



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente: 11001-03-25-000-2010-00123-00 (0942-2010)
Demandante: **Juan Carlos Hernández Neira**
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
Tema: Sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad; incremento patrimonial no justificado
Actuación: Sentencia (única instancia)

Agotado el trámite procesal de instancia y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala se ocupa de dictar sentencia de mérito dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 163 a 210). El señor Juan Carlos Hernández Neira, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), demanda a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para que se acojan las pretensiones que en apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad i) de la Resolución 2771 de 25 de marzo de 2008, proferida por la jefe de la oficina de investigaciones disciplinarias de la DIAN, a través de la cual sancionó disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general por 4 años y lo excluyó de la carrera administrativa; ii) de la Resolución 5693 de 27 de junio de 2008, expedida por el director general de la misma entidad, con la que confirmó la sanción impuesta; y iii) de la Resolución 6598 de 23 de julio del mismo año, mediante la cual el director de la entidad ejecutó la referida sanción.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la DIAN a que lo reintegre al cargo, en el mismo grado y ubicación que tenía en la carrera administrativa, o en otro de mejor categoría, sin solución de continuidad; que le pague los sueldos, primas legales y extralegales, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que se hizo efectiva la



sanción, esto es, desde el 17 de julio de 2008¹ y hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia; que le reintegre los pagos que por aportes de seguridad social asumió desde el retiro de la entidad; el pago de los perjuicios morales y el daño a la vida de relación que sufrió junto con su familia por la decisión adoptada; que cancele la anotación de los antecedentes disciplinarios hecha con ocasión de la sanción; y que dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 a 178 del CCA.

1.3 Hechos. Hizo un relato de las actuaciones y decisiones que se llevaron a cabo en la actuación disciplinaria; que se vinculó a la entidad en el cargo de profesional de ingresos públicos II, grado 31, nivel 22, y al momento de su destitución desempeñaba funciones en la administración local de impuestos nacionales de personas naturales (f. 164).

Que el 3 de junio de 2004, la división anticorrupción de la oficina de investigaciones disciplinarias de la DIAN decidió ordenar la apertura de una indagación preliminar en su contra, por un presunto incremento patrimonial no justificado entre el 1 de junio de 1999 y el 31 de mayo de 2004.

Cuenta que el 7 de julio de 2004 la entidad ordenó la apertura de la investigación disciplinaria y el 29 de enero de 2007 le formuló pliego de cargos por «*presunto Incremento Patrimonial Injustificado entre el 1 de junio de 1999 al 31 de mayo de 2004, dado que del total de consignaciones realizadas en las cuentas bancarias a su nombre, se refleja una suma superior a los recursos posibles de ser consignados en una cuantía de **CIEN MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$100.921.758)***», que correspondían a \$10.227.185 por el año 1999; \$31.470.664 por el año 2000; \$19.620.531 por el 2001; \$30.186.378 por 2002; \$6.009.000 por 2003 y \$3.408.000 por 2004.

Narra que dentro del escrito de descargos que presentó a la DIAN aseguró que las sumas atribuidas como ausentes de justificación correspondían a recursos obtenidos por fuentes lícitas, como el producto de la venta de un bus de su propiedad, ingresos por arriendos y «*desembolsos de créditos realizados por personas naturales como entes financieros “crediexpress”*»; que en dicho escrito solicitó la nulidad procesal, pero le fue negada en proveídos de 1 y 28 de marzo de 2007; que además pidió la práctica de algunas pruebas que fueron concedidas el 22 de marzo, excepto la que solicitaba que le fuera entregado el estudio económico y financiero elaborado por la profesional de la contaduría pública con

¹ Folio 206



el argumento de que era parte integral del pliego de cargos y por tanto carecía de utilidad².

Aduce que el 9 de noviembre de 2004, se dio traslado para alegar de conclusión; el 25 de marzo de 2008 el jefe de la oficina de investigaciones disciplinarias de la entidad profirió la decisión de primera instancia en la que indicó que de los \$100.921.758 endilgados como pendientes de explicación, el investigado logró justificar \$54.025.253, por lo tanto, subsistía la imputación por \$46.896.505.

Concluye que el acto de segunda instancia proferido por el director general del ente confirmó la sanción y fue notificado por edicto desfijado el 17 de julio de 2008; el 23 de los mismos mes y año, el mismo funcionario hizo efectiva la sanción disciplinaria.

1.3.1 Síntesis del hecho generador de la investigación disciplinaria. Con fundamento en la queja anónima 5412002801 por presunto incremento patrimonial no justificado contra varios funcionarios de la DIAN, el demandante, como uno de ellos, fue investigado y sancionado disciplinariamente en 2008 con destitución, retiro de la carrera administrativa e inhabilidad general por 4 años, por incremento patrimonial injustificado de \$46.896.505 entre 1999 y 2004.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto (ff. 178 a 208). La parte demandante considera que los actos acusados son violatorios de los artículos 6, 29 y 90 de la Constitución Política; 32 del Decreto 2649 de 1993; 25 y 48 de la Ley 200 de 1995; 9, 30, 142 y 156 de la Ley 734 de 2002; 228 del Código de Procedimiento Civil; 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

En procura de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, además de lo expresado en los hechos de la demanda, asegura que se le violó el *debido proceso* y que la entidad incurrió en *falsa motivación* de los actos acusados. Lo fundamenta en lo siguiente:

1.4.1 Violación injustificada de términos procesales. Sostiene que la investigación disciplinaria se adelantó bajo la Ley 734 de 2002, durante la cual se desconoció el artículo 156³, en razón a que desde que venció la prórroga (17 de

² A través de decisiones de 11 y 16 de abril de 2007 se resolvieron los recursos interpuestos contra la negativa de acceder a dicha prueba.

³ «Artículo 156. Término de la investigación disciplinaria. «Modificado por el art. 52, Ley 1474 de 2011». 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 faltas o a dos o más inculpados».



abril de 2006) hasta cuando se profirió el pliego de cargos (29 de enero de 2007), trascurrieron 9 meses y 12 días de retraso, y el término máximo para formularlos venció en la primera fecha; así que existió «*dilación injustificada de términos procesales*» que atentó contra la dignidad humana del actor al mantenerlo *sub judice* en forma indefinida, hecho contrario a lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 2002; que según el artículo 228 de la Constitución Política, los términos legales son de obligatorio cumplimiento. Por este motivo, considera que debe ser indemnizado económica y moralmente, de acuerdo con el artículo 90 superior.

1.4.2 Falsa motivación. Considera que la hay porque el investigador se limitó a sostener que el actor incumplió sus deberes de servidor público al incrementar en forma injustificada su patrimonio, pero no explicó en detalle cuáles fueron las situaciones que analizó dentro del recurso de apelación y los medios de prueba que determinaron la responsabilidad, ni las razones por las cuales no aceptó la justificación que presentó el actor, si lo que sancionó fue precisamente la *ausencia de justificación*. Que al ente investigador no le pareció creíble que el investigado tuviera «*otra fuente de recursos que le daba solvencia suficiente para manejar dicho efectivo, discriminado en varias operaciones de consignación, que se realizaban con una finalidad específica y/o recursos de sus familiares a títulos (sic) de préstamo*» (f. 185), argumento que catalogó como carente de justificación.

Asegura que el fallador de segunda instancia dejó de analizar la falta de pruebas para decidir, con la tesis de que ya había sido objeto de pronunciamiento y por ello solo se limitó a confirmar la resolución impugnada.

1.4.3 Prescripción de la acción disciplinaria. Asegura el demandante que dicha figura operó en este caso, en razón a que las diferencias del incremento patrimonial hallado entre 1999 y 2003 deben ser continuas en el tiempo y entre uno y otro movimiento bancario investigado existieron interrupciones pues el último acto inculcado de 2002 aconteció en diciembre, mientras que el subsiguiente fue en febrero de 2003, es decir, hubo un mes de interrupción, lo que hace que se desnaturalice el carácter continuado de la conducta y por ello se configura la prescripción, en virtud de que el término quinquenal vencía en diciembre de 2007.

Añade que la administración omitió aplicar los principios universales de la contabilidad y las disposiciones establecidas en el Decreto 2649 de 1993, en



cuanto a la elaboración de estados financieros de comparación patrimonial que permitieran, a la luz de las disposiciones contables, determinar el aumento o crecimiento del patrimonio del investigado, pues lo que en últimas se establece como un aumento en el activo corriente de cuentas en bancos es el saldo final de cada período, bien sea mensual o anual para la fecha del corte respectivo. Considera que si hubiera realizado un estado básico para el inicio de la investigación y su comparativo con los años posteriores, el incremento establecido podría tener suficiente justificación con los ingresos conocidos dentro del expediente (f. 193).

1.4.4 Violación del artículo 142 del CDU por falta de pruebas. Estima desproporcionado que se haya proferido la decisión sancionatoria con fundamento en unas consignaciones bancarias que bajo ningún parámetro constituyen por sí mismas patrimonio, sino que son un elemento integrante del activo que no puede llevar a determinar incremento patrimonial del investigado (f. 193).

Asevera que no existe dentro del proceso prueba que soporte el cargo imputado, pues los cuadros que figuran dentro de los actos demandados, al no tener la connotación de estados financieros, no pueden estructurarse como demostraciones de tal incremento y mucho menos ausente de justificación, ya que son meras transacciones financieras no constitutivas de un elemento del patrimonio (f. 194).

Aduce que conforme al Decreto 2694 de 1993⁴, norma que el acusador no quiso aplicar, la DIAN tenía que fundamentar los cargos y no lo hizo, y algunas de las justificaciones que entregó el actor, por ejemplo que para el año 2004 las sumas citadas fueron producto de la venta de un automotor, no las aceptó sin explicación alguna, y en cambio, otras sí lo fueron a pesar de ser las mismas a lo largo de todo el procedimiento (f. 199); por lo anterior, solicita que se aplique el principio de *in dubio pro disciplinado*, pues, ante la duda probatoria, se le debió favorecer.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 336 a 350). La DIAN solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda. Afirma que conforme a la legislación vigente, las pruebas se aprecian en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que no es otra que la aplicación de la lógica, la experiencia y los

⁴ «ARTICULO 2o. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto debe ser aplicado por todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad.

Su aplicación es necesaria también para quienes sin estar obligados a llevar contabilidad, pretendan hacerla valer como prueba».



principios generales del derecho, cuyo fin es obtener certidumbre sobre la cuestión fáctica analizada, tal como se dio en el caso en estudio.

Se refirió a cada uno de los argumentos expuestos en la demanda, para asegurar que no tienen vocación de prosperar, ya que: a) la pretermisión de términos no se dio, por cuanto todas las etapas del procedimiento se surtieron en debida forma y el investigado tuvo y ejerció sus derechos de defensa y contradicción en cada una de las oportunidades establecidas en la ley; aduce que, en todo caso, la jurisprudencia ha precisado que la inobservancia de los términos no constituye una irregularidad de carácter sustancial que vulnere el debido proceso; b) la prescripción de la acción disciplinaria tampoco se dio, ya que la investigación sobre el posible incremento patrimonial no justificado se estudió como un todo, como una sola conducta referida al período comprendido entre el 1 de junio de 1999 y el 31 de mayo de 2004 y no por separado como lo alega el demandante; c) la carga de la prueba correspondía a las partes, a la administración demostrar el incremento patrimonial y al actor justificarlo. Aduce que la entidad está autorizada por el ordenamiento legal para pedir al disciplinado que explique y justifique la existencia de algunas consignaciones elevadas, no solo por las connotaciones disciplinarias que ello pudiera conllevar, sino también por las obligaciones que como funcionario público tiene con el Estado; y d) no era posible dar aplicación al principio del *in dubio pro disciplinado*, puesto que solo procede cuando no hay certeza sobre los elementos constitutivos de la falta disciplinaria y este no era el caso, toda vez que después de realizar un cotejo de los ingresos debidamente probados y susceptibles de ser consignados frente a las consignaciones y/o depósitos que figuraban en las cuentas del investigado, se determinó que incurrió en la falta disciplinaria descrita en el artículo 25 (numeral 4) de la Ley 200 de 1995, esto es, el incremento injustificado del patrimonio.

Sobre la falta de aplicación del Decreto 2649 de 1993 y los principios universales de la contabilidad, expresa que las investigaciones disciplinarias de la DIAN a sus funcionarios no se hacen sobre estados financieros de *propósito general*,⁵ como lo aduce el actor, sino sobre estados financieros de *propósito especial*⁶;

⁵ «**ARTICULO 21. ESTADOS FINANCIEROS DE PROPOSITO GENERAL.** Son estados financieros de propósito general aquellos que se preparan al cierre de un período para ser conocidos por usuarios indeterminados, con el ánimo principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Se deben caracterizar por su concisión, claridad, neutralidad y fácil consulta. Son estados financieros de propósito general, los estados financieros básicos y los estados financieros consolidados».

⁶ «**ARTICULO 24. ESTADOS FINANCIEROS DE PROPOSITO ESPECIAL.** Son estados financieros de propósito especial aquellos que se preparan para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. Se caracterizan por tener una circulación o uso limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones.

Entre otros, son estados financieros de propósito especial: el balance inicial, los estados financieros de períodos intermedios, los estados de costos, el estado de inventario, los estados financieros extraordinarios,



esto por cuanto los investigados generalmente son personas naturales que no llevaban contabilidad ni datos precisos y necesarios para realizar un análisis de flujo de efectivo o cambios en la situación patrimonial o financiera que se indaga.

Explica que este tipo de investigaciones [las de las personas que no manejan una contabilidad previa que permita un análisis y unos soportes que la respalden] se llevan mediante dos estudios: uno llamado *recursos y usos* que consiste en requerir del disciplinado las pruebas de los ingresos percibidos lo mismo que de los gastos o inversiones durante el mismo período con el fin de establecer sus gastos y estilo de vida, es decir, su capacidad económica, y otro llamado *bancario y financiero*, que busca conocer la procedencia de los dineros depositados en las cuentas bancarias del funcionario, su procedencia y la justificación. Aclara que es por esto que no se puede dar aplicación al artículo 21 que pretende el demandante, puesto que, reitera, no existen registros permanentes y fijos de los movimientos de los funcionarios. Agrega que si el demandante quería hacer valer como prueba su contabilidad (en aplicación del Decreto 2649 en cita), debió aportarla en la etapa correspondiente y con sus respectivos soportes.

1.6 Período probatorio. Mediante auto de 6 de septiembre de 2011 (f. 352), se ordenó tener como pruebas las practicadas y controvertidas por las partes con la demanda y su contestación⁷.

1.7 Alegatos de conclusión. Con proveído de 5 diciembre de 2011 (f. 355), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y recibir concepto del Ministerio Público.

1.7.1 Parte demandante (ff. 356 a 364). El apoderado del actor presentó escrito en el que reitera que era al Estado al que le correspondía reconstruir el patrimonio del investigado para demostrar las imputaciones y, sin embargo, no lo hizo. Resalta que la contadora designada dentro del procedimiento disciplinario conceptuó que se debían realizar estados financieros comparativos y tampoco se efectuaron. Por lo demás, reiteró los argumentos de la demanda.

1.7.2 Parte demandada (ff. 365 a 376). La DIAN, en sus alegatos, insiste en la legalidad de los actos acusados; considera que al amparo de la jurisprudencia, la doctrina y los elementos probatorios traídos al plenario, los argumentos de la

los estados de liquidación, los estados financieros que se presentan a las Autoridades con sujeción a las reglas de clasificación y con el detalle determinado por éstas y los estados financieros preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados».

⁷ Esto por cuanto mediante proveídos de 9 de diciembre de 2010 y 11 de mayo de 2011, este despacho declaró la nulidad de lo actuado ante el juzgado 22 administrativo de Bogotá por falta de competencia (ff. 321 y 324).



demanda quedaron desvirtuados, pues quedó plenamente demostrada la conducta endilgada al actor. Describió la manera como se llevó a cabo la actuación disciplinaria y que dentro ella se garantizaron los derechos de defensa y contradicción al accionante.

Destaca que los *servidores de la contribución* deben observar en sus relaciones económicas y financieras un comportamiento transparente en el manejo de sus actividades y negocios, tanto públicos como privados, y cuando el Estado se lo exija, están en la obligación de dar explicación sobre la procedencia de sus recursos, pues quien está al servicio del Estado ha sido investido de la confianza necesaria para trasladarle parte de las funciones que a este le corresponde desarrollar con el propósito de que contribuya a la obtención de los fines y objetivos que le han sido encomendados a la entidad, dentro del marco de la gestión pública. Es por ello que aceptar libremente el ejercicio de un empleo público implica también la aceptación de las cargas y responsabilidades que se deriven de su ejercicio, lo cual conlleva la posibilidad de que el Estado exija al servidor público información sobre el monto y manejo de sus bienes y este tiene la obligación de explicar satisfactoriamente su procedencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Competencia. Conforme a la preceptiva de los numerales 1 y 13 del artículo 128 del CCA y lo dispuesto por la sección segunda del Consejo de Estado en autos de 4 de agosto de 2010⁸ y 18 de mayo de 2011⁹, este último complementario del primero, esta Colegiatura es competente para conocer en única instancia de las controversias como la presente, en las que se impugnan sanciones disciplinarias administrativas que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio o suspensiones en el ejercicio del cargo, con o sin cuantía, siempre y cuando se trate de decisiones proferidas por autoridades nacionales.

2.2 Actos acusados.

2.2.1 Resolución 2771 de 25 de marzo de 2008, proferida por la jefe de la oficina de investigaciones disciplinarias de la DIAN, a través de la cual sancionó disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general de 4 años, y lo excluyó de la carrera administrativa (ff. 4 a 40).

⁸ Sala plena de lo contencioso administrativo, sección segunda, auto de 4 de agosto de 2010, radicación 2010-00163-00 (1203-10), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁹ Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, auto de 18 de mayo de 2011, radicación 2010-00020-00 (0145-10), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



2.2.2 Resolución 5693 de 27 de junio de 2008, expedida por el director general de la entidad, con la que confirmó la sanción impuesta (ff. 76 a 123).

2.2.3 Resolución 6598 de 23 de julio de 2008, mediante la cual el mencionado director ejecutó la sanción (f. 126).

2.3 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si los actos acusados fueron expedidos con infracción de las normas citadas en la demanda y con violación del debido proceso y falsa motivación, de conformidad con lo indicado en los hechos y en los cargos planteados en los antecedentes de esta providencia.

2.4 Pruebas relevantes. Se hará referencia a las pruebas que guardan relación con el problema jurídico derivado de las causales de nulidad invocadas en la demanda, así:

1. Mediante Resolución 2771 de 25 de marzo de 2008 la DIAN sancionó disciplinariamente al demandante, como empleado de la entidad, con destitución e inhabilidad general de 4 años y lo excluyó de la carrera administrativa (ff. 4 a 40), por incremento patrimonial no justificado. Explicó que como la falta investigada abarcó los años 1999 a 2004, es decir, bajo el imperio de las Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, en reconocimiento del principio de favorabilidad, le aplicó «...la ley 200 en el aspecto sustancial y la ley 734 de 2002 en el procedimental...» (f. 1657 Cdno ppal).
2. Con Resolución 5693 de 27 de junio de 2008, el director general de la entidad confirmó la sanción impuesta (ff. 76 a 123), y a través de la 6598 de 23 de julio de 2008 la ejecutó (f. 126).
3. Según consta en el extracto de la historia laboral del demandante, ingresó a la DIAN el 9 de octubre de 1992 y el último cargo que desempeñó fue en el grupo interno de trabajo operativo de la división de fiscalización aduanera de la administración especial de aduanas de Bogotá, como profesional en ingresos públicos II, nivel 31, grado 22 (ff. 128 a 131).
4. Dictamen pericial (ff. 432 a 453), decretado y practicado a solicitud del demandante, presentado a esta Corporación el 18 de noviembre de 2013 por la auxiliar de la justicia (contadora pública).
5. Mediante **auto para mejor proveer** y antes de dictar la sentencia, el Despacho ordenó que se oficiara a la DIAN con el fin de que aportara los antecedentes



administrativos de los actos acusados y la entidad los remitió a través del oficio de 19 de noviembre de 2011 (f-. 384), con el que anexó 12 cuadernos.

6. En el precitado auto también se dispuso enviar al actor al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá para que le practicara *examen psiquiátrico forense*, que había sido decretado dentro del proceso (ff. 243 y 289); ese organismo así lo hizo y aportó el resultado al expediente el 4 de octubre de 2013 (ff. 414 a 421), en el cual expuso las siguientes conclusiones: «1. El examinado JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NEIRA presentó después de los hechos materia de investigación una reacción de ajuste, es decir, en términos forenses no presenta, ni presentó daño psíquico secundario a los hechos investigados. 2. La determinación de sufrimiento moral producto de este hecho [la destitución e inhabilidad] no es competencia del perito psiquiatra, el daño moral lo determina el juez. 3. Las (sic) interrogantes enviadas por la autoridad se responden en el aparte ANALISIS de este informe pericial.» (f. 421).

2.5 Debido proceso en el procedimiento disciplinario. Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002 establecen la garantía del debido proceso, que comprende un conjunto de principios materiales y formales de obligatorio acatamiento por parte de los operadores disciplinarios, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse; presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo contencioso-administrativo en demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso.

La Corte Constitucional¹⁰ al respecto ha sostenido: «Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: “(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.».

¹⁰ Sentencia T-051 de 2016.



2.6 Caso concreto relativo a los problemas jurídicos derivados de las causales de nulidad invocadas en la demanda. La Sala negará las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

2.6.1 Exceder el término legal durante el procedimiento disciplinario no invalida la actuación si no se afectó el debido proceso ni el derecho de defensa del investigado. Reiteración de jurisprudencia. En el caso concreto, aduce el demandante que la investigación disciplinaria se adelantó bajo la Ley 734 de 2002, durante la cual se desconoció el artículo 156¹¹, en razón a que desde que venció la prórroga (17 de abril de 2006) hasta cuando se profirió el pliego de cargos (29 de enero de 2007), transcurrieron 9 meses y 12 días de retraso, y el término máximo para formularlos venció en la primera fecha.

Sobre el particular, esta Sala¹², en aplicación de la Ley 200 de 1995, ha señalado que «[...] *el vencimiento de los plazos no implica la pérdida de competencia para actuar en cuanto que, como ya tuvo oportunidad de expresarlo la Sala*¹³, *las normas disciplinarias previstas en los artículos 55 y siguientes de la ley 200 de 1995 no estatuyen como consecuencia para el funcionario disciplinante la pérdida de la facultad para continuar conociendo el asunto y, tampoco se encuentra prevista como causal de nulidad del proceso disciplinario, el adelantamiento de actuaciones después de vencidos los plazos. [...]*».

¹¹ «**Artículo 156.** Término de la investigación disciplinaria. (*Versión inicial; no incluye la modificación hecha por el artículo 52, Ley 1474 de 2011.*) 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 faltas o a dos o más inculpados.»

¹² Sentencia de 8 de noviembre de 2007, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente 47001-23-31-000-2001-00955- 01(3834-04); ver también sentencia de 17 de agosto de 2017, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente 11001-03-25-000-2013-00591-00 (1152-2013).

¹³ En sentencia de 18 de octubre de 2007, expediente 760012331000200303595 01 (2250-2006) Actor: Nelly Caicedo Lourido. C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, precisó la Sala: “La Corte Constitucional mediante la sentencia C-720 de 2000, declaró la exequibilidad de la norma en mención (Art. 141 de la Ley 200 de 1995) y al respecto estableció que el legislador en ejercicio de su libertad configurativa está facultado para fijar las diferentes etapas y términos de los procesos disciplinarios. No obstante lo anterior, el vencimiento del plazo no implica como lo señala la parte recurrente la pérdida de competencia para actuar porque las normas disciplinarias que contemplan el factor de la competencia previstas en los artículos 55 y s.s. de la Ley 200 de 1995 no estatuyen como consecuencia para el funcionario disciplinante la pérdida del poder de continuar conociendo del asunto y tampoco se prevé como causal de nulidad del proceso disciplinario el adelantamiento de actuaciones después del plazo anterior a voces del artículo 131 y s.s. ibidem.

Además, como la misión de la autoridad disciplinaria durante el trámite de la indagación preliminar es establecer si se presentó una actuación constitutiva de falta disciplinaria y a quien podría imputársele la autoría de ese comportamiento, esa misma autoridad estaría abocada a ver comprometida su conducta disciplinaria con el desconocimiento de los términos para cumplir la función inherente a esta etapa”.



En vigencia y para la aplicación de la Ley 734 de 2002, la Sala también ha reiterado que el vencimiento del término señalado para las etapas del procedimiento disciplinario acarrea sanciones para el funcionario que tiene a cargo realizar las diligencias y por descuido deja superar el término, pero no es causal de la nulidad de los actos recurridos, si no se presenta violación al debido proceso, y tampoco implica la pérdida de competencia del funcionario que adelanta el procedimiento¹⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-901 de 2005, sobre los efectos del incumplimiento de términos en la actuación disciplinaria, explicó:

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, del 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.

De este modo, aparte de la eventual falta disciplinaria en que pueda incurrir el servidor que incumplió ese término, él se halla en el deber de tomar una decisión con base en la actuación cumplida hasta el momento en que el vencimiento de ese término operó. Si en tal momento existen dudas, éstas se tornen insalvables y surge la obligación de archivar la actuación; pero si tales dudas no existen, esto es, si aparecen cumplidos los objetivos pretendidos con la indagación preliminar, nada se opone a

¹⁴ Sentencia de 30 de julio de 2015, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 11001-03-25-000-2010-00142-00 (0609-12). Véase igualmente la sentencia de 18 de agosto de 2011, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 25000-23-25 000-2007-00753-01 (0532-08), entre otras.



que se abra investigación disciplinaria pues precisamente esta es una de las decisiones que se pueden tomar en tal momento. (...)

Claro, este proceder de la Procuraduría General de la Nación no es, ni mucho menos deseable. Todo lo contrario, se trata de un comportamiento que linda en la responsabilidad disciplinaria pues toda persona investigada tiene derecho a que las decisiones procedentes se tomen dentro de los plazos legalmente establecidos. No obstante, como tras el vencimiento del término de indagación preliminar no se cumplió ninguna actuación adicional como quiera que sólo hubo lugar a la apertura de investigación que se dispuso con base en la actuación oportunamente cumplida, no concurren razones para inferir una manifiesta irregularidad lesiva de derechos fundamentales que ha de conducir a la anulación del proceso y de las sanciones en él impuestas.

58. En suma, si bien en el proceso disciplinario adelantado contra el actor se desconoció el término legalmente fijado para la investigación preliminar, tal irregularidad no afectó ni el debido proceso ni el derecho de defensa y por ello no puede haber lugar al amparo constitucional de tales derechos y a la declaratoria de invalidez de lo actuado.

En el caso concreto, observa la Sala que con el fin de practicar 22 pruebas adicionales, la investigación disciplinaria, en efecto, fue prorrogada por 3 meses mediante acto de 17 de enero de 2006 (ff. 917 a 919, Cdnos 7), los cuales vencieron el 17 de abril siguiente y el pliego de cargos se formuló el 29 de enero de 2007 (ff. 1185 Cdnos 8 a 1218 Cdnos 9), es decir, más de 9 meses después de haber culminado la prórroga.

Por lo anterior, el demandante solicitó de la DIAN la nulidad de lo actuado, pues consideró que al omitirse el cumplimiento de los términos legales se le vulneró el debido proceso, petición que la entidad le negó mediante acto de 1º de marzo de 2007 (ff. 1287 a 1298 Cdnos 9), con el argumento de que la simple mora en este caso no conlleva la nulidad y además se sacrificarían valores superiores como la justicia, amén de que al actor le concedió todas las garantías procesales para que ejerciera los derechos de contradicción y defensa, tanto en la indagación preliminar como en la etapa de la investigación disciplinaria, durante la que lo escuchó en versión libre, tuvo la oportunidad de solicitar y aportar pruebas, pedir copias del expediente, etc.

Revisado el expediente administrativo, encuentra esta Corporación que más allá de haberse formulado pliego de cargos por fuera de los tres meses de prórroga de la investigación disciplinaria, no se observa en la actuación administrativa ninguna *irregularidad sustancial* que haya erosionado severamente los derechos de defensa, debido proceso y contradicción del actor y tampoco la expresó,



excepto la consideración que hace de que con la tardanza se le vulneró la dignidad humana al mantenerlo *sub judice* por ese lapso, pero es claro que el Estado no puede renunciar a su potestad disciplinaria por la violación formal de los términos procesales si la acción disciplinaria no estaba prescrita, como en este caso. El demandante no invocó ni una razón, ni aportó prueba alguna con la potencialidad de demostrar que la violación de los términos afectara gravemente sus derechos sustanciales.

La Corte Constitucional ha precisado como regla inicial¹⁵ que la simple trasgresión de las normas procesales no implica afectación del debido proceso. Estas irregularidades menores se refieren a la afectación de las formas propias de los juicios, pero dada su baja intensidad en la definición del conflicto, no quedan cobijadas por el inciso final del artículo 29 constitucional.

Por consiguiente, este cargo no está llamado a prosperar, por cuanto no se demostró.

2.6.2 La acción disciplinaria no prescribió; la actuación administrativa se resolvió dentro de los 5 años fijados en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

Asegura el demandante que dicha figura operó en el presente caso, puesto que las diferencias del incremento patrimonial hallado entre 1999 y 2003 no fueron continuas; entre uno y otro movimiento bancario del investigado existieron interrupciones, pues, el último acto inculcado de 2002 aconteció en diciembre, mientras que el subsiguiente lo fue en febrero de 2003, es decir, hubo un mes de interrupción, lo que desnaturaliza el carácter continuo de la conducta y por ello se configura la prescripción, por cuanto el término quinquenal venció en diciembre de 2007.

Al respecto expresa la Sala que la versión inicial del artículo 30 de la Ley 734 de 2002 establecía que la acción disciplinaria prescribía en el término de cinco (5) años¹⁶, contados para las faltas instantáneas desde el día de la consumación o desde la realización del último acto en las de carácter permanente o continuado y

¹⁵ Sentencia T-233 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ Ley 734 de 2002. «Artículo 30. Términos de Prescripción de la Acción Disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas. PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.»

La norma anterior fue modificada por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción–, en el sentido de que estableció el término de la caducidad de la acción disciplinaria y que el plazo de prescripción de la acción disciplinaria se contará desde la apertura de la investigación y no desde la consumación de la falta.



que cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumpliría independientemente para cada una de ellas. Con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, el término prescriptivo de los 5 años de la acción se cuenta desde el auto de apertura de la acción disciplinaria.

Indistintamente de uno u otro evento, esta Corporación, sobre el tema recordó en sentencia de 28 de julio de 2014¹⁷, que *«la Jurisprudencia vigente de la Sala Plena del Consejo de Estado en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria¹⁸, señala que dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad competente debe concluir únicamente la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve la situación disciplinaria del encartado sin que comprenda en ella la resolución de los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la sanción disciplinaria al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa.»* (se destaca). Que, por consiguiente, es equivocado considerar que el término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria comprenda la notificación del acto administrativo que resuelva el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta (o del auto de apertura de la acción disciplinaria, según el caso), significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelva y que ponga fin a la actuación administrativa disciplinaria.

Ahora, el *incremento patrimonial no justificado* se considera una falta disciplinaria de carácter continuado¹⁹, por tratarse de una sola conducta desarrollada a través del tiempo, no de hechos y comportamientos aislados, separados y separables por cada movimiento bancario, financiero o económico en diferentes fechas, por tal motivo la prescripción se contabiliza desde la realización del último acto. Esta Corporación así lo ha reiterado en diferentes pronunciamientos: *«Cuando se investiga el incremento patrimonial no justificado, no se trata de sancionar cada una de las actuaciones que conllevaron tales efectos, sino que todas ellas son constitutivas de una sola*

¹⁷ Sección segunda, subsección B, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), radicado: 11001-03-25-000-2011-00365-00 (1377-11)

¹⁸ Sentencia de 29 de septiembre de 2009 C.P. Susana Buitrago Valencia, radicado: 11001-03-15-000-2003-00442-01 (S).

¹⁹ Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Colegiatura, v.gr. en la sentencia de 7 de abril de 2016, sección segunda, subsección A, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 11001-03-25-000-2011-00004-00(0744-11)



conducta...»²⁰. Más tarde insistió «...cuando se disciplina el incremento patrimonial no justificado, no se trata de sancionar por separado cada una de las actuaciones que conllevaron tales efectos, ni de asignarle fecha particular o fijación en tiempo determinado a cada una de ellas: por el contrario, todas son integrantes y constitutivas de una sola conducta»²¹. En otra providencia sostuvo: «... cuando se trata de faltas de designio permanente o continuado, es decir, cuando la lesión del bien jurídico protegido por la norma sancionatoria se prolonga en el tiempo, la prescripción opera de una manera, mientras que cuando el acto sancionable se agota de modo instantáneo, en un sólo momento, la forma de fijar el primer día del término de prescripción opera de manera diferente. Dicho simplemente, la prescripción se desencadena, luego de que la acción reprimible se agota en sí misma, pero esto último ocurre de modo diferente cuando el delito o la falta perseveran y se prolonga en sus efectos a lo largo del tiempo. Las faltas de carácter continuado, permanente o sucesivo, son una verdadera situación delictual, que en tanto se prolonga en el tiempo, [sic] mientras sigue lesionando los bienes jurídicos que la norma protege, hasta tanto no se altere la situación que abrió el camino a ese estado de cosas trasgresor de la legalidad y ofensivo de importantes bienes jurídicos»²².

De acuerdo con el precedente citado, en el caso *sub examine* no se configuró la prescripción alegada, por cuanto el cargo formulado al actor en la investigación disciplinaria consistió en haber incrementado injustificadamente su patrimonio entre el 1º de junio de 1999 y el 31 de mayo de 2004 (f. 1212 Cdno 9) y en tales circunstancias la DIAN tenía plazo para expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio o de primera instancia que resolviera la actuación disciplinaria hasta el 1º de junio de 2009, fecha en que se cumplieron los 5 años de prescripción²³ y la entidad expidió la Resolución 2771 con la que sancionó al actor el 25 de marzo de 2008 (ff. 1557 a 1693 Cdno ppal), notificada personalmente el 11 de abril siguiente (f. 1693, dorso, Cdno 12), es decir, cuando aún faltaba más de un (1) año para que operara la prescripción extintiva de la acción; significa que la actuación disciplinaria se decidió dentro de los 5 años que fijaba la ley.

²⁰ Sentencia de 29 de mayo de 1997, sección segunda, subsección A, C.P. Clara Forero de Castro, expediente 8925.

²¹ Sentencia de 19 de marzo de 1998, sección segunda, subsección A, C.P. Clara Forero de Castro, expediente 11001-03-25-000-2011-00004-00(0744-11)

²² Sentencia de 7 de octubre de 2010, sección segunda, subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 25000232500020040567802 (2137-2009).

²³ «contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto», según la versión inicial del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, aplicable al demandante.



Por lo expuesto, el cargo de prescripción extintiva de la acción disciplinaria no prospera.

2.6.3 La entidad demandada demostró el incremento patrimonial del actor durante el lapso investigado, pero este no justificó totalmente su procedencia ante el requerimiento hecho, pese a la obligación de hacerlo como servidor público, conforme al artículo 122 de la Constitución Política – Ausencia de falsa motivación. En este acápite la Sala resolverá conjuntamente los cargos por *falsa motivación* y *falta de prueba para sancionar* formulados por el demandante, en virtud de que la sustentación presentada es común para los dos.

Considera el actor que hay *falsa motivación* de los actos demandados porque el investigador se limitó a sostener que aquel incumplió los deberes de servidor público al incrementar injustificadamente su patrimonio, pero no explicó en forma detallada cuáles fueron las situaciones que tuvo en cuenta y los medios de prueba que determinaron la responsabilidad, ni las razones por las cuales no aceptó la justificación que presentó el demandante; que se vulneró el artículo 142 del CDU por *falta de pruebas* y estima desproporcionada la sanción impuesta con base en unas consignaciones bancarias, que bajo ningún parámetro constituyen patrimonio, sino que son un elemento integrante del activo que no es indicante de incremento del patrimonio del investigado (f. 193). Aduce que conforme al Decreto 2694 de 1993²⁴, norma que el acusador no quiso aplicar, la DIAN tenía que fundamentar los cargos y no lo hizo, y que algunas de las justificaciones que entregó el actor, por ejemplo que para 2004 las sumas citadas fueron producto de la venta de un automotor, no las aceptó sin explicación alguna, y en cambio, otras sí fueron recibidas a pesar de ser las mismas a lo largo de todo el procedimiento (f. 199); por lo anterior solicita que se aplique el principio de *in dubio pro disciplinado*, pues, ante la duda probatoria, se le debió favorecer.

El cargo único por el que fue sancionado el accionante se sustentó en la conducta de *incremento patrimonial no justificado*, prevista en la Ley 200 de 1995²⁵, así: «ARTÍCULO 25. FALTAS GRAVISIMAS. Se consideran faltas gravísimas: [...] 4. El servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial.» [numeral 4 declarado condicionalmente exequible por

²⁴ «ARTICULO 2o. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto debe ser aplicado por todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad. Su aplicación es necesaria también para quienes sin estar obligados a llevar contabilidad, pretendan hacerla valer como prueba».

²⁵ Como expuso la DIAN en la Resolución 2771 de 25 de marzo de 2008 (fl 1657), al demandante le aplicó, por favorabilidad, en materia sustancial la Ley 200 de 1995, en razón a que los hechos investigados ocurrieron entre 1999 y 2004 y en lo procesal la actuación disciplinaria se tramitó por la Ley 734 de 2002, que era la norma vigente para el momento en que se inició el procedimiento administrativo.



la Corte Constitucional en sentencia C-310 de 1997 *«bajo el entendido de que el incremento patrimonial debe ser aquel que no tiene causa justificada, o es indebido o ilícito»*].

2.6.3.1 Del incremento patrimonial no justificado. Destaca la Sala que la falta disciplinaria descrita en la norma anterior tiene dos componentes cuyos destinatarios y cargas probatorias son diferentes. El primero, radica en cabeza del Estado, que tiene el deber de demostrar al disciplinado el incremento patrimonial como servidor público; y el segundo, a cargo de dicho servidor a quien le corresponde explicar y sustentar que tal incremento tiene causa legal, de lo contrario incurre en la ilicitud sustancial o tipicidad descrita en la norma.

La jurisprudencia constitucional así lo ha señalado: *«El incremento patrimonial debe entonces ser demostrado, en el caso a que alude la disposición impugnada, [numeral 4 del a Ley 200 de 1995] por la autoridad competente para investigar y sancionar al servidor público, pues la carga de la prueba le corresponde al Estado»* (sentencia C- 310 de 1997), en tanto que el servidor público, por disposición del artículo 122 de la Constitución Política, según la misma providencia, *«se encuentra en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en relación con el monto y manejo de sus bienes, por lo cual se puede decir que este artículo consagra un deber específico de transparencia de estos servidores. En efecto, ¿qué sentido puede tener esa exigencia de declarar bajo juramento el monto de los bienes y las rentas si no es porque la Constitución ha consagrado al servidor público un deber específico, según el cual tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales?»* (se destaca).

El hecho de que el implicado deba justificar la procedencia de su incremento patrimonial no significa que se invierta la carga probatoria que generalmente corresponde al Estado cuando de ejercer la potestad sancionatoria se trata, ni que se desconozca la presunción de inocencia o el debido proceso, en razón a que es constitucional²⁶ exigir de los servidores públicos explicaciones respecto del incremento de su patrimonio, en cumplimiento de los principios de transparencia y moralidad en el ejercicio de la función pública.

Al respecto, la Corte Constitucional expuso:

²⁶ Constitución Política: «Artículo 122. (...) Antes de tomar posesión del cargo [*el servidor público*], al retirarse del mismo o **cuando la autoridad competente se lo solicite** deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas» (se destaca).



No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por su puesto, legal.

Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos... es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición, pues el artículo 122 de la Carta señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos, que, “antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”.

El conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones (art. 209 de la C.P.) y con ello se pretende proteger la función pública y, en particular, la moral social. Debe aclararse que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente; pero al aceptarla están asumiendo no sólo las cargas y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

No es entonces la explicación que rinde el sindicato frente a una acusación de incremento patrimonial no justificado un acto de violación al principio constitucional de la presunción de inocencia, pues como ya se anotó, se trata de una justificación de sus actos frente a las imputaciones debidamente formuladas por el Estado en su contra, para que en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, tenga la oportunidad de explicar su conducta. [sentencia C- 319 de 1996].

Por su parte, esta Corporación en uno de sus pronunciamientos sobre la materia concluyó:

A manera de síntesis, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse respecto a la falta disciplinaria por la que fue sancionada la demandante, consagrada en el numeral 4º del artículo 25 de la Ley 200 de 1995 lo siguiente:

1. El incremento patrimonial a que hace referencia la norma antes señalada, y que es considerado como falta gravísima, “*debe ser aquél que no tiene causa justificada, o es indebido o ilícito*”, de conformidad con la sentencia C-310 de 1997 de la Corte Constitucional.
2. La referida norma considera como una falta gravísima que un servidor público o un particular que ejerza funciones públicas haya obtenido o permitido para sí o un tercero un incremento no justificado en su



patrimonio, debido a las obligaciones que constitucional y legalmente se predicán de aquéllos²⁷, tales como declarar bajo la gravedad del juramento sobre sus bienes y rentas; desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales; vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados; denunciar acciones u omisiones antijurídicas de los superiores, subalternos o particulares que administren recursos públicos o ejerzan funciones públicas; entre otras.

3. Al Estado le corresponde acreditar la comisión de la referida falta disciplinaria, es decir, probar de manera clara y precisa la existencia del incremento patrimonial y exponer con fundamento en la información que tuvo en cuenta para demostrar éste, que no se advierten justificaciones razonables de dicha situación.

4. Cuando un servidor público o un particular que ejerce funciones públicas, es requerido por una autoridad competente, para que suministre información sobre sus bienes y rentas, está en la obligación legal y constitucional de brindar las explicaciones del caso.

5. En atención a la anterior obligación, cuando el Estado inicia una investigación disciplinaria contra un servidor público o un particular que ejerce funciones públicas, por considerar que pudo haber incurrido en la falta de incremento patrimonial no justificado, y le solicita a éste que precise algunos aspectos respecto de sus bienes y rentas, dicha exigencia no es contraria al principio de presunción de inocencia.

Adicionalmente debe considerarse que es el servidor público a quien se le imputa la comisión de la referida falta disciplinaria, quien está en la mejor posición fáctica y jurídica para dar razón de su patrimonio, y por ende desvirtuar los cargos en su contra.^[28]

2.6.3.2 El incremento patrimonial no justificado por el demandante. La DIAN formuló al actor el *cargo único* así:

«CARGO ÚNICO

Al funcionario JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NEIRA, identificado con cédula de ciudadanía No.79.462.135 funcionario de las UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, se le proponen cargos por:

Haber obtenido durante el período comprendido entre el 1 de junio de 1999 y el 31 de mayo de 2004 un incremento patrimonial al parecer no

²⁷ Ver entre otros los artículos 40 de la Ley 200 de 1995 y 34 de la Ley 734 de 2002.

²⁸ Sentencia de 8 de mayo de 2014, sección segunda, subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 11001-03-25-000-2011-00037-00(0121-11).



Expediente: 11001-03-25-000-2010-00123-00 (0942-2010)

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Actor: Juan Carlos Hernández Neira

*justificado, ya que como resultado del análisis financiero se estableció que en las cuentas bancarias números: 007360000959, 007380329040, 007300263097 del Banco Davivienda, la cuenta No.33-43751-8 del Banco de Bogotá, y la No. 2036-015592703 del Banco Conavi, las cuales aparecen a su nombre y donde fueron depositadas sumas de dinero superiores a los ingresos percibidos como funcionario de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y a los créditos otorgados para el periodo en estudio según los extractos bancarios respectivos, ya que de acuerdo con dichos documentos el investigado obtuvo ingresos susceptibles de ser consignados durante el mencionado período por un total de CIENTO OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$108.874.539.81), y en las cuentas bancarias mencionadas aparece consignado un total de DOSCIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$209.796.297.81), durante el mismo periodo, deduciéndose por consiguiente que realizó depósitos bancarios en una cuantía de CIEN MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS **(\$100.921.758.00)**, superiores a sus ingresos susceptibles de ser consignados, suma que deberá justificar». (ff. 23 a 24 Cdo ppal).*

En el acto sancionatorio de primera instancia la entidad frente a este cargo sostuvo: «Para el despacho resulta incuestionable la ocurrencia del comportamiento que se le endilgó al funcionario JUAN CARLOS HENÁNDEZ NEIRA, en el auto de cargos, en el sentido de HABER OBTENIDO INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO desde el 1° de mayo de 1999 hasta el 31 de mayo de 2004, ya que se dijo en esa oportunidad, que entre las cuentas bancarias que aparecen a su nombre fueron depositadas sumas de dinero superiores a los ingresos producto de su vinculación laboral con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN- acreditados en los movimientos bancarios y que se reflejan en otras certificaciones o documentos y de otros recursos debidamente probados, pero que no justifican la totalidad de los depósitos imputados» (f. 24 Con ppal).

En la decisión de segunda instancia demandada, el director general de la DIAN corroboró: «... concluido el análisis probatorio en segundo grado, tal como se expuso en su momento, se entenderá como justificadas las siguientes sumas de dinero: La de \$50.000, correspondiente al 24 de junio de 2003; \$180.0000 (sic), de 03 de octubre de 2003; \$30.000, de 07 de octubre de 2003 y la de \$215.000, del 27 de diciembre de 2003, para un total de \$475.000, que deducidos de los \$46.896.505, quedan sin justificar el incremento patrimonial por la suma de \$46.421.505.00» (f 122 Cdo ppal).



Pone de presente la Sala que el demandante no desconoce el incremento patrimonial atribuido. No lo controvierte. Por lo anterior, no es necesario hacer mención de las pruebas que lo soportan, pero sí deja claro que reposan en el expediente administrativo (cuadernos 1 a 12).

La inconformidad del actor radica en que esa diferencia por la suma de \$46.421.505.00 no tiene un origen injustificado como lo afirma la entidad, pues, según su apoderado, «... *el actor tenía otra fuente de recursos que le daba solvencia suficiente para manejar dicho efectivo, discriminado en varias operaciones de consignación, que realizaba con una finalidad específica y/o recursos de sus familiares a títulos de préstamo, aspectos que a criterios de primera y segunda instancia se catalogó como carente de justificación, más aún cuando se evidenció el origen del recurso y la finalidad del mismo*» (f 185) y añadió que los valores consignados «*no son el único elemento constitutivo del patrimonio, sino un simple elemento integrante del activo*» (fl 193) que no pueden tenerse como incremento patrimonial injustificado y que los cuadros que figuran en el auto de cargos y en las resoluciones demandadas al no tener la connotación de estados financieros conforme al Decreto 2649 de 1993, «NO PUEDEN TENERSE COMO PRUEBAS DE UN INCREMENTO PATRIMONIAL Y MUCHO MENOS AUSENTE DE JUSTIFICACIÓN ... SON MERAS TRANSACCIONES FINANCIERAS QUE SON CONSTITUTIVAS DE UN ELEMENTO DEL PATRIMONIO» (f. 194).

De manera específica, el actor justifica el incremento patrimonial faltante de 2003 a 2004 así: i) que el depósito en su cuenta de ahorros del Banco de Bogotá de 6 de mayo de **2002** por \$1.250.000 correspondió a un *ingreso para terceros*, a través del cual la empresa Magna Salud Ltda pagó dicha suma al señor José David Neira Quintero, tío del demandante; ii) las 3 consignaciones bancarias efectuadas a su favor en **2003** (\$620.000, \$400.000 y \$460.000) fueron de un hermano suyo, por concepto de préstamos que le había hecho; y iii) las consignaciones de **2004** correspondieron a la venta de un bus del actor (placa WZD-347) al señor Evaristo Cáceres por \$63.000.000, de los cuales en la investigación disciplinaria solo se le reconoció el pago de \$12.490.000 y se desconoció el saldo de \$50.510.000; que sobre este negocio obra declaración del testigo Germán Eduardo Espinosa Flórez, lo cual justifica la procedencia de los recursos, circunstancia que, en criterio del actor, no se puede desconocer, pese a que no obra declaración del comprador del bus, debido «*a una situación de fuerza mayor, toda vez que las transacciones se realizaron hace más de 3 años*» (f. 199).



Para reforzar la defensa, el demandante, en sede judicial, solicitó que se decretara y practicara una *prueba pericial técnica* (f. 204) para que un perito contador conceptuara sobre si: i) con fundamento en las pruebas existentes, existió incremento patrimonial no justificado; ii) si se puede estructurar tal incremento simplemente en consignaciones; iii) si los ingresos por consignaciones son un elemento integrante del patrimonio, o cuál es el movimiento bancario que constituye elemento patrimonial; iv) si al aplicar el Decreto 2649 de 1993 en los años 1999 a 2004 se presentan diferencias patrimoniales no justificadas, año por año; y v) que determinara el valor de los perjuicios materiales causados al demandante. La prueba fue decretada y practicada.

En cumplimiento de la orden judicial, la auxiliar de la justicia designada para tal fin, hizo entrega al despacho el 18 de noviembre de 2013 del *dictamen pericial* a ella encomendado (ff. 423 a 453), del cual se corrió traslado a las partes mediante proveído de 15 de septiembre de 2014 (f. 471) y estas guardaron silencio (f. 472).

En el mencionado «*Dictamen pericial*» (ff. 432 a 453), la contadora concluyó frente a cada pregunta formulada por el demandante lo siguiente: **i)** si con fundamento en las pruebas existentes, se dio incremento patrimonial no justificado: «*El actor recibió como producto de sus actividades adicionales a las de servidor público el valor de \$100.921.758 de esta cantidad le queda por justificar el valor de \$46.421.505. Como se explicó en el desarrollo de esta pregunta al no tener soportes esa cantidad si [sí] puede resultar un incremento patrimonial injustificado dicha cantidad y para desvirtuar esta afirmación lo único que queda es presentar soportes contables.[...]*»; **ii)** si se puede estructurar un incremento patrimonial ausente de justificación fundamentado simplemente en consignaciones: «*El solo hecho de consignar dineros en la cuenta del contribuyente tiene implicaciones tributarias...conforme al artículo 755-3 del Estatuto Tributario. Puede suceder por ejemplo, que esos dineros sean de terceras personas sin aportar elemento probatorio alguno para desvirtuar la presunción. Revisadas las declaraciones juramentadas de bienes y rentas del actor, tampoco figuran ingresos extras que haya obtenido por sus actividades adicionales, así que no se encontró medio para justificar dichos ingresos. Por tales razones las consignaciones [en cuentas bancarias] sin demostrar si [sí] pueden constituir un incremento patrimonial ausente de justificación*»; **iii)** si los ingresos por consignaciones son un elemento integrante del patrimonio, o cuál es el movimiento bancario que constituye elemento patrimonial: «*Contablemente, los ingresos por consignaciones o el volumen o movimiento por consignaciones no son un elemento integrante del patrimonio ya que en el transcurso del mes o del año ha ocurrido un movimiento de consignaciones y retiros. Pero sí es un elemento del patrimonio el saldo bancario a 31 de cada mes o a 31 de diciembre,*



también lo es las inversiones que haga con dichas consignaciones»; iv) si al aplicar el Decreto 2649 de 1993 en los años 1999 a 2004 se presentan diferencias patrimoniales no justificadas, año por año: «...el mayor incremento del patrimonio está en el año 2003 comparado con el año 2002 y también en el año 2000 comparado con el año 1999 por las razones expuestas en el desarrollo de la pregunta. ... [D]entro de las partidas que componen el balance está el total de ingresos que recibió el señor Actor el valor de (209.796.297.81) de tales partidas hay un 22% sin justificar (\$46.421.505), es decir que dentro de estos incrementos del patrimonio dados como resultado de los estados financieros elaborados hay un porcentaje también sin justificar» (f. 429).

En conclusión, según el dictamen pericial, el actor, en efecto, no justificó la suma \$46.421.505 de su patrimonio de los años 1999 a 2004 imputada por la entidad investigadora en la actuación disciplinaria. Con esta prueba queda resuelto el cuestionamiento de carácter conceptual formulado por el actor, con base en el cual él pretende exonerarse de responsabilidad, en cuanto considera que las meras consignaciones no se pueden tener como incremento patrimonial, y que, contrario a como lo reclama, ni en la actuación administrativa ni en la judicial justificó el incremento patrimonial atribuido, que motivó la sanción impuesta.

Observa la Sala en el expediente que la DIAN, en cumplimiento de la carga probatoria que le correspondía a efecto de demostrar dicho incremento, recolectó información sobre propiedades del demandante, sus productos financieros, movimiento bancarios, adquisición y enajenación de bienes, ingresos percibidos como empleado de la entidad durante 1999 y 2004, etc. y una vez evaluada, formuló pliego de cargos; posteriormente decretó y practicó las pruebas pedidas por el disciplinado, solicitó del accionante explicaciones sobre la procedencia de su fortuna, resolvió las nulidades formuladas por él, en fin, garantizó derechos de defensa, debido proceso y contradicción, entre otros, y por último, después de valorar el caudal de pruebas, en el acto demandado de primera instancia concluyó justificadamente, que *«... respecto del incremento que se encontró en el patrimonio del Señor HERNANDEZ NEIRA, ante los requerimientos de la administración para justificar el mismo, el servidor se encontraba en la obligación de explicar satisfactoriamente su procedencia, cosa que no ocurrió en punto de los valores por \$46.986.505.»* (f. 38 Cdno ppal), y en la segunda instancia corroboró que *«queda sin justificar el incremento patrimonial por la suma de \$46.421.505»* (f. 122 cdno ppal), monto este que coincide con el establecido en el dictamen pericial solicitado por el propio demandante, como carente de justificación.



Finalmente, destaca la Sala que no existió vulneración del Decreto 2649 de 1990, por cuanto su ámbito de aplicación está dirigido a «todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad. Su aplicación es necesaria también para quienes sin estar obligados a llevar contabilidad, pretendan hacerla valer como prueba» [artículo 2º]. Si el actor pretendía ampararse en esta norma, debía llevar contabilidad para poderla oponer frente a los hechos materia de la investigación disciplinaria, pero no demostró que la llevara, ni la presentó.

En tales circunstancias, tampoco prosperan los cargos de *falsa motivación* de los actos acusados y de *falta de prueba* para sancionar disciplinariamente al actor.

De acuerdo con lo expuesto, y como no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, la Sala negará las súplicas de la demanda.

2.7 Otros aspectos procesales.

2.7.1 Condena en costas. No se procederá a ello respecto de la parte vencida, dado que en el prisma del artículo 171 del CCA no se advierte, en síntesis, abuso en la actuación, en la medida en que, como lo ha sostenido esta Corporación²⁹, la oposición carece de temeridad porque quien la presentó le asiste un fundamento razonable. Tampoco se detecta una injustificada falta de colaboración o proceder con interés meramente dilatorio que conduzca a considerar que incurrió en una conducta reprochable que la obligue a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. Niéganse las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, incoada por el señor Juan Carlos Hernández Neira contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), conforme a la parte motiva.

²⁹ Sentencia de 18 de febrero de 1999, expediente 10775, M.P. Ricardo Hoyos Duque.



Expediente: 11001-03-25-000-2010-00123-00 (0942-2010)
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Actor: Juan Carlos Hernández Neira

2°. No condenar en costas a la parte demandante.

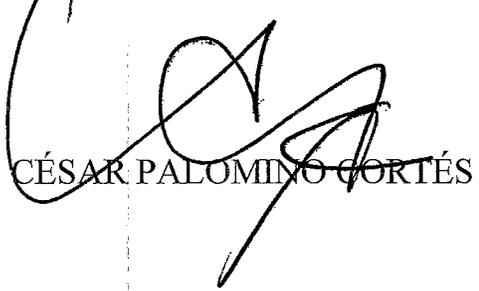
3°. En firme esta providencia, archívense las diligencias, previas las constancias y anotaciones que sean menester.

Notifíquese y cúmplase.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS