

OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO / COMPETENCIA TERRITORIAL EN MATERIA DISCIPLINARIA

Toda entidad del Estado está en la obligación de establecer dentro de su organigrama, una oficina de control interno disciplinario, la cual tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria; **ii)** esta debe estar conformada por servidores públicos, mínimo del nivel profesional; **iii)** su estructura jerárquica debe permitir la doble instancia; **iv)** donde existan regionales o seccionales, las entidades podrán crear oficinas de control interno disciplinario con las competencias pertinentes: **v)** la segunda instancia, es competencia exclusiva del nominador, salvo disposición legal en contrario; y **vi)** estas medidas no vulneran el debido proceso del disciplinado porque este cuenta con las mismas garantías y derechos a presentar descargos, solicitar pruebas, controvertirlas, incoar recursos, recusaciones, nulidades etc. Ahora, frente al factor territorial, el artículo 80 del Código Único Disciplinario, prevé que: «Es competente en materia disciplinaria el funcionario del territorio donde se realizó la conducta».

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / LEY 734 DE 2002- ARTÍCULO 209 / LEY 734 DE 2002- ARTÍCULO 9 / LEY 734 DE 2002- ARTÍCULO 13

COMPETENCIA TERRITORIAL EN MATERIA DISCIPLINARIA EN LA DIAN / DOBLE INSTANCIA

Para el momento en que se adelantó la investigación en contra del [demandante], el ejercicio de la función disciplinaria en la DIAN le correspondía a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias que tenía competencia en el nivel central, y a las Divisiones de Investigaciones Disciplinarias de las Direcciones Regionales para los demás servidores de la entidad a nivel regional. De conformidad con el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario, para la época de la ocurrencia de los hechos, esto es, segundo semestre del año 2005 y primer semestre del año 2006, el [demandante] se encontraba vinculado laboralmente en el Grupo Interno de Trabajo Coactivo de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira, razón por la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 734 de 2002, el funcionario competente para adelantar la investigación disciplinaria, en atención al factor territorial, era el del lugar donde se realizó la conducta, esto es, en Pereira, resultando competente para adelantar la investigación del actor, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, como en efecto se realizó. Ahora, si bien este fue reubicado al Despacho de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, esto se llevó a cabo el 1.º de marzo de 2007, es decir, cuando ya se había iniciado, por la dependencia correspondiente, la investigación en su contra, se encontraba en etapa de indagación preliminar y se estaban practicando las pruebas. Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que dicho procedimiento estuvo amparado bajo el principio de la legalidad, en la medida en que, conforme al principio de la doble instancia, el director general de la DIAN, es decir, el nominador del actor, en segunda instancia, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 4925 DE 2004 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 80

QUEJA ANÓNIMA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO / INDAGACIÓN PRELIMINAR - Procedencia

Una vez se recibió la queja anónima de 28 de septiembre de 2006, a través de la cual denunciaban presuntas irregularidades por parte de funcionarios de la DIAN en trámites tributarios, los cuales al parecer solicitaban dinero a las sociedades contribuyentes a cambio de que no se les impusieran sanciones gravosas, el operador disciplinario decidió abrir indagación preliminar en contra de (...) y otros, y decretar las pruebas pertinentes con el fin de determinar lo propio en esta etapa, con el argumento de que de los hechos informados se derivaba la posible comisión de conductas definidas como presuntas faltas establecidas en las normas disciplinarias, siendo necesario dar total claridad y transparencia al servicio que prestan los funcionarios de la DIAN. En tal sentido, debe resaltarse que el operador disciplinario con base en una queja anónima al no poder establecer la veracidad de los supuestos fácticos que le fueron puestos en su conocimiento, de manera oficiosa, como se lo permite la Ley, tenía la posibilidad de acudir a la etapa de indagación preliminar con el fin de verificar lo antes mencionado y con ello decidir las pruebas a decretar la continuación o no con la investigación disciplinaria, como en efecto ocurrió en el asunto sometido a consideración, en tanto que en dicha actuación y en la posterior, esto es, auto de citación a audiencia pública y formulación de cargos, el juzgador disciplinario decretó una serie de pruebas que le permitieron emitir los fallos ahora cuestionados y considerar que el actor se encontraba inmerso en una falta de carácter disciplinario.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 -ARTÍCULO 69

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA-Superación del término legal

Si bien la etapa [investigación disciplinaria] a la que hace referencia el actor superó los términos establecidos en la normativa aplicable [artículo 156 Ley 1437 de 2002], no se vulneró derecho alguno al [demandante] en la medida en que se ordenó la práctica de pruebas con el fin de esclarecer los hechos, y ésta le fue notificada en debida forma, es decir, siempre tuvo conocimiento del proceso que se le estaba adelantando, teniendo la posibilidad de interponer los recursos a que hubiere lugar, o solicitar la información correspondiente. (...) Pese a que, se reitera, se sobrepasó el término para adelantar la investigación disciplinaria, debe resaltarse que esta sirvió de base para verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si era constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes; las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió el perjuicio causado a la administración pública con la falta; y la responsabilidad disciplinaria del investigado, razón por la cual considera la Sala que el cargo no está llamado a prosperar.

NOTA DE RELATORÍA : Sobre la superación del término de la investigación en el proceso disciplinario, ver: Consejo de Estado en la Sentencia de 18 de agosto de 2011, expediente No. 0532-08, Consejero Ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 -ARTÍCULO 156 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 29

AUTO DE FORMULACIÓN DE CARGOS - Requisitos

Contrario a lo afirmado por la parte actora, la formulación de cargos proferida el 6 de julio de 2007, por la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, se realizó con base en los requisitos consagrados en la norma [artículo 48 Ley 734 de 2002], esto es: i) se determinó que la falta endilgada era la dispuesta como gravísima en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al incurrir en el delito de concusión; ii) se describió y determinó la conducta investigada, endilgándole un único cargo; iii) se estableció que la falta endilgada era de las consagradas taxativamente como gravísima; y iv) se expusieron los motivos por los cuales se consideró la comisión de aquella, así como la forma de culpabilidad

PROCEDIMIENTO VERBAL EN EL PROCESO DISCIPLINARIO - Procedencia

Una vez se recolectó el material probatorio, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, mediante Auto de 28 de mayo de 2007, decidió llevar a cabo la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal y, a través de Auto de 6 de julio de 2007, citar a audiencia pública al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre y formular pliego de cargos al disciplinado, procedimiento que estuvo enmarcado dentro de la legalidad, en la medida en que este se llevó a cabo por considerar que las pruebas recaudadas en la etapa de la indagación preliminar eran suficientes para determinar la responsabilidad del disciplinado, siendo este el requisito para que la investigación disciplinaria sea llevada a través del procedimiento verbal.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 175

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00619-00(2372-11)

Actor: CARLOS ALBERTO FLÓREZ AGUIRRE

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del CCA, el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre presenta demanda contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

La parte actora solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) fallo de 30 de julio de 2007, proferido, en primera instancia, por la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, mediante el cual se declaró responsable disciplinariamente y se le impuso sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar funciones públicas por el término de 10 años; y ii) Resolución No. 09320 de 9 de agosto de 2007, emitida por el director general de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que confirmó la decisión inicial.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar su reintegro a un cargo igual y/o superior al que se encontraba desempeñando al momento de su retiro; condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando se ejecutó tal decisión hasta cuando sea reintegrado, así como los perjuicios morales y materiales a los que se vio sometido; declarar que se configuró una falla en el servicio¹; ordenar la actualización de las sumas que resulten de la condena, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; disponer el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 *ibidem*; y condenar en costas a la entidad demandada.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron sus pretensiones, son los siguientes:

¹ Pretensión agregada en el escrito de adición y corrección de la demanda presentado por la parte interesada, el cual fue admitido por el Despacho a través de Auto de 10 de octubre de 2013, visible a folios 442 a 459 del cuaderno principal.

Se vinculó laboralmente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que en adelante se denominará DIAN, desde el 24 de abril de 1985. El último cargo que ocupó fue el de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16.

El 29 de junio de 2005, la sociedad Industrias Zenner S.A. presentó una solicitud de devolución y compensación por un valor de \$280.558.000, liquidado como saldo a favor en la declaración de renta y complementarios del año gravable 2005.

Mediante Auto No. 5001191 de 25 de agosto de 2005, la División de Fiscalización de la DIAN ordenó iniciar investigación tributaria frente a dicha sociedad, al encontrar una inexactitud en el valor antes referido.

Por Auto No. 160762005000041 de 29 de agosto de 2005, el jefe del Grupo de Investigaciones de Fondo, en cumplimiento de la decisión del Comité de Devoluciones y/o compensaciones de la DIAN de Pereira, le ordenó a él y a otra funcionaria, María Cecilia Arias Aristizábal, practicar inspección tributaria, con el objeto de verificar la exactitud de la declaración de renta y complementarios del año gravable 2004, presentada por Industrias Zenner S.A.²

Como consecuencia de la investigación referida y con base en el acta de inspección tributaria, el 15 de diciembre de 2005, el jefe del Grupo de Investigaciones de Fondo de la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera de la Administración Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira, emitió el requerimiento especial No. 160762005000056, en el cual se propuso como sanción de inexactitud el valor de \$1.543.101.000, equivalente al 160% del mayor impuesto³.

El 26 de septiembre de 2006, se presentó una queja anónima ante la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Centro Occidente de la DIAN, por la supuesta solicitud de dinero a Industrias Zanner S.A. a cambio de no expedir un requerimiento especial con un valor alto.

² Hecho agregado en el escrito de adición y corrección de la demanda presentado por la parte interesada, el cual fue admitido por el Despacho a través de Auto de 10 de octubre de 2013, visible a folios 442 a 459 del cuaderno principal.

³ Hecho modificado en el escrito de adición y corrección de la demanda presentado por la parte interesada, el cual fue admitido por el Despacho a través de Auto de 10 de octubre de 2013, visible a folios 442 a 459 del cuaderno principal.

En atención a lo anterior, la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Occidente de la DIAN inició indagación preliminar e investigación disciplinaria en su contra.

Con posterioridad a ello, mediante Auto No. 02 de 28 de mayo de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Occidente de la Dian ordenó tramitar la investigación disciplinaria a través del procedimiento verbal.

Por Auto de 6 de julio de 2007, dicha dependencia lo citó a audiencia pública y le formuló pliego de cargos.

Mediante fallo de 30 de julio de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Occidente de la DIAN, en primera instancia, lo declaró responsable disciplinariamente y lo sancionó con destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de 10 años.

Contra dicha decisión interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de Resolución No. 09320 de 9 de agosto de 2007, por el director general de la DIAN, confirmando la decisión inicial.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 5, 29 de la Constitución Política; 17, 90, 92, 129, 143, 150, 165, 170, 175 y 176 de la Ley 734 de 2002; y 187 del Código de Procedimiento Civil.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que se le vulneró su derecho al debido proceso, en la medida en que: i) el fallo de primera instancia lo emitió un funcionario que no tenía competencia para el efecto, en tanto que el juzgador que debió tramitar la investigación disciplinaria fue el de la última sede en la que él prestó el servicio, esto es, en Tuluá, Valle; ii) la investigación se inició con base en un anónimo, lo cual está prohibido en la normativa aplicable; iii) el operador disciplinario adelantó la investigación disciplinaria superando el término legalmente establecido; iv) el pliego de cargos fue vago e impreciso y fue formulado sin el

cumplimiento de los requisitos legales; v) la investigación debió tramitarse bajo el procedimiento ordinario y no el verbal; y vi) no se le permitió recepcionar su versión libre.

Sostuvo que se le trasgredió el principio de presunción de inocencia, toda vez que se le imputó la comisión de un delito por el que no fue condenado penalmente.

Señaló que se configuró una falsa motivación, en tanto que el operador disciplinario no apreció de manera integral el material probatorio obrante dentro el proceso disciplinario, con el que se demostraba que no había incurrido en reproche alguno en materia disciplinaria.

Finalmente, consideró que se incurrió en falta de motivación, por cuanto los actos administrativos ahora cuestionados no señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta censurable.

1.2. Contestación de la demanda

El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa los siguientes⁴:

Sostuvo que la DIAN actuó en cumplimiento de un deber legal y le garantizó al disciplinado el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Afirmó que los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad, dado que el material probatorio obrante dentro del expediente se analizó bajo las reglas de la sana crítica.

Manifestó que la DIAN analizó los elementos materiales probatorios para determinar si uno de sus funcionarios, en este caso, el actor, había solicitado una suma de dinero a la sociedad contribuyente, a cambio de reportar una deuda inferior a la que realmente correspondía, concluyendo de manera fehaciente la comisión de una conducta reprochable en materia disciplinaria.

⁴ Mediante memorial de folios 428 a 435 del cuaderno principal.

Señaló que el tipo penal de concusión es uno de aquellos delitos que se clasifican como de mera conducta, esto es, que no requieren de un resultado específico, sino que basta con que el actor despliegue ciertas actividades tendientes a que se verifique un resultado y con ello automáticamente se configura el delito, independientemente de que se logre su objetivo o no, como ocurrió en este asunto, razón por la cual era dable endilgar la falta gravísima consagrada en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002.

Aunado a ello, consideró que la conducta fue cometida a título de dolo, toda vez que el actor fue consciente de lo que hacía y agotó todos los recursos que tuvo a su alcance para lograr su cometido, al punto de estar dispuesto a renegociar la suma solicitada a la empresa.

Aseveró que el funcionario competente era la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Centro Occidente, dado que los hechos materia de investigación ocurrieron en Pereira.

Indicó que el operador disciplinario luego de tener conocimiento de la queja anónima, dio apertura de indagación preliminar con el fin de encontrar o de mostrar la existencia de una posible falta disciplinaria, siendo esta la etapa que le permitió dar apertura a la investigación disciplinaria en contra del actor.

Finalmente, propuso como excepciones, la legalidad de los actos administrativos y la inexistencia de los perjuicios invocados⁵.

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. De la parte demandante⁶

Insistió en los argumentos planteados en el escrito de la demanda.

1.3.2. De la parte demandada⁷

⁵ Excepción propuesta por la entidad demandada al contestar el escrito de adición y corrección de la demanda presentado por la parte interesada, visible a folios 468 a 475 del cuaderno principal.

⁶ Folios 527 a 581.

Reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda.

1.4. Concepto del Ministerio Público.

La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda⁸.

Consideró que los cargos expuestos por el actor en el escrito de la demanda no están llamados a prosperar, dado que la investigación disciplinaria se llevó a cabo respetando las garantías procesales establecidas en la Ley y la conducta del señor Flórez Aguirre se enmarcó dentro de los elementos típicos de la falta que le fue endilgada.

2. Consideraciones

2.1. De las excepciones propuestas por la entidad demandada

Previo a estudiar el fondo del asunto procede la Sala a resolver las excepciones planteadas por el apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, esto es, legalidad de los actos administrativos e inexistencia del perjuicio.

2.1.1. De la legalidad de los actos administrativos

Frente a dicha excepción, sostiene la entidad demandada, que los actos administrativos demandados se encuentran revesitos de legalidad al haber sido expedidos bajo los supuestos fácticos acreditados, la normativa y jurisprudencia aplicable.

Al respecto, considera la Sala que los argumentos antes expuestos se resolverán al momento de estudiar el fondo del asunto, con el fin de determinar si los operadores disciplinarios incurrieron en alguna de las causales de nulidad frente a

⁷ Folios 508 a 512.

⁸ Folios 514 a 526.

un acto administrativo contempladas en el Código Contencioso Administrativo⁹ o, si por el contrario, los fallos disciplinarios se encuentran bajo los parámetros legales.

2.1.2. Inexistencia del perjuicio

Al respecto, sostiene el apoderado de la entidad demandada que la conducta desplegada por el actor fue la que originó la sanción disciplinaria, razón por la cual no le asiste razón al demandante en cuanto al restablecimiento del derecho solicitado.

En tal sentido, debe advertirse, primero, que dicha excepción no se encuentra contemplada como tal en la normativa aplicable, y segundo, que el perjuicio que pudo haber causado la expedición de los actos administrativos demandados deberá analizarse una vez la Sala realice el estudio de los cargos presentados en el escrito de la demanda y de la legalidad de los actos, razón por la cual esta no es la oportunidad procesal pertinente para hacer referencia a dicho argumento.

2.2. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si con la expedición de los actos acusados, las entidades demandadas incurrieron en: (i) violación del derecho al debido proceso; (ii) transgresión del principio de presunción de inocencia; (iii) falsa motivación; y (iv) falta de motivación.

2.3. Marco normativo

De conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política, son fines esenciales del Estado, «servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y

⁹ «**ARTÍCULO 84.** Acción de nulidad. (...)

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.»

en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

En su artículo 6 se establece que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las Leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Ahora, dentro de las garantías del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política se encuentran las relacionadas a que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho».

Por otra parte, debe resaltarse que el artículo 209 *ibidem* dispone como principios de la función administrativa, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por su parte, la Ley 734 de 2002 dispone en cuanto al principio de legalidad, que «el servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la Ley vigente al momento de su realización».

A su vez, respecto a la presunción de inocencia, el artículo 9 *ibidem*, señala que «a quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla».

A su turno, el artículo 13 de dicha normativa dispone en relación con la culpabilidad, que «en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa».

Ahora, en cuanto a las pruebas, el Código Disciplinario Único señaló en su artículo 128, que toda decisión proferida dentro de la actuación disciplinaria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa, correspondiéndole la carga de la prueba al Estado.

Frente a la oponibilidad de los medios probatorios, el artículo 138 de dicha normativa, dispone que los sujetos procesales pueden controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria.

Finalmente, los artículos 141 y 142 *ibidem*, consagran que los medios probatorios deben apreciarse conjuntamente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, razón por la cual, en toda decisión motivada, el juzgador disciplinario tiene la obligación de señalar las pruebas en que se fundamenta, sin que sea dable emitir un fallo sancionatorio en el que no obre prueba en el proceso que conduzca a la certeza en cuanto a la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.

2.4. Hechos probados

En atención a las pruebas obrantes dentro del expediente, puede establecerse lo siguiente:

2.4.1. En relación con la vinculación laboral del demandante

De conformidad con el extracto de historia laboral del señor Carlos Alberto Flórez Aguirre, este estuvo vinculado laboralmente a dicha entidad, así¹⁰:

Fecha ingreso: 24 de abril de 1985.

Cargo actual: Técnico en Ingresos Públicos III Nivel 27 Grado 16

¹⁰ Folios 689 a 693 del Tomo No. 5.

(...)

Mediante Resolución 0170 del 8 de febrero de 2005, se ubica en la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera, de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira (...)

Mediante Resolución 0739 del 2 de mayo de 2005, se ubica en el Grupo Interno de Trabajo de Gestión, de la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera, de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira (...)

Mediante Resolución 2304 del 01 de marzo de 2007 se ubica en el Despacho de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, tomó posesión mediante Acta 0034 del 24 de abril de 2007.

Las funciones que le correspondían al demandante al momento de la ocurrencia de los hechos investigados, eran las siguientes¹¹:

(...) me permito comunicarle las funciones que usted debe desempeñar, de acuerdo con el empleo que le corresponde en el GIT investigaciones de Fondo, a partir de la fecha:

1. ejecutar las investigaciones asignadas conforme a los programas de fiscalización de fondo de acuerdo a las normas vigentes y a las políticas institucionales para el control de la evasión y elusión tributarias.
2. Promover en los contribuyentes el cumplimiento voluntario de las obligaciones en relación con las investigaciones a su cargo para evitar sanciones más gravosas a los contribuyentes.
3. Participar en el análisis del comportamiento económico y en el diseño de los programas de fiscalización para direccionar la acción de control fiscal,
4. Realizar operativos de registro tributario para obtener y asegurar pruebas que soporten las investigaciones.
5. Participar en comités técnicos que definan asuntos relacionados con los expedientes a su cargo para unificar criterios y definir el curso de acción frente a casos especiales.
6. Proferir los actos administrativos a que haya lugar en los expedientes a su cargo y rendir informes para determinar el impuesto a cargo de los contribuyentes.
7. Participar en los programas masivos que formule la subdirección de fiscalización tributaria para el control de la evasión.
8. Rendir informes sobre los expedientes y cargas de trabajo para conocer de la gestión obtenida en su trámite.
9. Realizar visitas de verificación o cruce de información, a los solicitantes o a terceros, de acuerdo con la capacidad operativa de la administración, para complementar la sustanciación de las devoluciones o compensaciones.
10. Presentar las actas de visitas con los informes y pruebas que se requieren.
11. Informar sobre las solicitudes con indicios de inexactitud, para enviar a posdevoluciones.
12. Desempeñar las demás funciones que le asigne el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.

¹¹ Folios 698 y 699 del Tomo No. 5.

(...).

2.4.2. En relación con la actuación disciplinaria

El 28 de septiembre de 2006, se presentó una queja anónima ante la División de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN de Pereira, bajo los siguientes argumentos: «La presente es para poner en conocimiento de ustedes que los funcionarios Carlos Alberto Flórez y Carlos Alberto Bañol solicitaron a la empresa Industrias Zenner S.A. (...) la cantidad de \$120.000.000 a cambio de no expedir requerimiento especial con valores supremamente altos por el año gravable de 2004»¹².

Mediante Auto de 28 de noviembre de 2006, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente dio apertura de indagación preliminar en contra de Carlos Alberto Flórez Aguirre y otro¹³.

Por Auto 05 de 30 de enero de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente decretó las pruebas que consideró pertinentes¹⁴.

El 2 de febrero de 2007, el señor Diego Cifuentes García presentó declaración, dentro de la cual adujo¹⁵:

Preguntado. Sírvase decir si tiene conocimiento del motivo de la presente diligencia. Contestó. Si, considero que una solicitud que le hice a la administradora de impuestos cuando recibí un requerimiento por el año 2004, el cual considere, demasiado exagerado, solicite a la administradora que lo leyera y considera, que era demasiado exagerado y plegado a mostrar muchas fallas que yo consideraba que no eran ciertas. (...) Preguntado. Sírvase decir si su empresa fue objeto de visita por parte de funcionarios de la DIAN, entre los años 2005 o 2006 con ocasión a investigación tributaria por el año gravable 2004 y en caso de ser así sírvase decir que funcionarios lo visitaron y que manifestaciones le hicieron en virtud de la misma. Contestó. Si hicieron una visita a finales del año 2005, y solicitaron investigación por los años 2003 y 2004, realizaron la visita el señor Carlos Alberto Flórez y la señorita María Cecilia no recuerdo su apellido en ese momento, me dijeron que habían encontrado errores contables de magnitud de alta diferencias en inventarios también mucha magnitud, igualmente vacíos con socios no reconocidos por la administración de impuestos, honorarios pagados,

¹² Folio 2 del Tomo No. 1.

¹³ Folios 3 a 5 del Tomo No. 1.

¹⁴ Folio 24 del Tomo No. 1.

¹⁵ Folios 27 a 32 del Tomo No. 1.

tampoco reconocidos, porque violaban leyes tributarias, igualmente honorarios pagados, tampoco reconocidos, arrendamientos pagados por la empresa que no reconocía la administración (...) lo cual conducirá a que la empresa tuviese que pagar por fraudes e inconsistencias aproximadamente tres mil millones de pesos, por cada uno de los años gravables 2003 y 2004 ósea un total aproximado a los seis mil millones de pesos igualmente, manifestaron que todos los socios de la empresa y luego lo ratificaron con cartas, serían solidarios con sus bienes de lo que posiblemente la empresa no pudiese cubrir con estas sanciones. Preguntado. Diga por favor frente a los hallazgos de los funcionarios cual fue su reacción y que medidas tomó frente a estos. Contestó. Mi reacción fue de sorpresa ante lo exagerado que los mostraban, ya que mi trayectoria de treinta años en la dirección de esta empresa me permite afirmar que jamás he cometido fraude alguno ni frente a la administración de impuestos, ni frente a otro ente similar (...) Preguntado. Sírvase decir si los funcionarios mencionados María Cecilia y Carlos Alberto Flórez le ofrecieron una solución diferente al pago de sanciones y del respectivo impuesto. Contestó. Si. Preguntado. Diga por favor que clase de solución le ofrecieron. Contestó. Fui citado con mi socio José Miguel Tabares Gómez, no se quién nos citó, él me dijo tenemos una reunión con Carlos Alberto Flórez, en la sala de comidas del Único en Dosquebradas, allí el señor Carlos Alberto Flórez ofreció que si el pagábamos ciento veinte millones de pesos él podría hacer que ese requerimiento que él nos iba a enviar fuera más favorable en el cual nosotros únicamente tendríamos que renunciar a la devolución que estábamos solicitando y alguna otra cosita que no recuerdo. Preguntado. Frente a la solicitud por parte del funcionario Carlos Alberto Flórez, cuál fue su reacción y respuesta. Contestó. Mi reacción nuevamente fue la de manifestarle al señor Carlos Alberto Flórez que yo tenía una trayectoria de honestidad ante la ciudad, el estado, los diferentes estamentos, la Cámara de Comercio (...) el señor Carlos Alberto Flórez no se me olvida y lo tengo muy presente, me contestó sarcásticamente: Don Diego no sabía que estaba tratando con una persona e las características de la honradez caballeridad suya, si había sabido que para eso era esta reunión no hubiera venido más o menos esas eran sus palabras y él con sus apreciaciones las mías eran y siguen siendo muy firmes, manifestó también el señor en determinado momento que él podía sacrificar parte de lo que estaba pidiendo creo que bajo el monto de su oferta a ochenta millones de pesos, después de eso me pare y me retiré de dicha reunión. Preguntado. Con anterioridad a dicha reunión existieron otros acercamientos por parte del funcionario Carlos Alberto Flórez, con el fin de solicitar dineros a cambio de favorecerlos en dicha investigación tributaria. Contestó. Conmigo no, manifestaciones que me hizo mi socio Miguel Tabares, con el sí, telefónicamente o personalmente, no tengo muchos detalles. (...) Preguntado. Sírvase decir si el funcionario Carlos Alberto Flórez solicitó dinero para otra persona además de él con el fin de favorecerlo en la investigación. Contestó. No cito exactamente nombres, pero de acuerdo a sus palabras creo era para repartir entre tres o cuatro personas, él dijo que para él solo no era. Preguntado. Tiene conocimiento di después de esa reunión el funcionario continuó la solicitud de dineros. Contestó. Si, por manifestaciones que me hacia mi socio Miguel Tabares Gómez. Preguntado. Diga por favor si los hechos que acaba de resaltar, ante este despacho fueron puestos en conocimiento de la autoridad judicial. Contestó. No. Preguntado. Diga porqué razón. Contestó. Porque no tenía pruebas ni

grabaciones ni testigos. (...) Preguntado. Recuerda la fecha en la que se llevó a cabo la reunión con el funcionario Carlos Alberto Flórez en el centro comercial Único. Contestó. No recuerdo exactamente la fecha, pero creo que fue aproximadamente a finales de noviembre o a principios de diciembre del año 2005 (...) en este estado de la diligencia y encontrándose presente, se le concede el uso de la palabra al funcionario Carlos Alberto Flórez Aguirre a fin de que ejerza sus derechos de contradicción y defensa (...) preguntado. Es cierto o no que la reunión mencionada anteriormente donde intervino el abogado Garzón como asesor tributario, se realizó en las horas de la tarde y parte de la noche del día 15 de diciembre de 2005. Contestó. Si se hizo la reunión, pero no recuerdo exactamente la fecha. (...) Preguntado. Usted menciona una reunión realizada en el centro comercial Único sírvase manifestar quien lo citó a esta reunión. Contestó. José Miguel Tabares Gómez. Preguntado. Manifestar indique quien lo acompañó a la reunión que sostuvo con la administradora de impuestos. Contestó. Inicialmente en la primera reunión me acompañó José Miguel Tabares Gómez, como no sabía de los procedimientos para acceder a la administradora de impuestos para una cita, nos solicitó la cita la doctora María Isabel Mejía, nos acompañó nos presentó nos recomendó y luego se retiró, para que nosotros procediéramos a tener la reunión con la administradora, me refiero a la ex senadora María Isabel Mejía Marulanda. (...) preguntado. Recuerda el lapso que transcurrió entre el momento de la solicitud de dinero por parte del funcionario y las reuniones sostenidas con la administradora y la fecha en que se dieron estas. Contestó. Las reuniones en el Único fueron a mediados de diciembre del 2005, la primera cita con la doctora Luz Marina fueron entre los primeros diez días del mes de enero de 2006, creo que la segunda y tercera reunión fueron aproximadamente a finales de enero o principios de febrero de 2006.

El 14 de febrero de 2007, el señor Cesar Augusto Arbeláez Latorre rindió su declaración dentro de la investigación disciplinaria, en la que afirmó¹⁶:

Preguntado. Diga por favor hace cuanto labora en la sociedad Industrias Zenner S.A. y que funciones desempeña en la misma. Contestó. Desde 1978, y soy en este momento el gerente financiero, yo tengo a mi cargo el manejo de la contabilidad de los presupuestos, los impuestos y el manejo de los créditos financieros. Preguntado. Sírvase decir si fue realizada visita tributaria en el año 2005, con motivo de los años gravables 2003 y 2004, por parte de funcionarios de la DIAN a su empresa y en caso de ser así sírvase decir en qué fecha lo visitaron, cual fue el motivo de la visita, que duración tuvo, que funcionarios lo visitaron (...) Contestó. A raíz de solicitud de devolución o cruce que hizo industrias Zenner por saldo a favor del período gravable 2004 (...) Preguntado. Sírvase decir si le fue proferido requerimiento especial a la empresa Zenner S.A. y en caso de ser a cuanto ascendía el mismo y que fundamentos tenía y porque cree usted que no era apegado a la realidad de la empresa. Contestó. Si se produjeron requerimiento como costos los honorarios arrendamientos intereses pagados por la empresa los socios y acreedores varios y además de desconocerlos por vicios de forma más no de fondo en mi concepto, se proyectan sanciones

¹⁶ Folios 55 a 58 del Tomo No. 1.

desconociendo la doctrina de la DIAN al respecto, también desconoce unos pasivos por ficticios, y con base en unos estados de costos creados por ellos mensualmente, como si la DIAN pudiera dividir fracciones fiscales al año gravable (...) el primer requerimiento del 2004 era por \$2.800.000.000 y el segundo era también muy alto porque habían en el del 2003 unas ventas declaradas por un cliente como por \$3.000.000.000 superiores a las declaradas por Zenner situación que se pudo demostrar. Preguntado. Usted mencionó anteriormente que se realizó una reunión en diciembre 6 de 2005 a pedido de los funcionarios diga por favor quienes asistieron y que temas fueron tratados. Contestado. Asistieron a solicitud de los funcionarios de la DIAN el señor gerente y subgerente Diego Cifuentes y José Miguel Tabares y yo, con el fin de informarles cómo iba la visita, entonces el doctor Carlos Alberto Flórez, sacó la hoja de trabajo que había realizado y leía los hallazgos y hallazgos y le decía a su compañera la doctora María Cecilia Arias, que sumara pasivos rechazados más sanción, los intereses rechazados más sanción, los arrendamientos más la supuesta sanción (...) y ante cualquier defensa que yo trataba de hacer empleaba risas e ironías, ese es el comportamiento del funcionario, ahí fue cuando determinamos contratar con una firma de abogados. Preguntado. Sírvase decir si esta fue la única reunión o si a esta le siguieron otras y en caso de ser así donde se realizaron. Contestó. Hasta donde se hubo otra reunión en presencia de los abogados que contrataron, no sé en qué fecha se realizó creo que el quince de diciembre.

En la misma fecha, la señora Gloria Amparo Valencia García presentó declaración, en la que expuso¹⁷:

Preguntado. Diga por favor hace cuando labora en la sociedad Industrias Zenner S.A. y que funciones desempeña. Contestó. Quince años y medio, yo soy auditoria y pues con toda la actividad relacionada con la contabilidad de la empresa (...) Preguntado. Sírvase decir que manifestaciones les hicieron los funcionarios en razón de los hallazgos efectuados en la empresa. Contestó. (...) yo estuve presente en la reunión de los socios el abogado Luis Fernando Garzón y el doctor Carlos Alberto Flórez, esta fue en la gerencia y antes de que llegaran el socio y el doctor Garzón el doctor Carlos Alberto Flórez me manifestó que le daba pesar tener que extinguir la empresa si nosotros no nos acogíamos a los términos que no estaba colocando la DIAN en esa liquidación y ya en esa reunión no manifestó que era mejor que llegáramos a un buen acuerdo con la DIAN porque tenía experiencia de varios años de pleitos con la DIAN (...) Preguntado. Recuerda usted la fecha en que se realizó dicha reunión y que duración tuvo. Contestó. La fecha no la recuerdo eso fue en los primeros días de diciembre y la duración empezó tipo 4:30 hasta las 6:00 pm.

El 14 de febrero de 2007, el señor José Miguel Tabares Gómez rindió su declaración dentro de la investigación disciplinaria, en la que afirmó¹⁸:

¹⁷ Folios 59 a 63 del Tomo No. 1.

¹⁸ Folios 64 a 72 del Tomo No. 1.

Preguntado. Sírvase decir si tiene conocimiento del motivo de la presente diligencia. Contestó. Si, tengo conocimiento y es relacionado a una solicitud que hizo mi socio Diego Cifuentes a raíz de unos requerimientos que nos estaba haciendo la DIAN y que considerábamos eran exagerados y que presentó a la directora de la DIAN. PREGUNTADO. Diga por favor que función desempeña en la sociedad Industrias Zenner S.A. y desde hace cuánto. Contestó. Soy subgerente y desde que se fundó la sociedad hace 29 años. Preguntado. Sírvase decir si su empresa fue objeto de visita por parte de funcionarios de la DIAN, en el año 2005 con ocasión a investigación tributaria por el año gravable 2004 y 2003 (...) Contestó. Si, la empresa fue visitada en el año 2005 (...) preguntado. Sírvase decir si usted se reunió con el funcionario Carlos Alberto Flórez para discutir los resultados de la visita en caso de ser así cuantas veces se reunió con él y a donde. Contestó. Si me reuní con él, la primera fue en la empresa, en la cual nos leyó los cargos y estaban presentes el socio Diego Cifuentes, el contador César Arbeláez y la señora María Cecilia, posteriormente nos reunimos en el centro comercial Único, el señor Carlos Alberto Flórez y yo, eso fue como en noviembre a raíz que en la primera reunión y después de recibir la relación de cargos yo le manifesté que me parecía que esos cargos eran exagerados (...) él me contestó que si nos podían colaborar pero que eso valía una plata, que lo iba a pensar y que él me avisaba cuanto era el monto, a raíz de esto fue que nos reunimos en el centro comercial, posteriormente nos reunimos con el socio Diego Cifuentes una semana después, a discutir sobre el monto que nos habían pedido, que era de ciento veinte millones de pesos, en dicha reunión le manifestamos nuevamente que nosotros no teníamos motivos turbios, en esa ocasión se le llamó torcidos (...) posteriormente el señor Flórez nos manifestó que él podía rebajar el monto en lo que a él le correspondía como una colaboración en cuarenta millones de pesos ósea que el pedido bajaba a ochenta millones de pesos, nosotros no aceptamos y dimos por terminada la reunión. Posteriormente en el mes de diciembre el señor Carlos Alberto Flórez me llamó un día sábado y me manifestó que quería hablar urgentemente conmigo a lo cual yo le manifesté que no podía porque iba para Armenia y él me manifestó que estaba en Armenia por lo cual nos podíamos reunir allí (...) allí el señor Flórez me volvió a insistir en el arreglo a lo cual yo siempre le manifesté que nosotros no teníamos ningún temor ya que no escondemos nada, a la semana siguiente él se presentó a la fábrica con el pliego y nos reunimos, con el socio Diego Cifuentes, el doctor Luis Fernando Garzón y yo, eso fue como a mediados de diciembre más o menos el 20 o 22 de diciembre y nos leyó punto a punto todos los cargos sobre la declaración del 2004, terminado de leernos nos manifestó que deberíamos hacer un arreglo con la DIAN el cual trataba que nosotros renunciáramos a la solicitud de devolución que los cargos no estoy seguro si era que desaparecían con solamente renunciar a la devolución y que teníamos plazo de avisarle hasta las doce de la noche ya que al otro día tenía plazo para entregar el requerimiento (...) Preguntado. Usted manifestó en su relato que la primera ocasión en la que se reunió con el funcionario Carlos Alberto Flórez fue en el mes de noviembre de 2005 en el centro comercial Único. Diga por favor como se pusieron en contacto y quien sugirió la reunión. Contestó. Posteriormente a los hallazgos que ellos habían encontrado me refiero al señor Flórez y la señora María Cecilia yo le manifesté que no fueran tan drásticos ya que nosotros considerábamos que sí nos podían colaborar y

que él me avisaba cuanto valía esa colaboración y que posteriormente él me avisaba, que fue cuando me citó a la primera reunión (...) Preguntado. Diga por favor como acordaron el punto de encuentro de la primera reunión y quien tenía conocimiento sobre su realización. Contestó. Cuando él me llamó y me manifestó su interés en reunirse conmigo yo le manifesté que nos podíamos encontrar en el centro comercial el ahorro que quedaba enseguida de la fábrica y acordamos la hora en horas de la tarde, yo acudí a la cita pero él no llegó, a lo cual yo me regrese para la fábrica y al rato volví a recibir una llamada de él a lo cual yo le manifesté que yo había ido a la cita y él también me manifestó que él estaba cumpliendo también la cita (...) y él se encontraba en el centro comercial Único a lo cual yo le manifesté que me esperara que yo ya iba para allá (...) Preguntado. Diga por favor que tema trataron en esta primera reunión. Contestó. Se trató el tema de la sanción a que nos estábamos exponiendo la cual era muy alta y que esto no podía llevar al fracaso en cierta forma me presionó en una forma en la cual yo me sentía muy angustiado, posteriormente me dijo que para evitarnos esas sanciones nos podía colaborar pagando un monto de ciento veinte millones yo le manifesté que la persona que podía tomar alguna determinación era mi socio Diego Cifuentes ya que él es el representante legal a lo cual acordamos realizar una segunda reunión en la cual estuviera presente (...) decidimos el socio y yo continuar con estas conversaciones para evitar algún disgusto por parte del señor Flórez era la primera vez que nosotros teníamos una situación de estas (...) Preguntado. Sírvase decir cómo y en qué parte se desarrolló la segunda reunión con el funcionario Carlos Alberto Flórez, quienes participaron en ella y en qué consistió. Contestó. Como lo manifesté anteriormente esa reunión se llevó a cabo en el centro comercial Único y participamos el socio Diego Cifuentes el funcionario Carlos Alberto Flórez y yo, y tratamos el tema de la sanción a que nos veríamos expuestos por parte de la DIAN lo cual el funcionario Flórez nos manifestó nuevamente que la colaboración tenía un costo de ciento veinte millones (...) posteriormente el señor Flórez le manifestó a mi socio en una forma yo diría burlona sobre que él era una persona muy correcta y que si él hubiera sabido que él era tan correcto no habría ido a la reunión a lo cual el señor Flórez manifestó que él, quería ayudarnos y que por lo tanto él cedía la parte que le correspondía y que eran cuarenta millones o sea que el pedido quedaba en ochenta millones ya que él no podía rebajar la parte de los compañeros (...) Preguntado. Señale si la disminución de los valores en la liquidación oficial obedeció en alguna forma a la entrevista sostenida con la directora de impuestos. Contestó. En absoluto, fue la oficina de liquidación la que nos exoneró de esos cargos. Preguntado. Porque razón una vez expedido el requerimiento especial, en la reunión con la directora de impuestos, usted Miguel Tabares no puso en conocimiento de la directora la supuesta solicitud de dinero por parte del funcionario Carlos Alberto Flórez. Contestó. Como lo manifesté anteriormente nosotros no teníamos ninguna prueba de hecho, como conversaciones grabadas, ni videos (...).

El 13 de marzo de 2007, el señor Luis Fernando Garzón Ramos rindió su declaración, dentro de la cual señaló¹⁹:

¹⁹ Folios 187 a 193 del Tomo No. 2.

(...) mi citación obedece al chantaje que fueron sometidos los socios de la empresa Industrias Zenner S.A., fui citado en una oportunidad por el ingeniero Diego Cifuentes a una reunión para informarme de que unos funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN le estaban adelantando una visita de impuestos y que le estaban pidiendo \$120.000.000 para archivarle el proceso inmediatamente le pregunté que si la empresa tenía doble contabilidad, o evadía impuestos de una u otra manera, me manifestó que no (...) días más adelante empezaron la visita y con ella empieza el chantaje a los socios de la empresa, el señor Carlos Alberto Flórez en compañía de la funcionaria María Cecilia Arias, citó al señor Miguel Tabares y al contador de la empresa para informales el cómo iba la visita y con papel en mano y calculadora fueron contando las cosas que supuestamente fueron encontrando e iban haciéndole una liquidación, de las multas y sanciones a las que se iban a hacer acreedores, por supuesto cada una de las cifras era aterradora a partir de ahí empezaron una serie de reuniones en las cuales empezaron a hablar de que los iban a ayudar pero que eso iba a costar un dinero (...) e hizo el pedido de los ciento veinte millones de pesos para ayudarles a salir del problema (...) la conversación siguió con diferentes temas y el señor Carlos Alberto Flórez rebajó la cuantía a ochenta millones de pesos argumentando que él iba a rebajar la parte que le correspondía a él, porque les tenía un gran aprecio (...) Preguntado. Sírvase decir qué persona le puso en conocimiento directo los hechos referentes a una supuesta solicitud de dineros por parte del funcionario Carlos Alberto Flórez. Contestó. Inicialmente el ingeniero Diego Cifuentes me pidió que por favor lo asesorará en el tema y posteriormente el ingeniero Miguel Tabares quien además me contó de las varias citas que le puso el funcionario una vez en Armenia y un par de veces en Dosquebradas y si no estoy mal en el centro comercial Único (...) Preguntado. Sírvase decir si conoce el estado actual de la investigación adelantada por concepto de renta y complementarios año gravable 2004. Contestó. El requerimiento especial ya se contestó salió por parte de la oficina de liquidación, una liquidación oficial de corrección, en la cual se cae toda la parte correspondiente a inventarios por cuanto los inventarios son de periodo (...).

El 16 de marzo de 2007, el señor Hamid Vega Pérez presentó su declaración, dentro de la cual dijo²⁰:

Preguntado. Diga por favor si alguna persona diferente al doctor Luis Fernando Garzón le comentó sobre la supuesta solicitud de dineros por parte del funcionario Carlos Alberto Flórez Aguirre, en caso de ser así diga quien le manifestó este tema y como lo hizo. Contestó. Producido el requerimiento que creo fue en el mes de diciembre de 2005 en una reunión en las instalaciones en las industrias Zenner, don Diego Cifuentes y Miguel Tabares, me relataron lo sucedido con el pedido de los dineros, ellos precisaron la realización de reuniones mediante citas ocurridas en Armenia y en el centro comercial de Dosquebradas si no estoy mal, esas citas algunas fueron solamente con el señor Miguel Tabares y creo que en una oportunidad con don Diego Cifuentes (...) Preguntado. Manifiesta usted que con anterioridad al vencimiento de un plazo administrativo para corregir o

²⁰ Folios 200 a 203 del Tomo No. 2.

llegar a un acuerdo se había presentado una reunión entre don Diego Cifuentes y la administradora doctora Luz Marina Ortega Márquez y que posteriormente se realizó una reunión a lo cual usted asistió, sírvase indicar que otras personas concurrieron a estas reuniones. Contestó. A esa reunión solamente asistí en compañía de don Diego Cifuentes, no recuerdo si fue en enero, lo que si fue cierto es que fue en el año 2005, en enero a marzo del 2006, me refiero a la reunión que yo asistí, a las otras no recuerdo las fechas, lo que si se me enteró fue la temática de esta reunión que fue la que generó esta investigación.

El 12 de abril de 2007, la señora Luz Marina Ortega Márquez presentó declaración dentro de la investigación disciplinaria, en la que enunció²¹:

Preguntado. Sírvase decir si conoce a los señores Diego Cifuentes García y José Miguel Tabares Gómez, en caso de ser así, diga por favor bajo qué circunstancias los conoció. Contestó. Por decir más técnicamente no los conozco, simplemente los distingo porque siendo la administradora de impuestos y aduanas me solicitaron una cita aproximadamente en el mes de enero del año 2006, en compañía de una senadora María Isabel, llegaron al despacho y el motivo de la visita era solicitarme ayuda por un requerimiento que le había hecho al división de fiscalización a la sociedad de ellos de nombre Industria Zenner, ellos estaban muy angustiados por el alto requerimiento y la ayuda consistía en que analizara un poco más a fondo lo planteado, además ellos para ese momento se mostraban indignados porque decían que su empresa nunca había sido cuestionada (...) Preguntado. Sírvase decir si con posterioridad a ese encuentro usted se reunió nuevamente con los mencionados señores. Contestó. Con los dos no, posteriormente no recuerdo en qué fecha me entrevisté con el señor Diego Cifuentes, él vino a mi oficina y me contó que por el expediente de industrias Zenner les habían pedido un dinero, se trataba de cuento veinte millones, me dijo que Carlos Flórez, se había entrevistado con don Miguel, en la ciudad de Armenia i se reunió en otra oportunidad con el funcionario Carlos Alberto Flórez, con posterioridad a la reunión inicial en industrias Zenner (...) como dije antes, procedí de inmediato a informar dichos hechos al director del CTI, doctor Manuel Arias, quien se desplazó hasta el despacho de la DIAN acompañado de la doctora Isabel Cristina España asignada al asunto, tuve paciencia estuve atenta a la resolución de esta etapa del proceso del requerimiento especial, pero como no obtenía ninguna respuesta del CTI, decidí hacer lo que siempre tenemos que hacer los administradores o directivos cuando nos enteramos de un hecho tan delicado como este fue ubicar en una División diferente al señor Carlos Alberto Flórez (...).

El 15 de mayo de 2007, la señora María Cecilia Arias Aristizábal rindió su versión libre, en la que expresó²²:

²¹ Folios 208 a 211 del Tomo No. 2.

²² Folios 401 a 410 del Tomo No. 3.

(...) pienso que estas personas no tienen prueba alguna de los comentarios que se inventaron tal (...) por lo cual afirmo que estos comentarios jamás se hicieron en el transcurso de esta afirmación razón por la cual pienso no hay prueba de esos comentarios, inventos hechos por estos señores (...)

Mediante Auto No. 02 de 28 de mayo de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la DIAN resolvió variar el procedimiento a través del cual se estaba tramitando la investigación disciplinaria, de ordinario a verbal²³.

Por Auto 002 de 6 de julio de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente citó a audiencia pública al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre y otros y le formuló pliego de cargos, así²⁴:

Solicitar dinero a los señores Diego Cifuentes García (...) representante legal y al señor José Miguel Tabares Gómez (...) subgerente de la sociedad Industrias Zenner S.A. (...) a cambio de no expedir requerimiento por valores altos por los años gravables 2004 y 2003.

Al respecto, se determinó que con su conducta, el actor había incurrido en la falta gravísima prevista en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, por el delito de concusión, a título de dolo.

Mediante Auto No. 001 de 16 de julio de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la DIAN aclaró el acto antes mencionado, señalando que las normas aplicables eran las contenidas en la Ley 734 de 2002, artículos 175 y siguientes²⁵.

El 26 de julio de 2007, el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre, en audiencia pública, rindió sus descargos, manifestando²⁶:

La investigación por al año gravable 2004, adelantada a la mencionada sociedad por el impuesto de renta y complementarios, se inició dentro del programa pre devoluciones por orden del Comité de Devoluciones tras indicios de inexactitud detectados por la funcionaria Sandra Patricia Calderón. Iniciada la investigación el 25 de agosto de 2005 (...) el jefe del grupo de investigaciones de Fondo ordenó practicar la prueba denominada

²³ Folios 449 y 450 del Tomo No. 4.

²⁴ Folios 480 a 529 del Tomo No. 4.

²⁵ Folios 542 y 543 del Tomo No. 4.

²⁶ Folios 612 a 646 del Tomo No. 5.

inspección tributaria por auto No. 41 del 26 de agosto del mismo año, comisionando a los funcionarios María Cecilia Arias Aristizábal y Carlos Alberto Flórez para practicar esta diligencia. Las visitas dentro de la inspección tributaria, por disposición de los dueños de la empresa fue atendida por los señores César Augusto Arbeláez, como gerente financiero, de profesión contador y Gloria Amparo Valencia, de profesión contadora (...) todas las pruebas recaudadas en la verificación del impuesto de renta por el año 2004 se practicaron dentro de la inspección tributaria, como consta en las actas de visita realizadas los días 7 y 10 de octubre de 2005, 9, 16, y 21 de noviembre de 2005 (...) se reunieron inicialmente ante los señores Diego Cifuentes García, Miguel Tabares Gómez y César Augusto Arbeláez, y posteriormente con los señores Diego Cifuentes García, Miguel Tabares Gómez, Gloria Amparo Valencia y el abogado José Fernando Garzón, para presentar a la sociedad las irregularidades encontradas en la inspección tributaria en procura de persuadirlos para realizar una corrección voluntaria de su denuncia rentística del año gravable en cuestión. Este procedimiento contó con el visto bueno de los funcionarios superiores inmediatos Carlos Alberto Bañol Vargas y Jorge Arley Echeverry Morales, jefe de la División de Fiscalización quienes recibieron informes previos y posteriores de los resultados de la diligencia que procuraba la corrección voluntaria (...) en todo proceso de revisión de impuestos se procura la corrección voluntaria invitando al contribuyente a que lo haga, pero para hacerlo es necesario que tenga conciencia de sus irregularidades por lo cual los funcionarios están llamados a comunicarlas previamente a la expedición del requerimiento especial, como se hizo en el presente caso, utilizando todos los métodos de persuasión, como por ejemplo del mencionado de la disminución de la sanción, el exponerse a un proceso largo que culmine ante la Jurisdicción (...).

El 27 de julio de 2007, el señor Jorge Arley Echeverry Morales presentó su declaración, en la que resaltó²⁷:

Preguntado. Sírvase manifestar si usted autorizó al funcionario Carlos Alberto Flórez Aguirre, frente a la no comparecencia de los representantes y empleados de la sociedad Industrias Zennet a la DIAN, para que presentara ante los socios las irregularidades encontradas dentro de la investigación tributaria, en procura de obtener una corrección voluntaria. Contestó. Si, recuerdo en esa oportunidad, Carlos (...) me comentó la intención de agotar como última instancia, para una posible corrección voluntaria, exponer en la empresa, las glosas del requerimiento especial, en aras de mostrar lo gravoso de este requerimiento y el posible beneficio ante la corrección voluntaria (...) es importante que se tenga en cuenta ciertas situaciones involuntarias que se pueden presentar en las conversaciones que a diario teneos con nuestros contribuyentes, particularmente en el lenguaje que utilizamos, por ejemplo, en un posible planteamiento de una corrección voluntaria, podemos decirle al afectado que el valor que nos debe pagar es X cantidad de dinero, entendiéndose que estamos en representación de la DIAN y estos valores deben ser consignados a través de los medios autorizados para recaudar el impuesto y demás tributos, pero el

²⁷ Folios 642 a 644 del Tomo No. 5.

contribuyente lo podrá asumir o lo interpretara como si el funcionario estuviera pidiendo o solicitando dineros para su beneficio propio.

En la misma fecha, la señora María Cecilia Arias Aristizábal rindió su declaración, en la que aseveró²⁸:

(...) también se realizaron glosas de temas muy jurídicos en donde es muy importante la opinión del funcionario Carlos Alberto Flórez, por ser un experto funcionario en temas tributarios y jurídicos y por su amplia trayectoria de más de 20 años en la DIAN y en la cual ha estado prácticamente en todas las áreas y ha sido un apoyo jurídico y técnico importante en las distintas áreas y en el caso específico de fiscalización a mí me consta de que este funcionario era un apoyo técnico y jurídico muy importante en los distintos temas tributarios (...).

Mediante fallo de 30 de julio de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la DIAN, en primera instancia, declaró responsable al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre, en su condición de técnico en Ingresos Públicos III Nivel 27 Grado 16, sancionándolo con destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 10 años²⁹.

Contra dicha decisión el actor interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 09320 de 9 de agosto de 2007, proferida por el director general de la DIAN, que confirmó la decisión inicial³⁰.

Por Resolución 09781 de 22 de agosto de 2007, el director general de la DIAN ejecutó la sanción disciplinaria que le fue impuesta al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre³¹.

2.4.3. Pruebas allegadas durante la actuación judicial

Mediante Auto de 19 de marzo de 2015, el Despacho comisionó al Tribunal Administrativo de Risaralda para que recepcionara la declaración de Lilia Marina Moreno Rodríguez³².

²⁸ Folios 647 a 649 del Tomo No. 5.

²⁹ Folios 39 a 72 del cuaderno principal.

³⁰ Folios 74 a 134 del cuaderno principal.

³¹ Folio 881 y 882 del Tomo No. 6.

³² Folios 477 y 478 del cuaderno principal.

3. Análisis de la Sala

3.1. Análisis integral de la actuación disciplinaria, dentro del proceso contencioso administrativo

En primer término la Sala considera indispensable precisar que el control de legalidad de los actos de carácter sancionatorio y de los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, comporta un control judicial integral. Así lo sostuvo recientemente la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de unificación:

b) El control judicial integral de la decisión disciplinaria - criterios de unificación-. El control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos disciplinarios, es integral. Ello, por cuanto la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales.

(...)

Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva³³.

³³ Sentencia del 9 de agosto de 2016, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, consejero ponente: William Hernández Gómez, referencia: 11001032500020110031600, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz.

En consecuencia, el estudio integral de los actos disciplinarios cuestionados en esta controversia, se hará dentro del marco planteado en la sentencia previamente transcrita.

3.2. Violación del derecho al debido proceso

Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio.

La Corte Constitucional respecto al mencionado derecho, ha manifestado que en materia disciplinaria las actuaciones deben estar acordes a este, en garantía de un orden justo, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales del investigado y el control de la potestad estatal disciplinaria³⁴.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el «conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley

³⁴ Sentencia C-708 de 22 de septiembre de 1999, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas»³⁵.

Frente a este cargo, el demandante sostuvo que le fue vulnerado su derecho al debido proceso toda vez que: i) el fallo de primera instancia lo emitió un funcionario que no tenía competencia para el efecto, en tanto que el juzgador que debió tramitar la investigación disciplinaria fue el de la última sede en la que él prestó el servicio, esto es, en Tuluá, Valle; ii) la investigación se inició con base en un anónimo, lo cual está prohibido en la normativa aplicable; iii) el operador disciplinario adelantó la investigación disciplinaria superando el término legalmente establecido; iv) el pliego de cargos fue vago e impreciso y fue formulado sin el cumplimiento de los requisitos legales; v) debió tramitarse bajo el procedimiento ordinario y no el verbal; y vi) no se le permitió recepcionar su versión libre.

3.2.1. De la falta de competencia

El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece como causales de nulidad de todo acto administrativo, las siguientes: «procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando **hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes**, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió».

Respecto a la competencia, la doctrina la ha definido como «el conjunto de facultades, de poderes y de atribuciones que corresponden a un determinado

³⁵ Sentencia C- 341 de 4 de junio de 2014, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

órgano en relación con los demás»³⁶ «Potestad, aptitud habilidad, idoneidad, disposición, etc que pueda tener una autoridad administrativa para ejercer determinada función. En derecho administrativo colombiano, la autoridad genéricamente designada debe estar revestida de las atribuciones necesarias cuando cumpla funciones administrativas, de lo contrario los actos administrativos que ella expida estarán viciados de 'incompetencia'»³⁷

3.2.1.1. De la competencia para adelantar investigaciones disciplinarias

De conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional, la finalidad del control disciplinario es garantizar que la función pública sea llevada a cabo en beneficio de la comunidad y para proteger los derechos y libertades de los asociados³⁸. Dicha potestad es ejercida tanto por la Procuraduría General de la Nación, como por las Personerías y por las entidades a través de las oficinas de control disciplinario. Al respecto, el artículo 2 de la Ley 734 de 2002, dispone:

Artículo 2º. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, **corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado**, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta. (Negrilla fuera de texto).

En atención a esta norma, la acción disciplinaria se lleva a cabo, preferentemente, por la Procuraduría General de la Nación a través de un control externo por parte del procurador general de la nación, los procuradores delegados, regionales y provinciales, conforme a sus competencias establecidas en el Decreto 262 de 2000.

De igual forma, esta facultad punitiva del Estado también puede ser ejercida por cada entidad pública, para lo cual debe contar con una oficina de control interno

³⁶ García Trevijano Fos, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid. Editorial Revista Derecho Privado. 1970

³⁷ Arnanz, Rafael A. De la competencia administrativa. Madrid. Editorial Montezorro, 1967.

³⁸ Ver sentencias de la Corte Constitucional C-417 de 1993, C-251 de 1994, C-427 de 1994.

disciplinario encargada de conocer de los trámites disciplinarios iniciados en contra los servidores públicos de sus dependencias; y por las Personerías Municipales y Distritales.

Ahora bien, la competencia en materia disciplinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 ibidem, se determina por: la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.

Frente a la competencia por la calidad del sujeto disciplinable, el artículo 75 ibidem prevé que «corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores y miembros».

Por su parte, frente al control disciplinario interno³⁹ de las diferentes entidades del Estado, el artículo 76 del Código Único Disciplinario, consagra:

Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Bajo los parámetros expuestos, puede concluirse que: **i)** toda entidad del Estado está en la obligación de establecer dentro de su organigrama, una oficina de

³⁹ Artículo 77 de la Ley 734 de 2002: Cuando en este código se utilice la locución "control disciplinario interno" debe entenderse por tal, la oficina o dependencia que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria.

control interno disciplinario, la cual tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria; **ii)** esta debe estar conformada por servidores públicos, mínimo del nivel profesional; **iii)** su estructura jerárquica debe permitir la doble instancia; **iv)** donde existan regionales o seccionales, las entidades podrán crear oficinas de control interno disciplinario con las competencias pertinentes; **v)** la segunda instancia, es competencia exclusiva del nominador, salvo disposición legal en contrario; y **vi)** estas medidas no vulneran el debido proceso del disciplinado porque este cuenta con las mismas garantías y derechos a presentar descargos, solicitar pruebas, controvertirlas, incoar recursos, recusaciones, nulidades etc.

Ahora, frente al factor territorial, el artículo 80 del Código Único Disciplinario, prevé que: «Es competente en materia disciplinaria el funcionario del territorio donde se realizó la conducta».

3.2.1.2. Caso concreto

Frente a este cargo el demandante sostiene que se configuró la falta de competencia, en tanto que la dependencia que debió tramitar la investigación disciplinaria era la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Sur Occidente, en tanto que el último lugar donde desempeñó sus servicios en la DIAN fue en el Municipio de Tuluá, Valle.

Respecto a la competencia en materia disciplinaria dentro de la DIAN, la Resolución No. 4295 de 26 de mayo de 2004, establecía lo siguiente⁴⁰:

CONSIDERANDO:

Que el Decreto 1265 de 1999, por el cual se organizó internamente y se distribuyeron las funciones de la DIAN, creó en sus artículos 2º y 3º la Oficina de Investigaciones Disciplinarias con sus Divisiones de Instrucción, Anticorrupción y Decisiones y las Divisiones de Investigaciones Disciplinarias de las direcciones regionales, respectivamente;

Que así mismo, el numeral 7 del artículo 12 del decreto ibídem, determina como función de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias proferir los actos administrativos que resuelvan aspectos relacionados con las investigaciones disciplinarias que se adelanten y el numeral 11 del artículo 30 otorga competencia a las direcciones regionales a través de la División de Investigaciones Disciplinarias de adelantar las investigaciones de su

⁴⁰ Folios 296 a 300 del cuaderno principal.

jurisdicción y aplicar las sanciones correspondientes, sin perjuicio de las competencias asignadas al nivel central;

(...)

Que el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 determina los casos y faltas disciplinarias en que se debe aplicar el procedimiento verbal y el artículo 176 establece que la competencia para adelantar dicho procedimiento es de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la dependencia en que labore el servidor público autor de la falta disciplinaria, que para el caso de la DIAN son la oficina y las divisiones de investigaciones disciplinarias de las direcciones regionales, según sus jurisdicciones;

(...)

Que el numeral 4 del artículo 12 del Decreto 1265 de 1999, otorgó a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN, la función de vigilar la conducta de los servidores públicos tributarios y aduaneros y adelantar las investigaciones disciplinarias por enriquecimiento ilícito;

(...)

Que en cuanto a los procesos por incrementos patrimoniales no justificados, es conducente que sean adelantados y fallados por la Oficina de Investigaciones Disciplinarias, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho de acuerdo con el artículo 74 del Código Disciplinario Único y los dos considerandos inmediatamente anteriores;

(...)

Que el artículo 1º de la Resolución 3953 del 3 de mayo de 2002, dándole alcance al artículo 76 de la Ley 734 de 2002, denominó como las oficinas del más alto nivel a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias del nivel central y a las Divisiones de Investigaciones Disciplinarias del nivel regional de la entidad, dejando la organización interna y la distribución de funciones de conformidad con el Decreto 1265 de 1999 y las resoluciones que lo desarrollaron;

(...)

RESUELVE:

Artículo 1º. Competencia para instruir y fallar los procesos verbales. Mediante el procedimiento verbal, en los casos y por las faltas de que trata el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, le corresponde a la División de Decisiones de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias del nivel central, instruir y fallar en primera instancia los procesos que se deban adelantar contra los servidores públicos de la contribución ubicados en el nivel central y las administraciones especiales.

(...)

Los jefes de dichas divisiones de las direcciones regionales harán el reparto y asignación de las investigaciones que se deban adelantar por el procedimiento verbal en los funcionarios que las conforman para que instruyan y fallen.

Parágrafo. En todo caso los jefes de las dependencias de investigaciones disciplinarias del nivel central y regional de la DIAN, podrán asumir la competencia para adelantar y fallar en primera instancia los procesos verbales cuando lo consideren.

Artículo 2º. Competencia para instruir y fallar los procesos ordinarios. La competencia para instruir los procesos administrativos disciplinarios que deban adelantarse por procedimiento ordinario contra servidores de la contribución ubicados en el nivel central y administraciones especiales corresponde a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias a través de sus Divisiones de Instrucción y Anticorrupción. Para el caso de los servidores de la contribución ubicados en el nivel regional le compete a las divisiones de investigaciones disciplinarias de la regional respectiva.

(...)

Artículo 3º. La segunda instancia tanto en los procesos ordinarios como en los verbales será competencia del Director General de la DIAN.

En atención a lo anterior, para el momento en que se adelantó la investigación en contra del señor Flórez Aguirre, el ejercicio de la función disciplinaria en la DIAN le correspondía a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias que tenía competencia en el nivel central, y a las Divisiones de Investigaciones Disciplinarias de las Direcciones Regionales para los demás servidores de la entidad a nivel regional.

De conformidad con el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario, para la época de la ocurrencia de los hechos, esto es, segundo semestre del año 2005 y primer semestre del año 2006, el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre se encontraba vinculado laboralmente en el Grupo Interno de Trabajo Coactivo de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira⁴¹, razón por la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 734 de 2002, el funcionario competente para adelantar la investigación disciplinaria, en atención al factor territorial, era el del lugar donde se realizó la conducta, esto es, en Pereira, resultando competente para adelantar la investigación del actor, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, como en efecto se realizó.

Ahora, si bien este fue reubicado al Despacho de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, esto se llevó a cabo el 1.º de marzo de 2007, es decir, cuando ya se había iniciado, por la dependencia correspondiente, la investigación en su contra, se encontraba en etapa de indagación preliminar y se estaban practicando las pruebas.

⁴¹ Folios 689 a 693 del Tomo No. 5.

Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que dicho procedimiento estuvo amparado bajo el principio de la legalidad, en la medida en que, conforme al principio de la doble instancia⁴², el director general de la DIAN, es decir, el nominador del actor, en segunda instancia, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se configuró una falta de competencia en la promulgación de los actos administrativos acusados, pues, de conformidad con las normas dispuestas en la Ley 734 de 2002, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente tenía la competencia para adelantar la investigación disciplinaria, en primera instancia, en contra del actor.

3.2.2. De la actuación que dio lugar a la apertura de la indagación preliminar

En este sentido, el actor señala que la queja anónima no podía ser tenida en cuenta para iniciar indagación preliminar en su contra y, por lo tanto, no se debió adelantar investigación alguna.

De conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 734 de 2002, «La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de la Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992».

Al respecto, la doctrina sostiene que «una vez formulada la queja o iniciada la acción correspondiente, ella no es desistible, se adelanta en forma oficiosa, su carácter inquisitivo le impone al Estado, a través de sus distintas dependencias, impulsar la actuación, aclarar los hechos y concluir con una decisión, sea de archivo del proceso o de imposición de una sanción (...) En este último evento, aun cuando la ley dispone que los escritos anónimos no sirven de base para empezar una investigación disciplinaria, la autoriza cuando existan hechos y

⁴² De conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Constitución Política, a través del principio de la doble instancia se garantiza de manera plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y contradicción.

circunstancias que lleven a considerar que se trata de una irregularidad que procede a investigar, atendiendo la competencia oficiosa que tienen los organismos para darle curso. En todo caso. Cuando se trate de escritos anónimos que no reúnan esas condiciones y cuando ellos se refieran a asuntos de la vida privada de las personas que consignen hechos que sean difusos, irrelevantes disciplinariamente o que sean de difícil ocurrencia, lo mismo que cuando la queja tenga esas características, de plano se puede dictar una decisión, inhibiéndose de adelantar averiguación alguna»⁴³.

En cuanto a la etapa procesal denominada indagación preliminar, el Código Disciplinario Único señala que esta tiene por objeto establecer la procedencia de la investigación disciplinaria, verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria, o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, siendo el objetivo principal de dicha etapa, establecer la identidad de quien o quienes pueden estar involucrados en hechos irregulares.

En el *sub examine*, una vez se recibió la queja anónima de 28 de septiembre de 2006, a través de la cual denunciaban presuntas irregularidades por parte de funcionarios de la DIAN en trámites tributarios, los cuales al parecer solicitaban dinero a las sociedades contribuyentes a cambio de que no se les impusieran sanciones gravosas, el operador disciplinario decidió abrir indagación preliminar en contra de Carlos Alberto Flórez Aguirre y otros, y decretar las pruebas pertinentes con el fin de determinar lo propio en esta etapa, con el argumento de que de los hechos informados se derivaba la posible comisión de conductas definidas como presuntas faltas establecidas en las normas disciplinarias, siendo necesario dar total claridad y transparencia al servicio que prestan los funcionarios de la DIAN.

En tal sentido, debe resaltarse que el operador disciplinario con base en una queja anónima al no poder establecer la veracidad de los supuestos fácticos que le fueron puestos en su conocimiento, de manera oficiosa, como se lo permite la Ley, tenía la posibilidad de acudir a la etapa de indagación preliminar con el fin de verificar lo antes mencionado y con ello decidir las pruebas a decretar la

⁴³ Régimen Disciplinario. Fernando Brito Ruiz. Cuarta Edición. Páginas 9 y 133.

continuación o no con la investigación disciplinaria, como en efecto ocurrió en el asunto sometido a consideración, en tanto que en dicha actuación y en la posterior, esto es, auto de citación a audiencia pública y formulación de cargos, el juzgador disciplinario decretó una serie de pruebas que le permitieron emitir los fallos ahora cuestionados y considerar que el actor se encontraba inmerso en una falta de carácter disciplinario.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por el demandante, la DIAN no vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que la sanción impuesta no se basó solamente en la queja referida sino en material probatorio integral a través del cual se acreditaron los elementos típicos de la falta disciplinaria, como se verá más adelante.

3.2.3. Del desconocimiento de los términos procesales previstos en la Ley 734 de 2002 para adelantar la investigación disciplinaria

El señor Flórez Aguirre señala que el juzgador disciplinario sobrepasó los términos previstos en la Ley 734 de 2002 para adelantar la investigación disciplinaria, vulnerándosele con ello el derecho al debido proceso.

El artículo 29 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones. De esa manera, además, del derecho a acceder a una respuesta judicial y/o administrativa, las personas son titulares del derecho fundamental autónomo a que esa solución se produzca en un plazo adecuado.

La razonabilidad de ese plazo se encuentra establecida, en primer lugar, por el Legislador, mediante la definición de los términos procesales. Por tal razón, la Constitución Política ordena acatarlos de manera estricta. De otra forma, la oportunidad para solucionar una controversia quedaría al arbitrio de cada funcionario, afectando el derecho al recurso judicial efectivo y cada uno de los derechos que se pretendan proteger en el proceso y el derecho a la igualdad de todas las personas que acuden a la Administración de Justicia, en procura de una solución a sus controversias.

Sin embargo, no toda tardanza o incumplimiento de un término constituye una violación al derecho al debido proceso, en la medida en que como claramente lo prescribe la norma referida, sólo la tardanza injustificada acarrea su desconocimiento. En ese orden de ideas, si bien la regla general es que la administración y los jueces cumplan los términos rigurosamente, pueden configurarse excepciones a ese deber, siempre que se encuentre suficiente motivación constitucional para ello.

Respecto al incumplimiento de los términos procesales, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente⁴⁴:

De lo expuesto se infiere que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez. Esto es así en cuanto, frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese término hubo lugar o no a actuación investigativa y si ésta resultó relevante en el curso del proceso. Es decir, el sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación.

Ahora bien, en cuanto a los términos presuntamente incumplidos por la Procuraduría General de la Nación, la Ley 734 de 2002 en su artículo 156 hace referencia a la investigación disciplinaria, de la siguiente manera:

Artículo 156. Término de la investigación disciplinaria. El término de la investigación disciplinaria será de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura.

En los procesos que se adelanten por las faltas descritas en el artículo 48, numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de este código, la investigación disciplinaria no se podrá exceder de doce meses. Este término podrá aumentarse hasta en una tercera parte, cuando en la misma actuación se investiguen varias

⁴⁴ Sentencia de la Corte Constitucional SU-901-05, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

faltas o a dos o más inculpados.

Vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reunieren los requisitos legales para ello o el archivo de las diligencias. Con todo si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular cargos, se archivará definitivamente la actuación.

En el *sub examine* debe tenerse en cuenta que dentro del proceso disciplinario adelantado en contra del señor Oscar Javier Gutiérrez Riveros se surtieron las siguientes actuaciones que culminaron con los fallos ahora cuestionados, que permiten inferir que al disciplinado se le garantizaron sus derechos al debido proceso y defensa:

- El 28 de septiembre de 2006, se presentó una queja anónima ante la División de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN de Pereira, bajo los siguientes argumentos: «La presente es para poner en conocimiento de ustedes que los funcionarios Carlos Alberto Flórez y Carlos Alberto Bañol solicitaron a la empresa Industrias Zenner S.A. (...) la cantidad de \$120.000.000 a cambio de no expedir requerimiento especial con valores supremamente altos por el año gravable de 2004.»⁴⁵.
- Mediante Auto No. 17 de 28 de noviembre de 2006, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente dio apertura de indagación preliminar en contra de Carlos Alberto Flórez Aguirre y otros⁴⁶.
- Dicha actuación le fue notificada al disciplinado, por correo electrónico, el 29 de noviembre de 2006⁴⁷.
- Por Auto No. 05 de 30 de enero de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente decretó las pruebas que consideró pertinentes⁴⁸.
- Mediante Auto No. 02 de 28 de mayo de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la DIAN resolvió variar el procedimiento a través del cual se estaba tramitando la investigación disciplinaria, de ordinario a verbal⁴⁹.

⁴⁵ Folio 2 del Tomo No. 1.

⁴⁶ Folios 3 a 5 del Tomo No. 1.

⁴⁷ Folio 7 del Tomo No. 1.

⁴⁸ Folio 24 del Tomo No. 1.

⁴⁹ Folios 449 y 450 del Tomo No. 4.

- Dicha decisión le fue notificada al actor, por correo electrónico, el 29 de mayo de 2007⁵⁰.
- Por Auto No. 002 de 6 de julio de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente citó a audiencia pública al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre y otros y le formuló pliego de cargos⁵¹. Decisión que le fue notificada personalmente al disciplinado el 24 de julio de 2007⁵².
- Mediante Auto No. 001 de 16 de julio de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la DIAN aclaró el acto antes mencionado, señalando que las normas aplicables eran las contenidas en la Ley 734 de 2002, artículos 175 y siguientes⁵³.
- El 26 de julio de 2007, el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre, en audiencia pública, rindió sus descargos⁵⁴.
- Mediante fallo de 30 de julio de 2007, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la DIAN, en primera instancia, declaró responsable al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre, en su condición de técnico en Ingresos Públicos III Nivel 27 Grado 16, sancionándolo con destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 10 años⁵⁵. Decisión que fue notificada en estrados.
- Contra dicha decisión el actor interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 09320 de 9 de agosto de 2007, proferida por el director general de la DIAN, que confirmó la decisión inicial⁵⁶.

En consideración a lo anterior, puede observarse que la investigación fue tramitada respetando las garantías legales y constitucionales del investigado, garantizándose el adelantamiento de cada una de las etapas correspondientes en una investigación disciplinaria.

⁵⁰ Folio 452 del Tomo No. 4.

⁵¹ Folios 480 a 529 del Tomo No. 4.

⁵² Folio 609 del Tomo No. 4.

⁵³ Folios 542 y 543 del Tomo No. 4.

⁵⁴ Folios 612 a 646 del Tomo No. 5.

⁵⁵ Folios 39 a 72 del cuaderno principal.

⁵⁶ Folios 74 a 134 del cuaderno principal.

Es de resaltar que si bien la etapa a la que hace referencia el actor superó los términos establecidos en la normativa aplicable, no se vulneró derecho alguno al señor Flórez Aguirre en la medida en que se ordenó la práctica de pruebas con el fin de esclarecer los hechos, y ésta le fue notificada en debida forma, es decir, siempre tuvo conocimiento del proceso que se le estaba adelantando, teniendo la posibilidad de interponer los recursos a que hubiere lugar, o solicitar la información correspondiente.

Por su parte, el Consejo de Estado en la Sentencia de 18 de agosto de 2011, expediente No. 0532-08, magistrado ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en un asunto similar al ahora planteado, sostuvo:

Siguiendo la línea argumentativa expuesta con anterioridad; sobre el término de la investigación disciplinaria esta Corporación ha sostenido que el solo vencimiento del plazo no implica la pérdida de competencia de la Procuraduría para actuar y tampoco se encuentra prevista como causal de nulidad del proceso disciplinario. Así, en un caso similar a éste, la Sala concluyó que si bien el término de la investigación disciplinaria excedió al previsto en la Ley, ello “no constituye una violación al debido proceso por dilación injustificada en el trámite de la investigación”. Ese mismo razonamiento quedó consignado en la sentencia de 19 de mayo de 2011, en el cual esta Subsección consideró que si bien “el Investigador Disciplinario, efectivamente, excedió el término de seis (6) meses consagrado en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002” esa circunstancia objetiva, per se, no limita el ejercicio de su potestad disciplinaria, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que incidieron en el incumplimiento del término procesal.

En ese orden de ideas, pese a que, se reitera, se sobrepasó el término para adelantar la investigación disciplinaria, debe resaltarse que esta sirvió de base para verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si era constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes; las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió el perjuicio causado a la administración pública con la falta; y la responsabilidad disciplinaria del investigado, razón por la cual considera la Sala que el cargo no está llamado a prosperar.

3.2.4. De la omisión de los requisitos al proferir el auto de formulación de cargos

Manifiesta el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre que en el pliego de cargos que le fue formulado no se señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aunado al hecho de que se le imputaron dos cargos por una sola conducta.

En atención a lo dispuesto en la norma aplicable, procede formular cargos cuando surtida la etapa de indagación e investigación, se encuentran objetivamente demostrados los hechos que pueden constituir faltas disciplinarias, las cuales debe estar tipificadas en disposiciones legales; así como porque aparecen elementos que muestran la posible responsabilidad que le puede ser endilgada al funcionario.

Ahora, en el auto de formulación de cargos deben establecerse los siguientes elementos: «La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó; Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta; La identificación del autor o autores de la falta; La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta; El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados; La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código; La forma de culpabilidad; y El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales»⁵⁷.

En el *sub examine*, contrario a lo afirmado por la parte actora, la formulación de cargos proferida el 6 de julio de 2007, por la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, se realizó con base en los requisitos consagrados en la norma, esto es: i) se determinó que la falta endilgada era la dispuesta como gravísima en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al incurrir en el delito de concusión⁵⁸; ii) se describió y determinó la conducta

⁵⁷ Artículo 163 de la Ley 734 de 2002.

⁵⁸ «Dichas normas que llevan implícito el cumplimiento de los deberes por parte de los funcionarios públicos, fueron presuntamente violadas por el aludido funcionario, por cuanto al solicitar dinero en forma ilegal al representante legal y al subgerente de la sociedad Industrias Zenner, se aprovechó de su investidura como funcionario público de la DIAN para aparentemente defraudar al Estado y obtener provecho económico para beneficiar sus intereses particulares, anteponiendo los intereses del Estado y de la comunidad, conducta inmoral que atenta contra los principios de moralidad y transparencia, poniendo en riesgo además de la buena imagen constitucional y de servicio de la entidad hacía la comunidad» folio 526 del Tomo No. 4..

investigada, endilgándole un único cargo⁵⁹; iii) se estableció que la falta endilgada era de las consagradas taxativamente como gravísima; y iv) se expusieron los motivos por los cuales se consideró la comisión de aquella, así como la forma de culpabilidad⁶⁰.

En tal sentido, no se encuentra vulneración del derecho al debido proceso, en tanto que, el auto de formulación de cargos se emitió con base en los requisitos establecidos en la normativa aplicable.

3.2.5. De la aplicación del procedimiento verbal en materia disciplinaria

Respecto al procedimiento ordinario y verbal en materia disciplinaria, la doctrina ha manifestado lo siguiente⁶¹:

Sobre el procedimiento ordinario en materia disciplinaria, cabe decir, en primer lugar, que las normas de la Ley 734 de 2002 no indican de manera concreta en qué casos procede. Esto es, si ante faltas gravísimas, graves o leves. De esa manera, contrario a lo que afirman algunos, no es categórica la indicación de que procede en todos los eventos, ello para ponerlo en relación con el proceso verbal.

Se puede aseverar que en materia disciplinaria existen dos clases de procesos, el ordinario y el verbal, y que el ordinario parece estar previsto para todos los eventos, mientras el verbal solo para algunos de ellos. Miradas las cosas desde otra perspectiva, hay un listado de casos en donde, conforme al artículo 175 de la referida Ley 734, corresponde adelantar proceso verbal.

(...)

Puede reiterarse que no hay dificultad para decidir en qué momento se dispone adelantar el proceso verbal, en tanto no se presenta duda respecto de la calificación de las faltas por las cuales se puede seguir esa clase de procesos, pues ello es clara. Así, no hay incertidumbre en cuanto tiene que

⁵⁹ De los hechos y pruebas recaudadas se observa que la presunta conducta irregular por el funcionario de la DIAN, Carlos Alberto Flórez Aguirre (...) en el desarrollo de sus funciones, infiere la realización de una conducta aparentemente ilegal que comprometa su responsabilidad (...) se le imputa el siguiente cargo: solicitar dinero a los señores Diego Cifuentes García (...) y al señor José Miguel Tabares Gómez (...) subgerente de la sociedad Industrias Zenner S.A. (...) a cambio de no expedir requerimiento especial por valores altos por los años gravables 2004 y 2003». Folios 524 y 525 del Tomo No. 4.

⁶⁰ «Por las características del hecho investigado, se trata de una conducta por acción, al haber el disciplinado probablemente solicitado dinero al representante legal y al gerente de la sociedad, imputándose la comisión del hecho a título de culpabilidad dolosa, toda vez que la conducta exteriorizada por el implicado reúne los requisitos de conocimiento y voluntad; el implicado fue consciente de su actuar, así se observa de los antecedentes de la conducta, preparó su acción, solicitó el dinero, acordó un sitio diferente a su puesto de trabajo para solicitar el dinero objeto del ilícito, estructurándose los volitivos y cognoscitivos, presupuestos de la culpabilidad dolosa (...)» folio 527 del Tomo No. 4.

⁶¹ Régimen disciplinario, 4ª Edición. Autor: Fernando Brito Ruíz. Páginas: 125 y 209.

ver con faltas leves; siempre que se esté ante una de esa naturaleza, cabe surtir proceso verbal. La dificultad surge por razón de la distinción que debe hacerse respecto de las faltas, para decir cuáles son leves. Porque la ley no las clasifica sino que deja en manos del instructor tal valoración, dependiendo de varios factores.

La Ley 734 de 2002 en el artículo 175, en relación con la aplicación del procedimiento verbal, dispone:

El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta Ley.

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia. (...) (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional al hacer el estudio de exequibilidad de la mencionada norma, señaló:

De otro lado y, en estrecha relación con lo anterior, que el procedimiento disciplinario desarrollado por la Ley 734 de 2002 trae una novedad, en el sentido de imbricar los dos procedimientos disciplinarios –el ordinario y el verbal– de manera que cuando se presentan ciertas exigencias, se puede prescindir de determinadas etapas del proceso ordinario con el fin de citar a audiencia y de esta manera asegurar la vigencia de los principios de celeridad y economía procesal. Ello, no sólo concuerda con la finalidad propia del procedimiento disciplinario de asegurar un trámite ágil, eficiente, transparente sino que exige la aplicación de todas las garantías del debido proceso, por manera que no puede afirmarse que se presenta un cambio de reglas procesales en el camino, toda vez que desde un inicio se sabe –pues así lo tiene previsto el inciso tercero del artículo 175 de la Ley 734 de 2002–, que de presentarse ciertas condiciones, entonces “en cualquier caso” y “cualquiera que sea el sujeto disciplinado” puede citarse a audiencia. (...)

Como puede constatarse en este último evento, el inciso tercero permite la aplicación del procedimiento verbal en el proceso ordinario por mandato expreso de la ley, cuando se cumplen unas exigencias específicas. Así las cosas, cualquier funcionario público eventual sujeto de acción disciplinaria sabrá por adelantado que si con las pruebas que acompañan la queja o si en desarrollo del proceso ordinario durante la indagación preliminar la autoridad disciplinaria encuentra que se llenan las exigencias sustanciales para proferir pliego de cargos, entonces se podrá citar a audiencia. Desde el comienzo es

claro para el funcionario encartado que, de existir prueba fehaciente de la configuración de la falta, podrá aplicarse el procedimiento verbal; en modo alguno se le sume en la incertidumbre jurídica-procesal, pues de antemano – inciso tercero del artículo 175 citado– sabe que ante la existencia de mérito en los elementos de prueba sobre la configuración de la falta y su eventual responsabilidad, el trámite a seguir es el procedimiento verbal. Así, el virtual disciplinado cuenta con tal factor de predictibilidad, sin que pueda alegar que se ha desconocido el derecho al debido proceso administrativo, pues ello no sobreviene de manera repentina ni arbitraria⁶².

En tal sentido, la Ley 734 de 2002 creó el procedimiento verbal con el fin de lograr mayor celeridad en los procesos disciplinarios e impedir que la sanción pierda su pertinencia y efectos reparadores⁶³.

Este procedimiento está descrito en los artículos 177 a 180 *ibidem* y se inicia con la citación a audiencia al posible responsable para que rinda su versión sobre los hechos objeto de investigación, y aporte y solicite pruebas. Una vez concluidas las intervenciones se emite la decisión correspondiente, de manera verbal, y se entenderá notificada en estrados, oportunidad en la cual es viable la interposición del recurso de apelación, que podrá ser sustentado verbalmente o por escrito dentro del término legal establecido.

Como se mencionó, el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 definió los eventos en los cuales es viable adelantar la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal, así: i) cuando el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta; ii) cuando exista confesión; iii) cuando la falta sea leve; iv) cuando se trate de alguna de las faltas descritas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 del artículo 48; y v) **en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si**

⁶² C-242 de 2010.

⁶³ En la sentencia C-1076 de 2002 se citan apartes de los antecedentes legislativos de la norma de la siguiente forma «En la época actual, en que la celeridad es elemento esencial de la eficacia, es preciso que los órganos de control cuenten con herramientas legales ágiles y dinámicas que permitan dar respuestas oportunas, cuando todavía la sociedad resiente la conducta irregular del funcionario o el daño acusado, y no cinco años después cuando la sanción ha perdido tanto la pertinencia como sus efectos reparadores. Este es el criterio que orienta e inspira el procedimiento disciplinario previsto en el último libro del proyecto. Por esta razón, se creó un procedimiento verbal simplificado a la realización de una audiencia dentro de los dos días siguientes a la verificación de la situación de flagrancia o al conocimiento del hecho; es aplicable por el jefe inmediato cuando la falta sea leve o cuando el servidor público sea sorprendido en flagrancia o confiese la autoría de una falta grave o gravísima.» (Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.).

al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia⁶⁴.

En tal sentido, la finalidad del inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 es permitir a la autoridad disciplinaria aplicar un procedimiento más ágil y rápido cuando se disponga del material probatorio suficiente para otorgar un grado amplio de certeza de la existencia de la falta disciplinaria. Así, como lo indicó la Corte Constitucional, es imprescindible que para que opere el procedimiento verbal en situaciones diferentes planteadas en los incisos 1.º y 2.º del artículo en mención, estén dadas las exigencias probatorias para que se pueda citar a audiencia, esto es, que esté objetivamente demostrada la falta; y, que exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado.

En el *sub examine*, se observa que la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, mediante Auto de 28 de noviembre de 2006, en atención a lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002⁶⁵, dio apertura de indagación preliminar en contra del actor y otros, etapa en la cual se decretaron las pruebas que se consideraron pertinentes para esclarecer los hechos.

Ahora bien, una vez se recolectó el material probatorio, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, mediante Auto de 28 de mayo de 2007, decidió llevar a cabo la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal y, a través de Auto de 6 de julio de 2007, citar a audiencia pública al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre y formular pliego de cargos al disciplinado, procedimiento que estuvo enmarcado dentro de la legalidad, en la medida en que este se llevó a cabo por considerar que las pruebas recaudadas en la etapa de la indagación preliminar eran suficientes para determinar la responsabilidad del disciplinado, siendo este el requisito para que la investigación disciplinaria sea llevada a través del procedimiento verbal.

⁶⁴ Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2010.

⁶⁵ «Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. (...)Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y *podrá oír en exposición libre al disciplinado* para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados».

En conclusión, al evidenciarse que la determinación del procedimiento a seguir tiene fundamento legal y probatorio, se advierte que la apreciación efectuada por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, por lo que debe despacharse desfavorablemente el cargo formulado.

3.2.6. Del derecho de defensa

Frente a este cargo, sostiene la parte actora que se le trasgredió su derecho de defensa, en la medida en que no se le permitió rendir su versión libre.

El Código Único Disciplinario dispone que podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, entre otros.

Como derechos del investigado, el artículo 92 ibidem, prevé los siguientes: «1. Acceder a la investigación; 2. Designar defensor; 3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia; 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica; 5. Rendir descargos; 6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello; 7. Obtener copias de la actuación; y 8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia».

Ahora bien, respecto al derecho de defensa en materia disciplinaria, el artículo 17 de la Ley 734 de 2002, consagra que «durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará un defensor de oficio, que podrá ser estudiante del consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente».

En tal sentido, la doctrina ha manifestado que es incuestionable que un principio esencial que debe observarse dentro del proceso disciplinario tiene que ver con el derecho de defensa. Este derecho es muy amplio, comprende una serie de principios y garantías y debe entenderse siempre como una prerrogativa para el

funcionario investigado de que será enterado oportunamente de la actuación que se sigue en su contra, para que pueda rebatir los hechos irregulares que se le endilgan, pedir y aportar las pruebas que quiere hacer valer en su salvaguardia e intervenir en todas las actuaciones que se surtan, para oponerse a lo que se le atribuye. Este derecho va acompañado de la posibilidad que tiene de estar asistido por un abogado, de que se le notifiquen todas las decisiones que se tomen y de interponer los recursos que operen contra las medidas que profiera el funcionario instructor. Conlleva además el derecho que tiene a examinar el expediente, a conocer oportunamente las pruebas que van a hacerse obrar en su contra y a controvertir las que se alleguen al proceso»⁶⁶.

Respecto a la versión libre, esta ha sostenido, que «durante la averiguación se puede recibir la versión de los funcionarios que aparezcan implicados, por lo que en el mismo auto que la ordena se debe dejar consignado su decreto y práctica»⁶⁷.

En el asunto sometido a consideración, se observa que mediante Auto de 28 de noviembre de 2006, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente al dar apertura a la indagación preliminar en contra del señor Carlos Alfonso Flórez Aguirre, ordenó: «en garantía del derecho de defensa escuchar en versión libre y espontánea a los funcionarios Carlos Alberto Flórez (...) con el propósito de que se exponga sobre los hechos materia de indagación»⁶⁸; y se notificó dicha decisión, el 29 de noviembre de 2006⁶⁹, frente a lo cual el actor guardó silencio.

Posteriormente, una vez la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente decidió tramitar la investigación por el procedimiento verbal, a través de Auto de 6 de julio de 2007, lo citó a audiencia pública y le formuló pliego de cargos, señalando lo siguiente: «(...) dada la presencia de los elementos contenidos en el artículo 162 de la ley 734 de 2002, y de conformidad con el artículo 177 de la Ley 734 de 2002 procede el despacho a citar a audiencia al funcionario Carlos Alberto Flórez Aguirre (...) para que dentro del término improrrogable de dos días rinda versión verbal o escrita sobre las circunstancias

⁶⁶ Régimen disciplinario. Fernando Brito Ruíz. Cuarta edición. Página 59.

⁶⁷ *Ibíd.* Página 143.

⁶⁸ Folios 3 a 5 del Tomo No. 1.

⁶⁹ Folio 7 del Tomo No. 1.

de su comisión, advirtiéndole que en el curso de la audiencia podrá aportar y solicitar pruebas, las cuales serán practicadas en la misma diligencia (...)»⁷⁰. Decisión que le fue notificada al ahora demandante, el 24 de julio de 2007⁷¹.

En ese orden de ideas, contrario a lo sostenido por el señor Flórez Aguirre, la DIAN no le vulneró su derecho al debido proceso y defensa, en tanto que le brindó la oportunidad de rendir su versión libre en dos oportunidades, como resultó acreditado, y frente a ello, el actor decidió guardar silencio. No obstante, cabe resaltar que dentro de la investigación disciplinaria, el señor Carlos Alberto ejerció su derecho de contradicción, toda vez que asistió a las diligencias de declaración que fueron realizadas, presentó sus descargos dentro de la oportunidad legal, e interpuso el recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar.

3.3. De la violación del principio de presunción de inocencia.

El artículo 9 de la Ley 734 de 2002 dispone sobre el principio de presunción de inocencia, que «toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla».

Por su parte, la Corte Constitucional se pronunció en torno a la constitucionalidad de ese principio y sobre el particular manifestó que tal previsión tiene justificación en que «si los hechos que constituyen una infracción administrativa no están debidamente probados en el expediente, o no conducen a un grado de certeza que permita concluir que el investigado es responsable, mal podría declararse culpable a quien no se le ha podido demostrar la autoría o participación en la conducta antijurídica».

La presunción de inocencia es un principio esencial en materia disciplinaria, teniendo en cuenta que su aplicación permite que el funcionario instructor no se sesgue en el desarrollo del debate disciplinario, adoptando una actitud contraria a los intereses del investigado.

⁷⁰ Folio 524 del Tomo No. 4.

⁷¹ Folio 609 del Tomo No. 4.

Así, el desconocimiento de esta presunción puede afectar el curso de todo el proceso y puede acarrear, entonces, que se nieguen o rechacen pruebas que ayuden a esclarecer la ocurrencia de los hechos, influyendo además en la valoración que se realice y en la decisión que, finalmente, se profiera.

3.3.1. De la autonomía del régimen disciplinario

La demandante señaló que no era dable que hubiera sido sancionado disciplinariamente cuando, por los mismos hechos, en materia penal, no fue sancionado.

En tal sentido, la única prueba que obra dentro del expediente, respecto a la investigación penal adelantada en contra del actor, es el Oficio No. 1031 de 9 de julio de 2007, emitido por el asistente de Fiscal II de la Fiscalía General de la Nación, en que se menciona: «Con el debido respeto, me permito dar respuesta a su oficio informándole que en efecto, en esta Agencia Fiscal se encuentra radicada carpeta (...) por el presunto del delito de concusión, en la que aparece como indiciado el servidor de la DIAN Pereira, abogado Carlos Alberto Flórez Aguirre; y como denunciante de oficio la misma institución a la que éste pertenece. La carpeta fue asignada por reparto el 24 de mayo de 2007 y la misma se encuentra a la fecha en estado de indagación con indiciado conocido»⁷².

Ahora bien, contrario a lo expuesto por la parte actora en relación a que la inexistencia de responsabilidad penal debe llevar al fallador disciplinario a emitir un fallo absolutorio, la Corte Constitucional en Sentencia C-427 de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, manifestó que existe plena autonomía del régimen disciplinario frente al proceso penal y al proceso fiscal. Al respecto, sostuvo:

Es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadran en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde las descripciones de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de faltas sancionables por la diversidad de los

⁷² Folio 700 del Tomo No. 5.

comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario.

Es de resaltar que tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado ha establecido que si bien los diferentes regímenes punitivos (penal, contravenciones, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política) comparten elementos comunes, cada uno de ellos tiene su peculiaridad, en especial, el penal y el disciplinario, dado que la misma conducta puede ser sancionada en estos ámbitos sin que haya violación al principio *non bis in idem*.

Por su parte, el Consejo de Estado en Sentencia de 26 de septiembre de 2012, expediente No. 0977-10, magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sostuvo respecto a la autonomía del régimen disciplinario, que:

La conclusión no puede ser otra diferente a la independencia del proceso disciplinario del penal, eso sí con la advertencia que comparten entre otros aspectos, los principios rectores de tipicidad y legalidad, integrando el debido proceso, dado que como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el principio de legalidad: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del legislador (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado.(...)"

Así, la ausencia de fallo condenatorio en materia penal no impide imponer sanción disciplinaria, siempre que en esta se configuren los presupuestos exigidos por la Ley para el efecto, como ocurrió en el asunto sometido a consideración, en que la autoridad disciplinaria concluyó que había certeza en la comisión de la falta disciplinaria y, por tanto, de la imposición de una sanción, motivo por el cual, independientemente de cuál sea el resultado en la investigación penal que se está adelantando en contra del actor, este cargo no está llamado a prosperar.

3.4. Falsa motivación

La doctrina ha definido la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos⁷³:

Después de señalar que el vicio en el contenido es un caso de violación de la Ley, agrega que esto puede ocurrir en los siguientes supuestos: a) porque el acto fue dictado contra un precepto de la Ley, o porque al dictarlo la administración consideraba como existente una norma que no existía o viceversa, consideraba como no existente una norma que, en realidad, existía, o porque en la interpretación de la norma jurídica se le da un contenido distinto del que realmente tenía; b) porque si bien la norma jurídica fue correctamente interpretada, se la aplica a un caso que no había contemplado; c) porque la aplicación de una norma jurídica se hace en forma de alcanzar consecuencias jurídicas contrarias a las que ésta quería, se trataría en este supuesto de una falsa aplicación de la Ley.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar falsa motivación, debe señalar que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión un hecho o hechos que en realidad no existieron, o en qué consiste su errada interpretación.

Respecto a este cargo sostiene el demandante que el juzgador disciplinario no apreció de manera integral el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario, con el cual era dable absolverlo de reproche en materia disciplinaria.

3.4.1. De la falta disciplinaria endilgada

Al momento de la formulación de los cargos al señor Carlos Alberto Flórez Aguirre, en su condición de técnico en Ingresos Públicos III Nivel 27 Grado 16, la División de de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente de la DIAN consideró que del material probatorio obrante dentro del expediente, era dable imputarle la falta gravísima contenida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que dispone:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

En relación a la redacción del tipo y su contenido, esta Corporación ha establecido, que «el derecho disciplinario colombiano acude a un sistema genérico de incriminación denominado *numerus apertus* en virtud del cual no se señalan

⁷³ Teoría degli Atti. Ranelletti. Página 330.

específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa –como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como «a sabiendas», «de mala fe», «con la intención de» etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición⁷⁴.»⁷⁵

La doctrina, por su parte, frente al tema ha indicado lo siguiente: «la adopción de un sistema de números abiertos o de incriminación genérica de faltas culposas, implica la afirmación de que en principio toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria tiene su par culposo. Sin embargo, como se anotó, ello es en principio, pues se excluirá la posibilidad de admitir la modalidad culposa de la falta disciplinaria cuando “por la configuración estructural” del tipo ello resulte imposible. En efecto, el uso de expresiones como “a sabiendas”, “con el fin”, “de mala fe”, “con el propósito”, y la utilización de ingredientes subjetivos del tipo excluyen de por sí la posibilidad de admitir faltas culposas, en la modalidad en que la estructura típica resulta incompatible con tal modalidad de imputación.»⁷⁶

Ahora bien, los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada al actor, son: 1) un verbo rector consistente en **realizar** objetivamente conducta descrita en la Ley como **delito**; 2) que este haya sido cometido a título de **dolo**; y 3) que la conducta sea con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

La conducta delictiva realizada por el demandante fue la consagrada en el artículo 404 del Código Penal, que dispone: «El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor público o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión (...)»

⁷⁴ Sentencia C-155 de 2002.

⁷⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A de 26 de octubre de 2017, radicación No. 11001032500020100029000, consejero ponente: William Hernández Gómez.

⁷⁶ Dogmática del derecho disciplinario. Gómez Pavajeau.

Así, el delito de concusión se configura cuando: i) el servidor público abusa de su cargo o sus funciones; ii) para constreñir o inducir a alguien; y iii) a dar o prometer algo, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, al mismo servidor público o a un tercero.

En atención a lo anterior, en primer lugar, debe advertirse que el sujeto activo debe ser un servidor público y el sujeto pasivo es la persona natural sobre la cual recae la conducta del agente.

En segundo lugar, en relación con la conducta típica, en el núcleo del delito existen dos verbos rectores, estos son, **constreñir e inducir**.

De acuerdo con el diccionario de la real academia de la lengua española, constreñir es «Obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo». Por su parte, la doctrina señala que dicho verbo en el delito de concusión «debe equipararse a amenazar, excluyendo en su comisión el uso de la violencia, pues de presentarse, estaríamos ante otro delito (por ejemplo, extorsión) (...) este obligar debe ser entendido, circunscrito al abuso del cargo del cual se vale, lo cual implica que el agente dentro del marco normativo se extralimite realizando comportamientos ilícitos (...) abusar del cargo es sinónimo de hacer un mal uso de la calidad funcional que le ha sido otorgada al sujeto activo funcionario o servidor público (...)»⁷⁷.

Ahora, inducir, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa «Mover a alguien a algo o darle motivo para ello. Provocar o causar algo».

Al respecto, la doctrina ha manifestado que inducir implica «persuadir o convencer a la víctima a fin de que dé y ofrezca el bien o beneficio patrimonial. Los medios de los que se puede valer el agente serán de una gama diversa (engaños, estrategias, apariencias de realidad), en relación con al objeto material del delito (...) es la forma omisiva de la concusión, pues también se configurará este delito si

⁷⁷ Reátegui, James (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. página 328.

el agente induce en error a la víctima, o no le hace dar cuenta del error en que ha caído, producto de engaños o incluso silencios. Así, se puede hablar de una doble dimensión de la inducción: como acto de convencer, y como acto de mantener en error»⁷⁸.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en cuanto al delito de concusión, que⁷⁹:

La conducta típica se encuentra integrada por tres verbos rectores en forma alternativa: constreñir, inducir o solicitar, a partir de los cuales, para la estructuración del comportamiento como hecho punible, se requiere (i) la presencia de un sujeto activo cualificado: servidor público; (ii) el abuso del cargo o de la función, (iii) la ejecución de por lo menos uno de ellos, y, (iv) la relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos.

En tal orden, el producto de la abusiva exigencia no fue introducido por el legislador como presupuesto de la configuración del delito de concusión, en cuanto basta con la concreción de la conducta a través de cualquiera de los verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar. Es decir, no admite el grado de tentativa, pues:

«[S]e consuma simplemente al ejecutarse cualquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que el dinero o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor. Lo anterior se desprende no solo del alcance y significado de los verbos rectores empleados por el legislador, sino del hecho de que la administración pública, bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, desmoronándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados». (CSJ SP 17459-2015. 16 dic. 2015. Radicado 46139).

(...)

Al respecto, resáltese que el abuso del cargo y de las funciones públicas, son categorías diversas cuya realización se presenta al margen de que la arbitrariedad se vea reflejada en una decisión ilegal. De tal forma que basta con que el sujeto activo aproveche indebidamente su vinculación al servicio público o desborde sus funciones, para atemorizar al particular con miras a alcanzar la utilidad indebida. Sobre el tema, tiene dicho esta Sala que:

El abuso del cargo inherente al delito de concusión exige que el agente “haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de que está investido”**[3]** para atemorizar al particular y conseguir sus propósitos, es decir, aprovecha indebidamente su vinculación legal o reglamentaria con la administración pública y sin guardar relación con sus funciones consigue intimidar al

⁷⁸ Rojas, Fidel (2016). Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos. Página 172.

⁷⁹ Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 2016, radicación No. 46794, magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

ciudadano a partir de su investidura oficial, a fin de obtener de este una prebenda no debida.

Por su parte, el abuso de las funciones públicas que también corresponde al delito de concusión, está determinado por el desvío de poder del servidor público, quien desborda sus facultades regladas, restringe indebidamente los límites de éstas o pervierte sus fines, esto es, la conducta abusiva tiene lugar con ocasión del ejercicio funcional o en relación con el mismo. (CSJ SP 10 nov. 2005. Radicado 22333) (Negrilla fuera de texto).

Para el efecto, el actor insiste que con el material probatorio obrante dentro del expediente no se acredita ninguno de los elementos del delito mencionado y que, en consecuencia, se incurre en una falsa motivación.

Ahora bien, teniendo en cuenta el reproche del demandante en relación con la carencia de pruebas, es preciso traer a colación el material probatorio analizado por los operadores disciplinarios al proferir las decisiones ahora cuestionadas.

1) Documentales:

- Queja formulada el 28 de septiembre de 2006, en la que se sostuvo: «La presente es para poner en conocimiento de ustedes que los funcionarios Carlos Alberto Flórez y Carlos Alberto Bañol solicitaron a la empresa Industrias Zenner S.A. (...) la cantidad de \$120.000.000 a cambio de no expedir requerimiento especial con valores supremamente altos por el año gravable de 2004.»⁸⁰.

- Oficio donde constan las funciones del actor en el cargo desempeñado para el momento de la ocurrencia de los hechos⁸¹.

2) Testimoniales:

- Declaración del señor Diego Cifuentes García, dentro de la cual adujo⁸²:

Preguntado. Sírvase decir si los funcionarios mencionados María Cecilia y Carlos Alberto Flórez le ofrecieron una solución diferente al pago de sanciones y del respectivo impuesto. Contestó. Sí. Preguntado. Diga por favor qué clase de solución le ofrecieron. Contestó. Fui citado con mi socio

⁸⁰ Folio 2 del Tomo No. 1.

⁸¹ Folios 698 y 699 del Tomo No. 5.

⁸² Folios 27 a 32 del Tomo No. 1.

José Miguel Tabares Gómez, no sé quién nos citó, él me dijo tenemos una reunión con Carlos Alberto Flórez, en la sala de comidas del Único en Dosquebradas, allí el señor **Carlos Alberto Flórez ofreció que si el pagábamos ciento veinte millones de pesos él podría hacer que ese requerimiento que él nos iba a enviar fuera más favorable en el cual nosotros únicamente tendríamos que renunciar a la devolución que estábamos solicitando y alguna otra cosita que no recuerdo (...)** el señor Carlos Alberto Flórez no se me olvida y lo tengo muy presente, me contestó sarcásticamente: Don Diego no sabía que estaba tratando con una persona e las características de la honradez caballeridad suya, si había sabido que para eso era esta reunión no hubiera venido más o menos esas eran sus palabras y él con sus apreciaciones las mías eran y siguen siendo muy firmes, **manifestó también el señor en determinado momento que él podía sacrificar parte de lo que estaba pidiendo creo que bajo el monto de su oferta a ochenta millones de pesos**, después de eso me pare y me retiré de dicha reunión. Preguntado. Con anterioridad a dicha reunión existieron otros acercamientos por parte del funcionario Carlos Alberto Flórez, con el fin de solicitar dineros a cambio de favorecerlos en dicha investigación tributaria. Contestó. Conmigo no, manifestaciones que me hizo mi socio Miguel Tabares, con el sí, telefónicamente o personalmente, no tengo muchos detalles. (...) Preguntado. **Tiene conocimiento di después de esa reunión el funcionario continuó la solicitud de dineros. Contestó. Si, por manifestaciones que me hacia mi socio Miguel Tabares Gómez.** (...) preguntado. Recuera el lapso que transcurrió entre el momento de la solicitud de dinero por parte del funcionario y las reuniones sostenidas con la administradora y la fecha en que se dieron estas. Contestó. Las reuniones en el Único fueron a mediados de diciembre del 2005, la primera cita con la doctora Luz Marina fueron entre los primeros diez días del mes de enero de 2006, crep que la segunda y tercera reunión fueron aproximadamente a finales de enero o principios de febrero de 2006.

- Declaración de la señora Gloria Amparo Valencia García, en la que expuso⁸³:

Preguntado. Sírvase decir que manifestaciones les hicieron los funcionarios en razón de los hallazgos efectuados en la empresa. Contestó. (...) yo estuve presente en la reunión de los socios el abogado Luis Fernando Garzón y el doctor Carlos Alberto Flórez, esta fue en la gerencia y antes de que llegaran el socio y el doctor Garzón **el doctor Carlos Alberto Flórez me manifestó que le daba pesar tener que extinguir la empresa si nosotros no nos acogíamos a los términos que no estaba colocando la DIAN en esa liquidación y ya en esa reunión no manifestó que era mejor que llegáramos a un buen acuerdo con la DIAN porque tenía experiencia de varios años de pleitos con la DIAN (...)**

- Declaración del señor José Miguel Tabares Gómez, en la que afirmó⁸⁴:

⁸³ Folios 59 a 63 del Tomo No. 1.

⁸⁴ Folios 64 a 72 del Tomo No. 1.

Preguntado. Sírvase decir si tiene conocimiento del motivo de la presente preguntado. Sírvase decir si usted se reunió con el funcionario Carlos Alberto Flórez para discutir los resultados de la visita en caso de ser así cuantas veces se reunió con él y a donde. Contestó. **Si me reuní con él, la primera fue en la empresa, en la cual nos leyó los cargos y estaban presentes el socio Diego Cifuentes, el contador César Arbeláez y la señora María Cecilia, posteriormente nos reunimos en el centro comercial Único, el señor Carlos Alberto Flórez y yo, eso fue como en noviembre a raíz que en la primera reunión y después de recibir la relación de cargos yo le manifesté que me parecía que esos cargos eran exagerados (...) él me contestó que si nos podían colaborar pero que eso valía una plata, que lo iba a pensar y que él me avisaba cuanto era el monto, a raíz de esto fue que nos reunimos en el centro comercial, posteriormente nos reunimos con el socio Diego Cifuentes una semana después, a discutir sobre el monto que nos habían pedido, que era de ciento veinte millones de pesos, en dicha reunión le manifestamos nuevamente que nosotros no teníamos motivos turbios, en esa ocasión se le llamó torcidos (...) posteriormente el señor Flórez nos manifestó que él podía rebajar el monto en lo que a él le correspondía como una colaboración en cuarenta millones de pesos ósea que el pedido bajaba a ochenta millones de pesos, nosotros no aceptamos y dimos por terminada la reunión. Posteriormente en el mes de diciembre el señor Carlos Alberto Flórez me llamó un día sábado y me manifestó que quería hablar urgentemente conmigo a lo cual yo le manifesté que no podía porque iba para Armenia y él me manifestó que estaba en Armenia por lo cual nos podíamos reunir allá (...) allí el señor Flórez me volvió a insistir en el arreglo a lo cual yo siempre le manifesté que nosotros no teníamos ningún temor ya que no escondemos nada, a la semana siguiente él se presentó a la fábrica con el pliego y nos reunimos, con el socio Diego Cifuentes, el doctor Luis Fernando Garzón y yo, eso fue como a mediados de diciembre más o menos el 20 o 22 de diciembre y nos leyó punto a punto todos los cargos sobre la declaración del 2004, terminado de leernos nos manifestó que deberíamos hacer un arreglo con la DIAN el cual trataba que nosotros renunciáramos a la solicitud de devolución que los cargos no estoy seguro si era que desaparecían con solamente renunciar a la devolución y que teníamos plazo de avisarle hasta las doce de la noche ya que al otro día tenía plazo para entregar el requerimiento (...)** Preguntado. Diga por favor que tema trataron en esta primera reunión. Contestó. **Se trató el tema de la sanción a que nos estábamos exponiendo la cual era muy alta y que esto no podía llevar al fracaso en cierta forma me presionó en una forma en la cual yo me sentía muy angustiado, posteriormente me dijo que para evitarnos esas sanciones nos podía colaborar pagando un monto de ciento veinte millones yo le manifesté que la persona que podía tomar alguna determinación era mi socio Diego Cifuentes ya que él es el representante legal a lo cual acordamos realizar una segunda reunión en la cual estuviera presente (...)** posteriormente el señor Flórez le manifestó a mi socio en una forma yo diría burlona sobre que él era una persona muy correcta y que si él hubiera sabido que él era tan correcto no habría ido a la reunión a lo cual el señor Flórez manifestó que él, quería ayudarnos y que por lo tanto el cedía la parte que le correspondía y que eran

cuarenta millones o sea que el pedido quedaba en ochenta millones ya que él no podía rebajar la parte de los compañeros (...).

- Declaración del señor Luis Fernando Garzón Ramos, dentro de la cual señaló⁸⁵:

(...) mi citación obedece al chantaje que fueron sometidos los socios de la empresa Industrias Zenner S.A., fui citado en una oportunidad por el ingeniero Diego Cifuentes a una reunión para informarme de que unos funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN le estaban adelantando una visita de impuestos y que le estaban pidiendo \$120.000.000 para archivarle el proceso inmediatamente le pregunté que si la empresa tenía doble contabilidad, o evadía impuestos de una u otra manera, me manifestó que no (...) días más adelante empezaron la visita y con ella empieza el chantaje a los socios de la empresa, el señor Carlos Alberto Flórez en compañía de la funcionaria María Cecilia Arias, citó al señor Miguel Tabares y al contador de la empresa para informales el cómo iba la visita y con papel en mano y calculadora fueron contando las cosas que supuestamente fueron encontrando e iban haciéndole una liquidación, de las multas y sanciones a las que se iban a hacer acreedores, por supuesto cada una de las cifras era aterradora a partir de ahí empezaron una serie de reuniones en las cuales empezaron a hablar de que los iban a ayudar pero que eso iba a costar un dinero (...) e hizo el pedido de los ciento veinte millones de pesos para ayudarles a salir del problema (...).

- Declaración de la señora Luz Marina Ortega Márquez, en la que enunció⁸⁶:

Preguntado. Sírvase decir si con posterioridad a ese encuentro usted se reunió nuevamente con los mencionados señores. Contestó. Con los dos no, posteriormente no recuerdo en qué fecha me entrevisté con el señor Diego Cifuentes, él vino a mi oficina y me contó que por el expediente de industrias Zenner les habían pedido un dinero, se trataba de ciento veinte millones, me dijo que Carlos Flórez, se había entrevistado con don Miguel, en la ciudad de Armenia i se reunió en otra oportunidad con el funcionario Carlos Alberto Flórez, con posterioridad a la reunión inicial en industrias Zenner (...) como dije antes, procedí de inmediato a informar dichos hechos al director del CTI, doctor Manuel Arias, quien se desplazó hasta el despacho de la DIAN acompañado de la doctora Isabel Cristina España asignada al asunto, tuve paciencia estuve atenta a la resolución de esta etapa del proceso del requerimiento especial, pero como no obtenía ninguna respuesta del CTI, decidió hacer lo que siempre tenemos que hacer los administradores o directivos cuando nos enteramos de un hecho tan delicado como este fue ubicar en una División diferente al señor Carlos Alberto Flórez (...).

⁸⁵ Folios 187 a 193 del Tomo No. 2.

⁸⁶ Folios 208 a 211 del Tomo No. 2.

Así las cosas, de la prueba documental y testimonial obrante dentro del expediente disciplinario se determinó **que**:

1) El señor Carlos Alberto Flórez Aguirre era empleado público de la DIAN; para el momento de la ocurrencia de los hechos se estaba desempeñando como técnico en Ingresos Públicos III Nivel 27 Grado 16, ubicado en la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Perera, y Gestión y Control; y fue comisionado para la inspección tributaria realizada a Industrias Zenner S.A.

2) El requerimiento especial No. 000056 de 15 de diciembre de 2005⁸⁷, de la Renta del 2004, fue proyectado por el señor Flórez Aguirre, en el cual se señaló⁸⁸:

Concepto	Liquidación privada	Valor presupuesto
Total impuesto a cargo	154.050.000	1.118.523.000
Autoretenciones	427.678.000	427.678.000
Otras retenciones	0	0
Total retenciones año gravable	427.678.000	427.678.000
Menos: saldo a favor año anterior son solicitud de devolución o compensación	0	0
Menos: anticipo por el año gravable 2004	0	0
Anticipo sobretasa año 2004	6.965.000	6.965.000
Anticipo renta y complementarios 2005	0	5.873.000
Más: sanciones	0	1.543.101.000
Total saldo a pagar	0	223.285.000
Total saldo a favor	280.558.000	

3) Según las declaraciones efectuadas bajo la gravedad del juramento por el gerente de la empresa, el socio mayoritario, el abogado, y algunos funcionarios de esta, con anterioridad a que se efectuara el documento antes referido, el señor Flórez Aguirre les solicitó, en reiteradas oportunidades, la suma de \$120.000.000 y \$80.000.000, a cambio de no expedir un requerimiento con valores altos por los años gravables 2004 y 2003.

⁸⁷ Folios 78 a 82 del Tomo No. 1.

⁸⁸ Folio 41 del cuaderno principal.

4) En atención a que ellos no aceptaron la solicitud del actor, este emitió un requerimiento especial con valores desproporcionados. Lo anterior, teniendo en cuenta que con posterioridad a ello, mediante Oficio No. 274 de 15 de mayo de 2007, la jefe de la División Jurídica de la DIAN, firmó la liquidación oficial de revisión del expediente tributario de la empresa, en la que se dispuso⁸⁹:

Concepto	Liquidación privada	Valor presupuesto
Total impuesto a cargo	154.085.000	576.174.000
Autoretenciones	427.678.000	427.678.000
Otras retenciones	0	0
Total retenciones año gravable	427.678.000	427.678.000
Menos: saldo a favor año anterior son solicitud de devolución o compensación	0	0
Menos: anticipo por el año gravable 2004	0	0
Anticipo sobretasa año 2004	6.965.000	6.965.000
Anticipo renta y complementarios 2005	0	0
Más: sanciones	0	675.358.000
Total saldo a pagar	0	816.889.000
Total saldo a favor	280.558.000	

En sustento de lo anterior, se logró demostrar, conforme lo manifestaron los operadores disciplinarios, que el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre desempeñándose como funcionario de la DIAN y teniendo a su cargo el expediente tributario de Industrias Zenner S.A., se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, al solicitarle, en reiteradas oportunidades, a sus socios, una suma de dinero a cambio de que el requerimiento especial por el impuesto de renta de los años 2004-2005 no fuera demasiado alto, sin que el actor haya podido desvirtuar dentro de la investigación disciplinaria y la presente acción, que la versión de los declarantes resultaba amañada y fuera de la realidad.

Así las cosas, con base en lo anterior se acreditaron los elementos típicos de la falta disciplinaria que le fue endilgada, por lo siguiente: i) el sujeto activo fue el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre, quien era empleado público de la DIAN: ii) el

⁸⁹ Folios 411 a 442 del Tomo No. 3.

sujeto pasivo, el gerente, socios y abogado de la empresa Industrias Zenner S.A.; y iii) el constreñimiento efectuado por el primero, por cuanto el señor Flórez Aguirre le solicitó a los antes mencionados una suma de dinero que no le debían suministrar en el marco de sus funciones y los amenazó de que al no entregársela el requerimiento especial tendría unos valores sumamente altos; elementos estos que, como se mencionó, hacen que se configure el delito de concusión.

Lo anterior, permite considerar que la DIAN sí tenía los elementos de juicio suficientes para endilgar responsabilidad al actor, que las pruebas fueron valoradas en el marco de las reglas de la sana crítica y que la interpretación que de ellas hizo el juzgador disciplinario, llevaron a la conclusión de que la falta disciplinaria sí se cometió y el actor fue responsable de ella.

En ese orden de ideas, debe mencionarse que en el proceso disciplinario opera la libertad probatoria, y la valoración dentro de la sana crítica de los elementos que se aporten con miras a la determinación final, lo que implica que los sujetos procesales tienen la posibilidad de presentar disentimientos contra el acervo completo, pero que igualmente al operador disciplinario le corresponde la evaluación dentro de su margen de discrecionalidad para valorar la prueba en sí misma y la crítica a ella, razón por la cual el cargo referido en la demanda no debe prosperar, dado que los operadores disciplinarios en el asunto sometido a consideración tuvieron en cuenta todo el material probatorio obrante y llegaron a la conclusión de que era dable proferir una sanción disciplinaria, sin que se observe una duda al respecto o una vulneración del derecho al debido proceso.

Es importante advertir que al revisar la actuación disciplinaria no se vislumbra sesgo en el decreto y práctica de las pruebas; por el contrario, se hizo evidente que el único objetivo del investigador disciplinario consistía en encontrar la verdad real de los hechos y para ello hizo uso de todos los medios que estimó pertinentes y conducentes para su esclarecimiento. Ahora bien, una vez realizó la valoración integral de las pruebas, concluyó que el actor no logró desvirtuar el cargo que le fue endilgado. Así bajo tales circunstancias, no se demuestra que los actos acusados hayan carecido de pruebas suficientes para comprobarlos, sino, por el contrario, las recaudadas fueron valoradas dentro del marco de autonomía y sana crítica del operador disciplinario y permitieron su demostración.

3.5. De la falta de motivación

En cuanto a la motivación del acto administrativo, la doctrina sostiene que «todo acto administrativo tiene una causa o motivo. La motivación es la expresión de esos motivos en la declaración. Se explica este concepto como que la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo; la expresión de los antecedentes del hecho y de derecho que preceden y justifican la expedición del acto; la relación de los hechos que dan lugar al acto y los fundamentos de derecho en que éste se apoya; es la constancia de que el motivo existe; equivale a los considerandos.»⁹⁰.

Así mismo, afirma que «algunos actos se sustraen del requisito de la motivación. Cuando los motivos estén previstos en la disposición que se aplica, o en informe o dictamen anterior; cuando se limiten a aprobar otros que ya han dado cuenta de esos motivos; y por la misma razón se puede omitir tal formalidad de los actos generales y abstractos, como los decretos reglamentarios»⁹¹.

Por su parte, los artículos 35 y 59 del CCA⁹², exigen que todas las decisiones de las actuaciones administrativas, iniciadas por la causa que fuese o en el interés que fuese, **deben motivarse al menos en forma sumaria si afecta a particulares.**

En materia jurisprudencial, este concepto fue producto de una evolución en la que, en principio, esta Corporación consideró que no era necesario que la administración motivara los actos administrativos, criterio que ha variado hoy en día, como se verá a continuación: «El Consejo de Estado, mediante sentencia de 1947 y 1948 sostuvo que la motivación era obligatoria por regla general, salvo casos excepcionales, uno de los cuales era el de los actos discrecionales en que se confiaba el buen servicio del funcionario. En sentencia de abril 30 de 1976 el Consejo en aplicación del Código de Procedimiento Civil, según el llamado que hacía el artículo 282 del C.C.A., concluyó que la motivación es obligatoria en los actos administrativos, excepto cuando sean de mero trámite. Pero en 1977, por

⁹⁰ El acto administrativo. Juan Carlos Cassagne. 1974. Página 212.

⁹¹ Motivos de Anulación de los Actos Administrativos. Rodrigo Noguera Calderón. 1970. Página 49.

⁹² Decreto 01 de 1984.

sentencia de agosto 30, se invirtió el principio: la administración por regla general no tiene por qué expresar los motivos que le sirven de apoyo, ya que el deber de motivar es la excepción, lo cual ocurre por disposición legal o cuando por el principio de legalidad se imponga la motivación permitiéndole al juez controlar la legalidad del acto; enumera cuáles actos requieren motivación. Esta posición fue reiterada en sentencia de 4 de julio de 1984. De lo anterior puede concluirse que el acto administrativo por regla general no debe estar motivado, pero las excepciones son numerosas, lo cual ha llevado a que los actos motivados sean más frecuentes que los no motivados. Conviene dejar en claro que la no obligación de motivar el acto no significa que éste pueda carecer de motivos; debe tenerlos y estos motivos deben ser legítimos. Otra cosa es que no haya necesidad de expresarlos»⁹³.

Actualmente, en cuanto a la falta o ausencia de motivación de un acto administrativo, esta Corporación ha manifestado⁹⁴:

La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo⁷. En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción.
(...)

⁹³ Causales de Anulación de los Actos Administrativos. Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez. Páginas 129 y 130.

⁹⁴ Sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de 26 de julio de 2017, radicado No. 22326. Consejero ponente: Milton Chaves García.

Ahora bien, debe precisarse que una cosa es la falsa motivación y otra la falta de motivación: la primera, es un evento sustancial, que atañe a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo, y la segunda, es un aspecto procedimental, formal, ya que corresponde a la omisión en hacer expresos o manifiestos en el acto administrativo los motivos del mismo. La falsa motivación plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad; también plantea un juicio lógico de correspondencia entre la realidad constatada y la consecuencia jurídica que se pretende desprender de ella, cuando la primera resulta demostrada. De otro lado, la falta de motivación le significa un problema de valoración directa del cuerpo o contenido del acto sobre si se expresan o indican razones para su expedición, y si lo dicho es suficiente como para tenerse como motivación⁹⁵.

Frente a este cargo, el actor señala que los actos administrativos ahora cuestionados no expusieron de manera clara los motivos por los cuales resultó sancionado disciplinariamente.

Al analizar el caso concreto, se puede establecer que el operador disciplinario, en el fallo de primera instancia, señaló los supuestos fácticos, los elementos probatorios que dieron origen a la investigación, los deberes desconocidos como funcionario público, las normas vulneradas, la falta gravísima en la que se había incurrido y la conducta que se consideró reprochable disciplinariamente. Por su parte, en la Resolución No. 09320 de 9 de agosto de 2007, la entidad demandada se refirió a cada uno de los argumentos expuestos por el disciplinado en el recurso de apelación.

En consideración a lo anterior, es dable concluir que no le asiste razón al señor Flórez Aguirre, en la medida en que los actos administrativos ahora cuestionados fueron debidamente motivados, como se demostró en todo el desarrollo de esta decisión, aunado al hecho de que en la investigación disciplinaria se le brindó al actor el derecho al debido proceso, toda vez que se le dio a conocer la conducta investigada, la falta cometida y los elementos probatorios que fueron analizados para emitir la sanción disciplinaria.

4. Conclusión

⁹⁵ Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, de 3 de diciembre de 2018, radicación No. 11001-03-24-000-2013-00328-00. Consejero ponente. Oswaldo Giraldo López.

Con base en los anteriores planteamientos se concluye que el demandante no logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, por lo que, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLARAR probadas las excepciones de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de los perjuicios invocados, propuestas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

DENEGAR las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Carlos Alberto Flórez Aguirre en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y ejecutoriada, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Ausente con excusa

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GMSM