funcional.

Ahora bien, respecto del tipo penal que fue atribuido en el auto de cargos del 3 de mayo de 2013 contra el disciplinado, referente al “abuso de función Pública”, la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, se ha pronunciado sobre los ingredientes o elementos que integran el tipo, así:

“Se abusa de la función cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones. En el abuso del cargo, es indispensable que en el momento de la comisión del hecho el sujeto activo haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de que está investido, (...) Se entiende que hay abuso de la función, cuando se excedan, coartan y restringen de manera indebida sus límites o se utiliza con fines incorrectos o adversos a la función pública.”³⁵

³⁵ Corte Suprema de justicia- Sala de Casación Penal. Sentencia de 10 de septiembre de 2003. referencia Expediente 1 SO56. MP. Mauro Solarte Portilla.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Así las cosas, para el presente caso concluye este sensor de instancia que en efecto y tal como lo determino en su momento el despacho A-Quo luego de valorar el acervo probatorio obrante en el plenario de manera conjunta, tanto en el pliego de cargos como en el fallo de primer grado, se tiene que el señor (XXX), en su calidad de servidor público, abusó de su cargo en el Git de Persuasiva de la División de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos Cali, al elaborar dentro del proceso administrativo coactivo No.200402374 contra el contribuyente (XXX), el Mandamiento de Pago No, 302-102 del 10 febrero de 2009, Igualmente abusó de su cargo, al emitir la Resolución de Embargo de Sumas de Dinero No, 225-20037 el día 11 de febrero de 20102 y suscribir el acta de comparecencia para acordar con el prenombrado deudor la cancelación del tributo, sin estar facultado para ello, aun cuando la Administración Tributaria había perdido competencias para adelantar las diligencias relacionadas con recuperación de dicha cartera, por encontrarse prescrita.

En consecuencia, para el Despacho Ad-Quem no existe duda alguna en que la decisión sancionadora elevada el pasado 18 de noviembre de 2013 mediante Resolución.17413-043 se mantiene inamovible en la presente decisión, pues como se estudió previamente los elementos fácticos de la conducta imputadas encajan de manera perfecta en los elementos descriptores del tipo punitivo sancionatorio, conjuntamente encontrando así una perfecta sincronía entre la acusación y el juicio de reproche que se hizo en primera instancia y que hoy es objeto de examen por este despacho Ad-Quem.

Por lo anterior el alegato no prospera.

En cuanto al segundo cargo referente a que el procesado, en calidad de funcionario del Git de Persuasiva, promovió la extinción de la acción de cobro, al omitir la remisión del aludido expediente a la dependencia competente para adelantar la actuación coactiva, entabando así la interrupción del término prescriptivo, que le habría concedido en el marco legal tributario, revivir los términos para poder cobrar la obligación;

Arguyo la defensa que de manera alguna el despacho instructor investigo lo favorable como lo desfavorable de los antecedente que dieron origen a la prescripción de la acción de cobro, puesto que la obligación por el impuesto de renta del año gravable 2003, se hizo exigible el 10 de mayo de 2004, fecha a partir de la cual la DIAN contaba con cinco (5) años para hacer efectivo el cobro de dichas obligaciones, bajo el entendido que la obligación fiscal prescribía el 11 de mayo de 2009 y que apenas faltando siete (7) meses para configurarse dicha prescripción, se remitió a la División de Cobranzas de Cali desde su filial en Bogotá, por lo que no se tuvo en cuenta por el despacho A-Quo que dicho expediente fue asignado al procesado solo hasta el 6 de enero de 2009, es decir que lo tuvo en su poder solo cuatro (4) meses antes de su prescripción.

Reitero que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta los argumentos con respecto a las altas cargas de trabajo a la fecha de ocurrencia de los hechos, que al parecer para el fallador no tienden a aportar ningún elemento de juicio a las investigaciones disciplinarias pero arguye, que si el instructor actuara con imparcialidad, le daría el valor probatorio que esta tiene, por tratarse de hechos notorios por todos los funcionarios de la Entidad.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Frente al error invencible alegado que este se materializo porque el Dr. Alejandro Botero -Jefe inmediato- indujo a su representado a dar cumplimiento a una orden legítima, de autoridad competente como causal de ausencia de responsabilidad citada en el artículo 28 numeral 3 del CDU, es decir que su actuación no fue dolosa ni culposa además porque se basó el procesado en una interpretación errada, del artículo 2513 del Código Civil que señala que "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, porque el Juez no puede declararla de oficio", en tal sentido consideró que estaba facultado para adelantar diligencias tendientes a obtener el pago de la obligación.

Previo a dirimir de fondo el anterior alegato, es pertinente analizar el acervo probatorio que tuvo en cuenta el A-Quo frente a este tópico para decidir lo pertinente, dentro del cual encontró probado:

- Declaración juramentada rendida el día 30 de junio de 2011, por quien para la época de los hechos objeto de averiguación, ostentó el cargo de Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Persuasiva I en la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali, y por tanto, superior inmediato del disciplinado, la funcionaria (XXX) (Fls. 227 a 231). Bajo dicha condición señaló que ocupó el referido cargo desde el mes de noviembre de 2008.
- Ampliación de la juramentada adelantada por el Despacho el día 04 de julio de 2012, (Fls.371 a 372), dio cuenta de las actividades desarrolladas por el disciplinado de manera general, particularizando en cuanto al caso en mención las medidas cautelares adelantadas y la ausencia de efectos jurídicos del mandamiento de pago por el hecho de no haberse notificado. De esa forma precisó que para el año 2009, se retiró su trabajo en bonos y que continuó su labor sobre aproximadamente 2.300 expedientes en aras de interrumpir el término de prescripción. Seguidamente, aclaró que para el Grupo de Persuasiva era dado remitir el expediente próximo a prescribir a fin de que se librara allí el mandamiento de pago correspondiente.
- 8.- Comunicación Delegación de funciones, hecha por el superior inmediato, al señor (XXX), con fecha de aviso de enero 23 de 2009, con denominación del empleo "facilitador iii cód.: 103 GRADO :03" (fol. 201),
- Resolución Número 00018 de noviembre 18 de 2008, (fls. 202 - 205), "Por medio de la cual se delegan unas funciones de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali", mediante la cual la Directora Seccional de Impuestos de Cali, (XXX) y el Jefe de la División de Gestión de Cobranzas de la misma Administración, Doctor (XXX), delegaron las funciones que a continuación se transcriben a varios servidores ubicados en el Grupo Persuasiva I.
- Memorando No. 955 de diciembre 4 de 2003, (fls. 377 a 383), el cual trata de la política de reparto de expedientes en los sistemas de información de SIPAC y SISCOBRA, en cuya virtud

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

se menciona como lineamiento general a tener en cuenta para adelantar la asignación de expedientes, la cuantía, la fecha de prescripción, número de obligaciones; el concepto de la deuda, la actuación a proferir, la gestión realizada y el resultado de la misma, complejidad, entre otras.

- Esto, para identificar el control de términos, la gestión oportuna de la cartera, el cumplimiento de las metas de recaudo y actuaciones proferidas conforme lo señala la norma. En esa forma, se pautó como referencia de reparto para el Grupo de Persuasiva "20 casos mensuales por funcionario" y el término de la gestión en dicha etapa "45 días a partir de la fecha de reparto". Por tanto, se fijó el procedimiento de asignación de reparto, a fin, de que el Coordinador y el funcionario de conocimiento debieran "analizar, planear y administrar las actividades de gestión de cada uno de los expedientes".
- Memorando No. 00450 del 6 de agosto de 2008, (fol.384 y 385), conforme el cual se fijó el procedimiento para hacer más dinámica la gestión persuasiva desde el establecimiento de los expedientes efectivamente cobrables, de cuantías más representativas y entrega en este grupo de productos finales como: expedientes terminados por pago, otros con solicitud de investigación de bienes y solicitud de facilidad de pago y con admisión de procesos especiales.
- programa de visitas "que permita contactar a los deudores morosos y requerirlos personalmente para el pago de sus obligaciones" (...) "ofrecerle al deudor la posibilidad de obtener una facilidad de pago, informándole sobre los requisitos previstos para su otorgamiento".
- Oficio No. 570040-485 sin calendar, aparentemente enviado por la Coordinadora Nacional de Cobranzas de la Subdirección de Cobranzas, remitido para que obrara como prueba por la apoderada del disciplinado, (XXX), en cuyo contenido se lee entre otros apartes la posibilidad de continuar con la gestión de cobro de obligaciones prescritas, obre expedientes con embargos productivos, teniéndose en cuenta la imposibilidad de decretar sus efectos de oficio y en tal virtud refiere el procedimiento de depuración en su momento regulado por la Ley 716 de 2001, así como la procedencia de la interrupción del señalado fenómeno en atención a lo dispuesto en el artículo 818 del Estatuto Tributario. (fol. 516).
- Oficio No. 100-224-335-600 del 29 de julio de 2013, allegado desde la Subdirección de Gestión de Cobranzas, para dar cuenta de la ausencia de instrucciones relacionadas con el cobro de "obligaciones fiscales prescritas", ante la imposibilidad de adelantar dicha gestión en atención a lo señalado en el artículo 817 del Estatuto Tributario y en tal sentido, señaló: "En este orden de ideas, una vez agotado este término el cual se puede interrumpir o suspender por ciertos eventos, volverá a correr nuevamente. Una vez agotado totalmente no es posible exigir su pago"(fol. 527).
- Oficio No. 100214308-1221 de 26 de agosto de 2013, conforme al cual desde la Coordinación de Historias Laborales de la Subdirección de Gestión de Personal remitió con

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

destino al plenario disciplinario informe de las situaciones administrativas, así como la comunicación de funciones para el período 2008-2010 al disciplinado (fol. 552).

Establecido en el caudal probatorio como se observa de las funciones propias de la esfera laboral del procesado, se encuentra el deber funcional de evitar la prescripción de la acción de cobro, con los envíos a las dependencias facultadas para lograr la interrupción de dicho fenómeno y sin embargo, tal como lo afirmo el A-Quo, existiendo restricción legal para ejercer el cobro por la extinción de la obligación por parte del procesado, realizo una serie de actuaciones distintas a las que le competían, relacionadas a poner en un término urgente el proceso a disposición de la dependencia de coactiva correspondiente para que lograra interrumpir el término prescriptivo a través de los mecanismos que consagra la norma tributaria para e efecto, sin embargo a lo anterior se decidió el procesado por desborda sus límites funcional, con actos fuera de sus competencias, como se analizó en el ítem precedente.

De lo anterior se establece como en efecto concluyo el despacho de primera instancia, que de las mismas actuaciones dispuestas en el proceso administrativo de cobro, desde su reparto hasta su devolución, la ausencia de acatamiento de los postulados previstos en el ordenamiento jurídico, en tanto que el disciplinado de manera consiente y deliberada no cumplió de manera rigurosa sus funciones antes relacionadas, dio lugar a contribuir con la prescripción de la obligación en ese momento a su cargo.

Así, resulta atinado como en efecto lo concluyo el despacho A-Quo deducir que desde día 06 de enero de 2009, al avocar conocimiento del proceso conocido con el consecutivo No. 200402374, el disciplinado se apartó de las funciones a él comunicadas, partiendo de la ausencia de verificación de la fecha de exigibilidad de la declaración privada del impuesto sobre la renta próxima a extinguirse en el mismo semestre, condición necesaria a constituir como presupuesto básico para evitar el fenómeno de prescripción de la acción de cobro.

Por lo anterior arribo el despacho A-Quo a la conclusión de que contrario a las previsiones funcionales del encartado, el señor (XXX), promovió la prescripción de la acción de cobro del Impuesto debido por el contribuyente conocido como (XXX), en detrimento del recaudo del impuesto de Renta previsto normativamente a favor del Estado, al abstenerse de cumplir con la función a él otorgada como: "Trasladar los expedientes a la etapa coactiva, en caso de renuencia del deudor para que se continué el cobro de las obligaciones fiscales hasta su recuperación", al abstenerse de enviar de manera oportuna el proceso a éste repartido, cuando de manera precisa en los instrumentos contenidos en el mismo cuaderno asignado para su conocimiento era visible la fecha de exigibilidad de esa obligación.

En cuanto a la alegada carga laboral dejada de analizar por el despacho A-Quo, encuentra este sensor de segunda instancia que no es cierto tal alegato, en razón a que a folios 624 a 628 del fallo de primera instancia se analizó por demás prolijamente por el instructor A Quo dicho tópico, en el que arribo a desestimar dicho alegato por tres razones:

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

1. La excesiva carga laboral eventualmente podría llegar a justificar una omisión funcional, en razón a que un cuantioso cúmulo de responsabilidades pueden impedir o distorsionar el normal desenvolvimiento de una función o trámite administrativo. No obstante, en el caso que nos ocupa, el disciplinado en lugar de dejar de actuar, profirió un mandamiento de pago que no era procedente y tampoco hacía parte de su atribución funcional, ni de su dependencia. Aunado a ello, cuando no era viable el adelantamiento de gestión de cobro alguna por prescripción de la acción de cobro, elaboró citaciones, avisos de cobro, resolución de embargo, acuerdos de pago, entre otros. Desde tal perspectiva, si el funcionario carecía de tiempo en razón de la excesiva carga laboral, su actuar por demás extralimitado a su función, demuestra lo contrario.
2. El proceso mental que debe llevar a cabo un funcionario para determinar su competencia en materia de cobro persuasivo es elemental, de tal suerte, que el disciplinado por más cantidad de trabajo que tuviera para su trámite, tenía pleno conocimiento que les estaba vedado proferir mandamientos de pago o propender acuerdos de pago; en tanto tal atribución recae única y exclusivamente en los Grupos de Cobro Coactivo y el de Facilidades de Pago.
3. Esa misma cantidad de procesos de cobro persuasivo que tuvo el encartado, reafirmó su conocimiento respecto del alcance de la función persuasiva, de tal suerte, que conocía los límites de sus atribuciones y en tal medida se coloca en evidencia con mayor claridad el aspecto doloso de su comportamiento, la exigua tenencia en muchos de los radicados, y especialmente el término del manejo de las diligencias en aproximadamente el cincuenta por ciento (50%) de la carga, la cual de acuerdo al estudio realizado sobre esta refirió una gestión en un período de 28 meses y en tal caso no precisó la determinación del porcentaje real evacuado por el investigado para ese tiempo.

De los anteriores argumentos deprecados por el despacho A-Quo como lo concluyo del examen del acervo probatorio referido, se puede colegir diáfamanamente que aun cuando el reflejo de expedientes repartidos fue aparentemente grande al procesado, frente al caso concreto resulta evidente para este sensor de instancia que se trata de una cortina de humo nada sustentable para evadir la responsabilidad disciplinaria endilgada en la presente actuación, pues tal como lo concluyo el despacho de primera instancia, comparte este sensor de instancia el criterio al que arribo el juzgador en cuanto a que “también es cierto que a partir del mismo análisis de la manifiesta pérdida de oportunidad para resolver razonadamente todos los contenidos avocados por el disciplinado, situación que a la vez, no incidió directamente como quedó sentado líneas atrás, en la gestión persuasiva y coactiva desplegada en el proceso adelantado por el procesado contra el contribuyente”. Sic

Por otro lado, no comparte esta segunda instancia el criterio traído de inducción a error al señor disciplinado alegado por la defensa recurrente, cuando es evidente la obligatoriedad del señor (XXX) conforme a sus funciones arriba descritas y analizadas en su momento por el despacho a quo, referentes a la adopción de medidas pertinentes para prestar sus servicios conforme a las indicaciones impartidas, bajo los presupuestos constitucionales y legales que como agente de

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

cobro eran de su resorte laboral, esto es de persuasión del pago de las obligaciones, mas no de ejecución de las mismas.

Comparte este sensor de instancia la motivación del despacho a-quo frente a este trivial en cuanto a que de las piezas procesales contenidas en el expediente se da cuenta que el señor (XXX), podía a través de una simple verificación del proceso de cobro, observar las situaciones contempladas en el artículo 817 del Estatuto Tributario para continuar el ejercicio de cobro del impuesto debido por el contribuyente (XXX), máxime cuando se acreditó una suficiente experiencia funcional del encartado al interior de la entidad.

En tal sentido, no encuentra el Despacho correspondencia de los argumentos de defensa tratados como "inducción a error", alegados por la defensa, como soporte para fundamentar la falta de un cuidadoso y exhaustivo examen de los elementos en su momento incorporados en el proceso de cobro, con los trámites propios de la asignación por parte del Grupo de Secretaria o las órdenes emanadas del Jefe de la División, puesto que el pronunciamiento último y la custodia de las diligencias allegadas eran propias del funcionario a quien se repartió, es decir, del investigado.

En cuanto a la alegada injusta valoración de los antecedentes que dieron lugar a la prescripción del proceso coactivo No.200402374, adelantado en la entidad contra el contribuyente (XXX) no puede desconocerse que por razón de las circunstancias propias del hecho materia de reproche y, como quedó suficientemente dilucidado por la defensa, el proceso de cobro en cuestión mantuvo una aparente inactividad en la ciudad de Bogotá, circunstancia que de manera alguna justifica la desatención funcional del señor disciplinado, habida cuenta y tal como lo dijera en su momento el fallo A-Quo, cuando el expediente coactivo No.200402374, le fue repartido para su tramitación al procesado, este contaba con un tiempo racional y por demás suficiente para lograr la interrupción del término de prescripción, tal como lo alego la defensa referente a un poco más de cuatro meses, sin que fuere necesario verificar las actuaciones que propugno fuera de su órbita funcional, que de suyo si le requirieron bastante tiempo, pero que no eran de sus competencias realizar, pues contrario sensu era de su resorte funcional facilitar la suspensión de la prescripción de la obligación con la remisión inmediata a las oficinas competentes para el efecto, sea al Git de Coactiva o de Facilidades de Pago de la seccional de impuestos Cali, para así, ejercer las actuaciones contempladas en el artículo 818 de la norma Tributaria.

En cuanto a la alegada mala interpretación del daño causado a la administración con las conductas efectuadas y reprochadas al disciplinado, debe tenerse en cuenta que es el mismo artículo 5° de la Ley 734 de 2002, el que consagra: "La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna", significando con ello que, para que un servidor público deba responder disciplinariamente, con su conducta debe quebrantar sustancialmente el deber funcional que como servidor público le asiste, y está demostrado que el investigado efectivamente incurre en violación sustancial a sus deberes funcionales al elaborar el Mandamiento de Pago No.302-102 de fecha febrero 10 de 2009, como la respectiva conductas coactivas que se desprenden de este, para hacer exigible el impuesto de renta y complementarios del año gravable 2003 contra el contribuyente, sin estar facultado para ello.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Adviértase que las pruebas tenidas en cuenta por la primera instancia ofrecen plena certeza sobre la responsabilidad en los hechos imputados al disciplinable (art. 142 CDU).

Frente a lo considerado, queda establecido que existe reciprocidad entre el auto de formulación de cargos y la providencia de primera instancia que se examina, es decir, opera entre tales decisiones el principio de congruencia, en razón a que se observa identidad del hecho atribuido como en los elementos estructurales de la conducta (subjetivos y formales), al presentar plena correspondencia en el análisis de la tipicidad, culpabilidad e ilicitud sustancial, como en la valoración y del alcance dado a los medios de prueba.

Por otro lado resulta pertinente recalcar que de la valoración probatoria anterior que realizara el instructor de primer grado, hay que recordar que este no solo gozaba de un amplio margen de valoración probatoria y fáctica sobre las pruebas que había recaudado en la etapa de instrucción y juicio, sino que además resulta evidente que se hicieron por el funcionario disciplinante dentro del ámbito de su autonomía y competencias, así mismo el hecho de que tal valoración no beneficie al recurrente, en nada tiene que ver con la violación al debido proceso y al derecho de defensa argüidos.

Al respecto de la valoración probatoria ha puntualizado el H. Consejo de Estado:

(...) Vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa legal probatoria; de hecho el propio Código Disciplinario Único consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al establecer que la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos. De manera que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de pruebas –por ejemplo un testimonio o un documento– para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios probatorios admitidos por el sistema legal Colombiano e incluso en otros medios probatorios, como se deduce del mismo artículo 130 ibídem (...).

En ese orden de ideas, para la segunda instancia, el criterio de interpretación, valoración y aplicación normativa y probatoria que realizó el despacho A-quo, como órgano de control disciplinario de primera instancia, al que la ley le ha dotado de amplia autonomía e independencia, se ajustó con plena subvención al ordenamiento jurídico, la sanción se impuso sin menoscabo del derecho al debido proceso del disciplinado (XXX) luego de hallar plenamente acreditadas: la comisión de la falta gravísima (art. 48.1 CDU- art 428 del CP en concurso con art. 35-7), la ilicitud sustancial de la conducta, (art 5º y 22 CDU) y la responsabilidad subjetiva del actor (Art 13 y 42 CDU), con pruebas legalmente practicadas, y debidamente valoradas, (Art 128 y 130 CDU), como arriba se expuso con suficiencia.

Recuérdese que el funcionario titular de la acción disciplinaria, dada la autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad que ejerce, puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas como del acervo probatorio recaudado en el curso de la actuación disciplinaria,

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

actuando dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley, dentro del criterio de Autonomía Funcional, que el mismo legislador le ha autorizado y reconocido .

Así mismo la Jurisprudencia Administrativa como Constitucional más recientes, han reconocido la interpretación y aplicación de la ley, como un pleno ejercicio propio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario; entonces cuando éste adopta las decisiones interpretando y aplicando la ley disciplinaria, siguiendo su propio criterio, y con fundamento en los elementos de juicio y probatorios aportados al proceso, el control de legalidad del acto sancionador no autoriza per sé, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferentes; ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborda los límites que imponen la Constitución y la ley³⁶.

En consecuencia, las diferencias interpretativas entre lo expuesto en la decisión disciplinaria por parte del titular de la misma y la interpretación que adopte el procesado frente a los mismos asuntos probatorios, no constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa de primera instancia, así el hecho de que tal valoración no beneficie al recurrente, nada tiene que ver con la violación al debido proceso y al derecho de defensa.

La Jurisprudencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado³⁷ ha sido enfática en reconocer en desarrollo del principio de la Autonomía Funcional del Juez Disciplinario, que mientras la valoración fáctica y probatoria que este realice, se encuentre debidamente fundamentada y argumentada en el acto disciplinario sancionatorio o absolutorio, según sea el caso, y la interpretación sea razonable, acorde con las normas legales disciplinarias, las pruebas legal y oportunamente allegadas al plenario y compatibles con la Constitución, la decisión de instancia deberá mantenerse.

Las conductas típicas e ilícitamente sustanciales enrostradas en el fallo impugnado al disciplinado, las encuentra este despacho legalmente motivadas con base en el acervo probatorio obrante en el expediente, en cuanto a que tales conductas trascendieron la esfera de lo personal para invadir

³⁶ Ibíd.

³⁷La Sección Segunda, al respecto ha señalado: “Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la Ley. A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativo, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario.” (Sentencia de 18 de agosto de 2011. Mag. Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Ex. No.250002325000200700753 01.-No. Interno: 0532-2008). En este sentido, en la sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de fecha 4 de septiembre de 2008, M.P.: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, se confirmó la decisión de primera instancia mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, al encontrar demostrado que: “El auto que ordenó la apertura de investigación omitió ordenar, si a ello había lugar, las pruebas consideradas conducente, tal como dispone el artículo 144, numeral 2°, de la Ley 200 de 1995, es decir que no se trata como parece creer el recurrente de omitir o no la práctica de ciertas y determinadas pruebas, cuya incidencia en una decisión podía no ser determinante, sino de disponer la práctica de todas las que pudieran servir para soportar un Auto de Cargos y frente a las cuales el señor Iván Arias Gómez hubiese podido ejercer su derecho de defensa”.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

el ámbito institucional, perturbando el recto y normal funcionamiento del servicio público a cargo de la Dian, materializado a través de sus agentes.

Desde este momento, debe expresar esta instancia que comparte y avala plenamente el análisis probatorio realizado por el despacho A Quo en el sub examine; como consecuencia del análisis documental y testimonial realizado en el fallo impugnado, resultando imperioso afirmar, contrario a lo manifestado por la defensa recurrente, que el requisito probatorio para sancionar se encuentra cumplido a cabalidad y con suficiencia dentro de la presente causa.

No cabe duda para la segunda instancia que el despacho instructor, recaudo las pruebas necesarias para demostrar en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, la responsabilidad disciplinaria del señor (XXX), las analizo de acuerdo a las reglas propias de la lógica y la sana crítica, determino la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad y finalmente expuso de manera precisa y razonada los motivos por los cuales se debía sancionar al procesado. Se itera por este sensor de instancia, que el hecho de que el recurrente no comparta los criterios que se tuvieron en cuenta por parte del ente investigador en la valoración de las pruebas, no son razones suficientes para obtener de este despacho Ad-Quem, decisión favorable a sus pretensiones.

Basten hasta aquí las consideraciones ut supra, para rechazar los argumentos de sustentación de la apelación, presentados por la defensa, frente a los anteriores tópicos analizados.

DE LA DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

De otra parte y en cuanto a la indebida dosificación de la sanción argüida por la defensa, encuentra este despacho que en efecto le asiste razón al atacar dicha valoración y graduación del concurso de faltas realizado por el despacho A-Quo, pero no por los argumento planteados referentes a *“que (XXX), actuó diligentemente y su comportamiento a todas luces estuvo ajustado a derecho, otra cosa es que haya sido inducido en Error Invencible, por parte del grupo que tuvo que direccionar el expediente, puesto que el nunca omitió, negó retardó o entabo los asuntos propios de su cargo, y por el contrario mi representado fue diligente y buscaba por todos los medios legales recuperar la obligación tributaria” sic.*

Al respecto una vez revisado este ítem del fallo de primera instancia, se avista que las decisiones se adoptaron luego de la valoración integral y en conjunto de las pruebas arrimadas a la actuación, bajo una crítica razonable y proporcionada, así mismo en el acápite de la sanción a imponer del fallo impugnado, se realizó por el despacho A-Quo el análisis de los criterios valorativos para el efecto previstos en el Artículo 47 de la Ley 734 de 2002³⁸, motivando la sanción a imponer en consideración a que el mentado artículo establece que en aquellos eventos en los cuales el disciplinado infrinja varias disposiciones de la Ley Disciplinaria, con una o varias acciones u omisiones, o varias veces la misma disposición, como en efecto ocurrió en el sub-examine³⁹, la sanción deberá graduarse de conformidad con lo dispuesto en los literales subsiguientes.

³⁸ Ver folios 174 y 175 Cno 1.

³⁹ Falsedad Ideológica En Documento Público y Abuso De Función Pública (art 287 y 428 del CP).

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

Al respecto señalo el despacho A-Quo: "En el sub examine se predica un concurso real heterogéneo de conductas, razón por la cual el despacho de primera instancia aplicará el numeral 2, del referido artículo, el cual dispone":

"...Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal...";

En consecuencia el despacho A-Quo señalo que en razón a que el disciplinado infringió dos disposiciones de la ley Penal y disciplinaria respectivamente, le impuso como sanción principal la Destitución e Inhabilidad General por el término de dieciséis (16) años.

Visto que el propósito del derecho disciplinario es garantizar la buena marcha de la función pública, mediante la investigación y la eventual sanción de comportamientos que resulten nocivos para los fines y el buen desempeño de las entidades estatales, también corresponde al operador disciplinario evaluar y tasar mediante criterios objetivos y ponderados que respondan a la proporcionalidad y a la dignidad humana, una sanción ajustada a derecho.

En el caso que ocupa la atención de este Despacho, se establece por este sensor de instancia que el fallador A-Quo no tuvo en cuenta las prerrogativas y alcances jurisprudenciales referentes al concurso de faltas disciplinarias establecidas en el artículo 47 del CDU, puntualizadas en la Sentencia C-1076 de 2002 M.P: Clara Inés Vargas, referentes a:

*(...)La corporación no observa justificación Constitucional alguna para que en el tratamiento de la resolución de los concursos, se haya recurrido a dos técnicas jurídicas distintas, una de ellas que resulta desproporcionada, específicamente la del literal C en estudio, que acoge la acumulación aritmética de faltas solo para ser aplicables a los comportamientos sancionables con multa o amonestación, es decir en aquellos eventos de faltas leves, **a diferencia del criterio de la absorción acogido en los demás literales, para los concursos de faltas disciplinarias de mayor entidad.** Se vulnera de esta manera la Constitución, pues en el primer caso, la sanción que se habrá de imponer no guardaría correspondencia con las faltas cometidas. En el caso del concurso entre las faltas más lesivas contra los deberes respecto de las funciones de la Administración Publica se previó, se insiste, **en el mecanismo de la absorción**, en tanto que para los menos lesivos, el de la acumulación aritmética, es decir que el legislador sanciono de manera más drástica comportamientos menos lesivos, apartándose del principio general de derecho que indica que quien cometa faltas más graves debe recibir mayor sanción.*

Al respecto del concurso de faltas disciplinarias también ha señalado la doctrina más aceptada del derecho disciplinario⁴⁰ que las disposiciones prohibitivas de la ley disciplinarias, excepto en el caso de las faltas gravísimas, no contienen la descripción de una falta, de manera que su infracción en varias oportunidades o la infracción de varias de ellas, no conduce necesariamente a un concurso de faltas disciplinarias, menos aun cuando la antijuricidad de la falta se configura sobre la base de

⁴⁰ Isaza Serrano Carlos Mario -Teoría General del Derecho Disciplinario edit. Temis 2010 pag114 y 115.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

una afectación sustancial al deber funcional como interés jurídico protegido por el derecho disciplinario.

Por lo anterior en aquellos eventos en los que se presente un aparente concurso entre faltas graves y gravísimas, el asunto se torna entonces inoficioso para el operador disciplinario, porque el mecanismo de absorción adoptado por el derecho disciplinario, considera como sanción a imponer la que corresponde a la falta gravísima, respecto de la existencia de la conducta y de su aplicación a la falta de mayor entidad⁴¹.

Descendiendo al asunto concreto el despacho A-Quo señalo que la responsabilidad del señor (XXX) por las conductas tipificadas como Gravísimas a la luz del artículo 48 numeral 1, con remisión normativa al Código Penal por el delito de Abuso de Función Pública, cuyo quantum en esta oportunidad se determinó según los parámetros del Código Disciplinario Único y así, como se advirtió, toda falta Gravísima Dolosa, acarrea de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 citado, que la sanción a imponer sea la de Destitución e Inhabilidad General,

Añadió en su exposición de motivos que, de conformidad con los criterios analizados en precedencia, los cuales son los que están establecidos en el numeral 1 del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, este tallador de instancia estima, en ejercicio del principio de la proporcionalidad, que debe imponerse al señor (XXX), es sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general de trece (13) años.

Encuentra este despacho que el anterior análisis de graduación de la sanción se encuentra proporcionado y dentro de la órbita de autonomía administrativa de que goza el despacho de primera instancia en la calificación tanto de las pruebas como de las conductas y las faltas endilgadas a lo largo de la actuación disciplinaria, como arriba se estableció de la jurisprudencia acotada sobre el particular, por lo tanto deberá mantenerse por las razones ut supra, la calificación de la graduación de la sanción de la falta a imponer de la destitución e inhabilidad general por el término de trece (13) años.

Sin embargo como se observó de la interpretación y del alcance que le dan los estamentos jurisprudenciales y doctrinarios invocados en precedencia respecto de la figura jurídica del concurso y como quiera que no fueron estimados ni valorados por el despacho A-Quo a la luz de tales prerrogativas, aunado a que fue acusada de errada por la defensa la calificación de la graduación de la sanción a imponer por encontrarla desproporcionada, y sin que signifique un fallo extra patita por este despacho Ad-Quem, sino que obedeciendo a la inescindible y consustancial consecuencia que trae de suyo el alegato referido en análisis con las normas y la jurisprudencia acotadas, en los términos del artículo 171 del CDU, se deberá por este despacho de segunda instancia declarar la reducción de la inhabilidad a los trece años valorados en principio por el instructor de primer grado, respetando su autonomía en la valoración de la sanción, pero prescindiendo y desestimando la consecuencia jurídica analizada del concurso que le diera el despacho A-Quo, referente a aumentar la inhabilidad a dieciséis años.

⁴¹ Ibídem.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

OTRAS CONSIDERACION

De otra parte las referidas circunstancias y antecedentes alegadas por la defensa en cuanto a que se prescribiera la acción cambiaria coactiva de la obligación número 200402374, adelantado en la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali contra el contribuyente (XXX), por el mal manejo administrativo y procesal que se le diera a dicha obligación por parte de la administración Dian, imponen como resorte funcional de este despacho ordenar en consecuencia, la compulsa de copias ante las autoridades disciplinarias correspondientes, esto es a la Sub Dirección de Control Interno Disciplinario de la UAE-DIAN, en razón a que se observa que entre la fecha en que se hizo exigible la obligación - el 10 de mayo de 2004, fecha a partir de la cual la DIAN contaba con cinco (5) años para hacer efectivo el cobro de dicha obligación y bajo el entendido de que la misma prescribía el 11 de mayo de 2009 y que apenas faltando siete (7) meses para configurarse dicha prescripción, mediante oficio del 29 octubre de 2008, se remitió a la División de Cobranzas de Cali desde su filial en Bogotá, se deberá en tal sentido disponer que se investigue la eventual dilación injustificada del trámite coactivo y sus posibles responsables.

En tal virtud, la Directora General de la UAE Agencia del Inspector general de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR las razones de impugnación invocadas por el defensor (XXX), en representación del procesado (XXX) de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** el fallo sancionatorio proferido mediante resolución número 17413-043 del 18 de noviembre de 2013, por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, manteniendo la calificación de la graduación de la sanción de la falta a imponer al procesado (XXX), de Destitución e Inhabilidad General por el términos de trece (13) años, 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.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-015.

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

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

OCTAVO: COMPULSAR, a través de la Secretaría Técnica de la Sub Dirección Disciplinaria de esta Agencia ITRC, las copias dispuestas en la parte motiva de este proveído, a la Sub Dirección de Control Interno Disciplinario de la UAE-DIAN.

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

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE
Directora General

Proyectó: Julian Andres Garcia Novoa
Aprobó: Carmen Maritza González M. – Directora General.