

DERECHO DISCIPLINARIO / COMPETENCIA PARA EXPEDIR ACTOS ADMINISTRATIVOS SACIONATORIOS / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Esta causal de nulidad se configura cuando el autor del acto administrativo no tenía el poder para emitirlo, dado que no estaba autorizado por la Constitución o la ley para tales efectos. Además, también puede darse porque el asunto particular de que se trate no corresponde a aquellos que por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico, o incluso el tiempo, le competía resolver [...] de conformidad con lo preceptuado en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, toda entidad del Estado deberá organizar «una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia». Por tanto, es a esta dependencia la que le corresponde conocer y decidir en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, mientras que la segunda, en atención a lo dispuesto en el mismo artículo, estará a cargo del nominador, salvo disposición legal en contrario. De esa manera, cuando las entidades u organismos estatales no cumplen las anteriores y mínimas exigencias legales, los actos estarían viciados por haberse expedido por un funcionario incompetente. [...] [L]a Sala observa que la causal alegada no está llamada a prosperar, por cuanto el acto administrativo de primera instancia fue proferido por el subdirector de Gestión de Control Disciplinario interno de la UAE DIAN, mientras que la decisión que resolvió los respectivos recursos de apelación -segunda instancia- fue adoptada por el director general de dicha institución, quien tenía la condición de nominador del entonces servidor público que aquí funge como demandante. Ambos funcionarios, desde el punto de vista de las normas legales que fueron analizadas, estaban habilitados para proferir dichas decisiones [...] Entre las causales de nulidad señaladas en el artículo 84 del CCA se encuentra aquella referida a la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo, también conocida como la nulidad por violación del ordenamiento superior o de la regla de derecho de fondo que se exigía para su sustento. Esta causal ha sido entendida como genérica, frente a las específicas referidas a cada uno de los elementos de los actos administrativos a saber: incompetencia, expedición irregular, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y falsa motivación. [...]

PROCESO DISCIPLINARIO / DERECHO A LA IGUALDAD / DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO / RÉGIMEN DE IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

[E]n aquellos casos en que se pone en juicio la garantía del derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto la aplicación de una herramienta denominada «juicio integrado de igualdad» [...] [U]na de las formas de determinar si existe igualdad entre una y otra situación fáctica es efectuar un ejercicio comparativo, a efectos de definir, según el nivel de discrepancia o semejanza, si las cuestiones objeto de análisis son comparables entre sí, es decir, si existe un *tertium comparationis*. [S]e tiene que comparar los supuestos de hecho de ambas situaciones, por lo cual se debe acreditar, con un mínimo de rigurosidad, aquellas circunstancias fácticas del respectivo caso, cuya aplicabilidad, por vía del principio de igualdad, se reclama. Cuando dicha exigencia no se cumple, la sola afirmación de que se vulneró el derecho a la igualdad, porque supuestamente en otro evento se adoptó determinada decisión, hace improcedente el reconocimiento de dicho derecho. [...] [N]o toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues para tales efectos será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar

la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que, cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio. [...] El régimen de impedimentos y recusaciones contenido en la Ley 734 de 2002 busca hacer efectivo el principio de imparcialidad, el cual es exigible a todos los servidores del Estado y, en general, de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas, pues en sus actuaciones debe prevalecer siempre el interés general, motivo por el cual su juicio debe estar exento de intereses que lo alejen de dicha finalidad. El principio en cuestión tiene dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva. La parte objetiva hace referencia a la materia sobre la cual ha de conocerse el objeto del proceso. El aspecto subjetivo se predica respecto de los sujetos y consiste en que el juez o funcionario que debe emitir una decisión sobre determinada materia no haya tenido relación alguna con las partes involucradas, de manera que se asegure su probidad e independencia para que no se vea afectado su razonamiento objetivo por inclinaciones o diferencias personales con alguna de las partes del asunto bajo su conocimiento. [...] En materia disciplinaria la administración ostenta una doble condición, pues quien adelanta la investigación también define si existe responsabilidad del implicado. No obstante, en la labor de instrucción y recaudo de la prueba está especialmente condicionada por la búsqueda de la verdad real, por lo cual debe imprimir el mismo rigor para verificar tanto los aspectos desfavorables como los favorables, en relación con la conducta que le corresponde analizar.

EXPEDICIÓN IRREGULAR DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS / TÉRMINOS DE LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA / FALSA MOTIVACIÓN / TIPICIDAD DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS / VALORACIÓN PROBATORIA / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA

Como quiera que el defecto de expedición irregular tiene varios puntos de encuentro con aquellos vicios relacionados con la vulneración al derecho de defensa y debido proceso, en esta causal han de tenerse en cuenta principalmente aquellos otros desconocimientos que, aun cuando hagan parte de la ritualidad con que debe producirse el acto, afecten las garantías a las que tiene derecho el administrado. [...] [N]o toda inobservancia puede llevar a la anulación de la actuación procesal, pues será indispensable que la respectiva irregularidad sea relevante, esto es, que se trate de un yerro de tal magnitud, cuya única solución posible sea la declaratoria de nulidad del acto cuestionado. [...] [D]ichas situaciones no son constitutivas de irregularidades que pueda catalogarse en un vicio suficiente para anular un acto administrativo disciplinario: ni como afectación del debido proceso o una causal de expedición irregular. En efecto, si bien lo deseable es que se acaten los términos, el trámite de las actuaciones puede verse sometida a un sinnúmero de circunstancias que impiden en no pocas ocasiones que se cumplan de manera estricta todos los plazos fijados por el legislador. [...] El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó. Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...] [E]l vicio de nulidad en comento se configura

cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta. En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve, sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo disciplinario. En síntesis, la falsa motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad. [...] Las faltas de mera conducta corresponderían entonces a aquellas en donde es suficiente, para su imputación, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que implicaría, para el derecho disciplinario, la infracción a un deber o a una prohibición proveniente de la función o del cargo. [...] En las faltas de resultado se exige que, además de la acción que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, exista una producción fenoménica que tenga una relación de causalidad y un vínculo de imputación objetiva con la acción. En estos casos para poder hacer el reproche disciplinario es necesario que el resultado tenga relación con la infracción al deber o a la prohibición proveniente de la función o del cargo, por tanto la falta se daría como consecuencia de la función o cargo. [...] [L]a imputación jurídica que se hizo en el proceso disciplinario adelantado contra el demandante por parte de la UAE DIAN fue correcta, pues se señalaron todos los elementos del tipo objeto de concusión contenidos en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, norma que constituye falta disciplinaria, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. [...] La valoración efectuada por las autoridades disciplinarias dentro del proceso disciplinario seguido contra el demandante fue correcta, por lo cual los actos administrativos disciplinarios no están afectados con el vicio de falsa motivación. [...] Al momento de la valoración probatoria, las autoridades disciplinarias deben ceñirse a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, norma que indica que las pruebas se apreciarán conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no existe una tarifa legal para decir cuál es la forma de acreditar o desvirtuar ciertos hechos o circunstancias, por cuanto el convencimiento debe someterse a la objetividad y a la racionalidad, sin que ello implique la utilización de excesivos formalismos y fórmulas sacramentales. En ese sentido, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados. Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público. Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad. En esas condiciones, las autoridades disciplinarias no siempre quedarán atadas a los dictámenes que elaboran los expertos, pues este es apenas uno de los tres criterios que ofrece el sistema adoptado por la ley. Por tanto, los razonamientos probatorios pueden apoyarse en otros medios de convicción que objetiva y certeramente lo lleven a afirmar que algunos hechos sucedieron de determinada forma. Así las cosas, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en las

amplias posibilidades para formarse el convencimiento sobre algo que ocurrió, cuyo único límite será el de aplicar correctamente los principios de la sana crítica.

CONDENA EN COSTAS

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el presente caso, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 76 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 141 / CCA – ARTÍCULO 84

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C, enero veintitrés (23) del dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-25-000-2011-00718-00(2720-11)

ACTOR: MAURICIO EDUARDO MOLINA TRIMIÑO

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN).

REFERENCIA: SE NIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. COMPETENCIA DISCIPLINARIA. NORMAS EN QUE DEBEN FUNDARSE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS. DEBIDO PROCESO. AUSENCIA DE EXPEDICIÓN IRREGULAR Y DE FALSA MOTIVACIÓN. SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA DECRETO 01 DE 1984

I. ASUNTO

La Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, que se tramitó por demanda interpuesta por el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño en contra de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en adelante UAE DIAN.

¹ Vigente para la época de la demanda.

II. LA DEMANDA²

Conforme al texto de la demanda y su respectiva corrección se formularon las siguientes pretensiones:

De nulidad:

- Se declare la nulidad de la Resolución n.º 1124 del 8 de febrero de 2011, proferida por la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario interno de la UAE DIAN, mediante el cual se sancionó disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general por el término de quince (15) años para ejercer cargos públicos.
- Se declare la nulidad de la Resolución n.º 005280 del 11 de mayo de 2011, proferida por el director general de la UAE DIAN, por la que se confirmó la decisión anterior.
- Se declare la nulidad de la Resolución n.º 06987 del 17 de julio de 2011, proferida por el director general de la UAE DIAN, acto a través del cual se hizo efectiva la sanción de destitución e inhabilidad impuesta al señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño.

De restablecimiento del derecho:

- Se ordene a la UAE DIAN reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando al momento en que se hizo efectiva la sanción.
- Se declare que, para todos los efectos legales y especialmente para los fines de la pensión de jubilación, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del actor durante el periodo comprendido entre la fecha de la destitución y aquella en que se produzca el reintegro.
- Se ordene a la Procuraduría General de la Nación cancelar el antecedente disciplinario del señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño.

De reparación de perjuicios:

- Se condene a la UAE DIAN a reconocer y pagar al demandante todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías y demás derechos laborales dejados de percibir, que le correspondan desde la fecha en que se hizo efectiva la destitución hasta cuando sea efectivamente reintegrado, incluyendo el valor de los aumentos decretados con posterioridad a la destitución.

Otras:

² Folios 121-173 del expediente.

- Ordenar que las sumas líquidas reclamadas sean indexadas conforme a lo ordenado en el artículo 178 del C. C. A., desde la fecha en que se hizo exigible hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
- Disponer que la entidad demandada cumpla la sentencia que le ponga fin a la presente demanda, dentro de los términos ordenados en los artículos 176 y 177 C. C. A.

Fundamentos fácticos relevantes

1. Mauricio Eduardo Molina Trimiño se desempeñó como funcionario de la UAE DIAN desde el 4 de octubre de 1995, en la modalidad de carrera administrativa.
2. El 20 de febrero de 2007, ante la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la UAE DIAN, se presentó una queja disciplinaria en contra de dos servidores públicos, entre ellos el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño, por hechos relacionados con una visita tributaria a la Sociedad Policolor Service Ltda, en donde presuntamente cometieron actos de corrupción.
3. El 9 de mayo de 2007, la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la UAE DIAN ordenó la apertura de la indagación preliminar en contra del demandante y de otra servidora de la referida entidad. Notificada esta decisión y tramitada la actuación, la autoridad disciplinaria le dio aplicación al procedimiento verbal, por lo cual, el 27 de octubre de 2008, adoptó una decisión sancionatoria en contra de los dos servidores públicos mencionados.
4. Contra el acto administrativo atrás anotado, los sancionados interpusieron el recurso de apelación. Sin embargo, el director general de la UAE DIAN declaró de oficio la nulidad del proceso desde la decisión de primera instancia. En consecuencia, el subdirector de Gestión de Control Interno Disciplinario asumió el conocimiento de la actuación, para continuar con el trámite del proceso verbal³.
5. El 9 de febrero de 2009, el subdirector de Gestión de Control Interno Disciplinario continuó con el procedimiento verbal, en el cual examinó unas peticiones de nulidad que habían sido presentadas por los apoderados de los disciplinados el 11 de diciembre de 2008. El funcionario negó dichas solicitudes, decisión contra la cual precedía el recurso de reposición,

³ Según el demandante y lo verificado en el expediente, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno asumió el conocimiento de dichas diligencias a través del auto 1045-1 del «28 de febrero de 2009» (Folio 1637 del cuaderno 11 del expediente disciplinario). No obstante, en esa decisión se citó a los apoderados a una audiencia a celebrarse el «9 de febrero de 2009», como en efecto ocurrió, según los folios 1642 a 1651. Por tanto, la única conclusión razonable es que la fecha del auto 1045-1 que se registró como «28 de febrero de 2009» fue un error, el cual se mantuvo en el cuerpo de la demanda.

posibilidad a la que acudieron los profesionales del derecho en la misma audiencia⁴.

6. En virtud de lo anterior, el 16 de febrero de 2009, el subdirector de Gestión de Control Interno Disciplinario reanudó la audiencia y ordenó revocar la decisión que adoptó el 9 de febrero del mismo año (la que había negado la petición de nulidad), y en su lugar declaró la invalidez de todo lo actuado desde el auto n.º 1032 -67 del 25 de julio de 2007, decisión esta última mediante la cual se habían allegado unas pruebas al proceso disciplinario.
7. Previas algunas designaciones que se hicieron para tal efecto, el coordinador nacional de Investigaciones Especial de la Subdirección de Gestión de Control disciplinario interno ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra de los dos funcionarios involucrados, entre ellos el demandante. En tal forma, notificada la decisión, practicadas algunas pruebas y habiéndose ordenado la prórroga de la investigación disciplinaria, una abogada de la Coordinación Nacional de Casos Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario de la UAE DIAN profirió auto de cargos en contra del demandante por la posible realización de una falta disciplinaria gravísima a título de dolo.
8. Surtido el trámite del proceso disciplinario, esta vez en la modalidad del procedimiento ordinario, el subdirector de Gestión de Control Interno Disciplinario profirió el acto administrativo de primera instancia, a través del cual declaró responsable disciplinariamente al demandante y por el que le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de quince (15) años para ejercer cargos públicos.
9. El día 11 de mayo de 2011, el director de la UAE DIAN, mediante la Resolución n.º 005280, emitió el acto administrativo disciplinario de segunda instancia, por el cual confirmó la responsabilidad y sanción disciplinaria frente al demandante Mauricio Eduardo Molina Trimiño.
10. Con el escrito de demanda, el apoderado allegó la solicitud de la conciliación extrajudicial⁵.

Normas violadas y concepto de la violación.

Para el demandante, los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991: artículos 15, 23, 29 y 53
- Ley 734 de 2002: artículos 9 y 48, numeral 1.
- Decreto 1071 de 1999: artículo 40.
- Decreto 4048 de 2008: artículo 10.
- Resolución 11 del 4 de noviembre de 2008: artículos 3 y 4.

⁴ Folios 1642 a 1651 del cuaderno n.º 11 del proceso disciplinario.

⁵ Folio 120 del expediente.

La formulación del concepto de violación hecho por la parte actora se expresó a partir de los siguientes cargos:

1. Falta de competencia
2. Violación de normas superiores
3. Violación del debido proceso
4. Expedición irregular
5. Falsa motivación

1. Falta de competencia

El demandante alegó el vicio de falta de competencia por las siguientes razones:

- Caducidad administrativa.
- Vulneración de los términos de cada etapa de la actuación.
- Trámite de la actuación disciplinaria, decreto y práctica de pruebas por parte de funcionarios sin competencia.
- Expedición del pliego de cargos por funcionario sin competencia.

2. Violación de normas superiores

Frente a esta causal se presentaron las siguientes razones:

En primer lugar, se alegó la violación del principio de igualdad. Para ello, dijo que el proceso disciplinario se adelantó por fuera de los cánones ordenados en la Ley 734 de 2002. Al respecto, sostuvo que a otros funcionarios sí se les respetaba las reglas estipuladas para investigar y sancionar asuntos de igual o mayor gravedad que aquellos que hicieron parte del presente asunto. La DIAN no quiso valorar las pruebas, acudió a otras por fuera del marco legal contrariando los términos y las formas propias del juicio, en donde el ordenamiento jurídico no había otorgado un criterio discrecional.

En segundo lugar, se afirmó que la autoridad disciplinaria se «inventó» una nueva forma de valoración probatoria y un procedimiento diferente, hasta destituirle afectándolo como persona, trabajador y miembro de determinado conglomerado familiar y social. Así mismo, se afectó la integridad personal, espiritual y laboral de los miembros de su familia.

Y en tercer lugar, se esgrimió la violación al principio de imparcialidad por cuanto el proyecto de fallo para la firma del subdirector fue elaborado por la doctora Gina Paola Cortés López, una de las «consentidas» de la señora Luz Myriam Díaz, quien se desempeñaba como jefe de la Oficina Jurídica.

3. Violación al debido proceso

El apoderado alegó la violación al debido proceso porque se dispuso hacer efectiva la sanción disciplinaria el día 22 de junio de 2011, fecha en la que el demandante se encontraba en una situación administrativa de incapacidad, aspecto que afectó la ejecución de los actos administrativos demandados.

4. Expedición irregular

En cuanto a la expedición irregular, el demandante formuló los siguientes argumentos:

- Ante la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN se presentaron los señores Jairo Vásquez Manrique, Sara Fabiola Estupiñán Rabeya y William Adolfo Jacobo Prieto para presentar «formalmente» una queja. Frente a ello, era un deber recibir la queja bajo juramento y darle inicio a la investigación, garantizando desde ese momento los derechos del investigado, cuestión que no se hizo. Más adelante reclamó el que algunos funcionarios de la DIAN hubiesen orientado a las personas mencionadas para interponer la queja.
- Se desconocieron los términos de duración de la indagación preliminar y la investigación disciplinaria y aquellos que se exigen para que la autoridad disciplinaria profiera el acto administrativo de primera instancia. A su juicio, con dicha situación se configuró una vía de hecho, por cuanto el incumplimiento de los términos generaba pérdida de competencia para sancionar.
- El fundamento probatorio de los actos acusados está viciado de nulidad, conforme a la legislación nacional e internacional. Además, en cuanto a lo que denominó la «mal llamada prueba testimonial», refirió que este tipo de pruebas fueron tachadas de falsedad y sospecha, las cuales no se tramitaron conforme lo ordenaba la ley disciplinaria.
- Se emplearon mecanismos para «inocuar las pruebas practicadas».
- Las pruebas en que se soportaron los actos fueron ilegales, tanto así que hasta la Procuraduría puso de presente este tipo de irregularidades.
- Las pruebas obtenidas entre el 25 de junio de 2007 al 16 de febrero de 2009 no podían tenerse en cuenta, en virtud de la nulidad ordenada por el subdirector de Gestión de Control Disciplinario Interno. Dicha decisión las dejó sin efecto, «ya que estas fueron decretadas y practicadas por funcionarios incompetentes». Más adelante, para insistir en que las diligencias y pruebas eran ilegales y practicadas por funcionarios incompetentes, esgrimió el concepto n.º 5013 del 18 de diciembre de 2018 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios⁶.

⁶ Visible en los folios 2284 a 2287 del cuaderno n.º 14 del proceso disciplinario.

- La investigación quedó formalmente inactiva desde el 25 de julio de 2007 y solo vino a activarse nuevamente hasta el 5 de octubre de 2008, fecha en la cual se ordenó la apertura de investigación disciplinaria, cuando ya se habían vencido todos los términos. Sobre tal aspecto, recalcó que la indagación preliminar tuvo un término de veintiséis (26) meses y cinco (5) días y que además la norma indicaba que esta debía terminar en archivo definitivo o en el auto de apertura de investigación.
- A partir del 5 de octubre de 2009 y hasta cuando se dictó el auto de 5 de agosto de 2010, por medio del cual se profirió pliego de cargos, transcurrieron otros diez (10) meses, cuando era claro que la norma ordenaba que las investigaciones disciplinarias solo podían durar hasta seis (6) meses.
- La inactividad del proceso, reprochable solamente a la entidad, debió generar la nulidad de toda la actuación, cuestión que no hizo el director de la DIAN al momento de resolver los recursos de apelación, fecha en la que ya habían transcurrido tres (3) años y siete (7) meses, lo que significaba que los términos de todas las etapas estaban vencidas, por lo que solo cabía el archivo de la actuación.

5. Falsa motivación

El cargo por falta motivación lo justificó el demandante por una indebida valoración probatoria. Las razones de este cargo se describen a continuación.

En primer lugar, el apoderado manifestó que el demandante se presentó al lugar en donde su novia Nikaya Alexandra Prieto se encontraba ejerciendo sus funciones legales de fiscalización, para lo cual se movilizó en su propio medio de transporte, en horas que no eran laborales. En cuanto al 5 de febrero de 2007 —fecha en la que se dio la captura—, el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño sí se hizo presente a las 10.00 de la mañana, dado que ese día fue a recoger a su novia para concurrir a un almuerzo que tenían programado con sus compañeros de trabajo. Por ende, dio a entender que no hubo nada irregular en ello.

En segundo lugar, el demandante expresó que hubo una interpretación «absolutamente acomodaticia, en cuanto a la apreciación razonada de las pruebas». Para ello, dijo que la funcionaria que había proyectado el acto administrativo optó por escoger a su gusto las pruebas que le «daban elementos de convicción y certeza», pero no aquellas que favorecían al demandante.

En tercer lugar y luego de exponer los antecedentes y las razones por las cuales la DIAN emitió un auto de «Verificación y Cruce n.º 300632007000074 del 25 de enero de 2007» contra la empresa Policolor Service Ltda, el apoderado sustentó que las señoras Sara Fabiola Estupiñán Rabeya y Carmen Maldonado, representante legal y administradora, respectivamente, y el señor William Adolfo Jacobo Prieto, contador, ya estaban enterados y alertados de la visita que les haría a la DIAN. Por tanto, estas personas, aconsejadas por sus vecinos y con la

asesoría, planificación y ejecución del señor Bernaza y demás funcionarios del Gaula «montaron» un operativo y denuncia penal para hacer «apresar» a los funcionarios de la DIAN, con lo cual se perjudicó seriamente al demandante, quien únicamente estuvo allí presente para recoger a su compañera a almorzar. De esa forma, insistió en que no hubo un comportamiento irregular.

En cuarto lugar, recordó que la señora Nikaya Alexandra Prieto dijo en su declaración que el demandante no hacía parte de la comisión investigadora, que no practicó diligencia alguna y que la presencia fue puramente casual, ya que solamente tenían programado un almuerzo. Por tanto, no se entendía cómo no se había tenido en cuenta este testimonio y que sí se le haya dado plena credibilidad a los quejosos, quienes habían sido considerados «unas víctimas indefensas». Sobre tal aspecto agregó que estos testimonios eran falaces o al menos sospechosos por el vínculo y la relación de dependencia que había entre ellos.

En quinto lugar, el defensor recalcó que los declarantes Sara Fabiola Estupiñán Rabeya, Carmen Maldonado y William Adolfo Jacobo Prieto no acusaron al demandante de haberles exigido dinero, dádiva o algún tipo de contraprestación, para sí o para un tercero. Estos testigos, según el apoderado, «solo lo inculparon de haber ido a acompañar a NIKAYA PRIETO SÁENZ» y de haber «revisado algunos documentos», hechos que de todas maneras no eran ciertos. No obstante, la mencionada funcionaria Prieto Sáenz y el demandante tenían una relación sentimental, por lo que no era extraño que este la fuera a recoger para almorzar y en donde, en todo caso, aquella persona lo excluyó de la responsabilidad, aspecto que el fallador consideró «altruista».

Por tanto, no se entendía cómo con estas pruebas se podía concluir que el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño fuera el «causante y coautor» de un delito que no tuvo ocurrencia, pues todo se había tratado de un «burdo montaje» para distraer a la DIAN. Sobre este argumento agregó que el hecho de que en algún momento el demandante le haya manifestado a María del Carmen Maldonado que hablara con la doctora Nikaya Alexandra Prieto Sáenz ello era porque precisamente no tenía nada que ver en la visita que ella realizaba en el taller, por lo que no podía atender los requerimientos de dicha señora, pues para ello no estaba comisionado y nunca dijo que lo estuviera.

En sexto lugar y luego de transcribir algunos extractos jurisprudenciales en cuanto al concepto «abuso del cargo», el demandante argumentó que no estaba acreditado ni el abuso del cargo o de las funciones. Al respecto, dijo que hubo una tergiversación del testimonio de la señora Sara Fabiola Estupiñán Rabeya, ya que Mauricio Molina no acudió como comisionado por la entidad fiscal, sino como acompañante de la señora Prieto Sáenz, en quien concurría no solo la calidad de servidora pública, sino que, además, esta última persona sí estaba comisionada para realizar la visita. Además, dijo que la supuesta coacción psicológica esgrimida por la autoridad disciplinaria no estaba demostrada.

En séptimo lugar, que para poder hablar del abuso del cargo se requería de una «cualificación circunstancial de la conducta», es decir, una «explicitación» mínima

del cargo o las funciones que se ejercieron ante la víctima, para lo cual era necesario que esta supiera que el agente era servidor público. De esa manera, en el presente caso era obligatorio que el demandante se hubiera presentado como comisionado de la DIAN, lo cual no había ocurrido. Por ello, las inferencias que se hicieron respecto del testimonio de la señora Sara Estupiñán Rabeya constituían un error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación de la literalidad material de este testimonio.

En octavo lugar y como consecuencia de lo anterior, el presente asunto quedaba reducido a que el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño se presentó con la funcionaria Nikaya Prieto, pero que no se identificó. Por tanto, lo que correspondía era determinar si lo que hizo el demandante después de entrar al taller, como pedir y revisar documentos, esculcar archivos, obtener copias e, inclusive, insinuar a la señora de nombre María del Carmen que hablara con la «doctora», tenía o no transcendencia penal, pero que cualquiera fuera la conclusión lo que no se podía dar era la tipicidad respecto del delito de concusión. De esa manera y valiéndose de una cita doctrinal, afirmó que la conducta era atípica. Sobre este aspecto insistió en que era necesario que el demandante se hubiera identificado como servidor público, pues de lo contrario era imposible afirmar la ocurrencia de un delito contra la administración pública.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁷

Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda

El apoderado de la UAE DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda.

Excepciones

La entidad demandada no formuló excepciones.

Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda

El apoderado judicial dio por ciertos la mayoría de los hechos relacionados con el trámite del proceso disciplinario y frente a los restantes dijo atenerse a lo que resultara probado en el proceso.

Pronunciamiento frente a las causales de nulidad que fundamentan la demanda.

El apoderado de la UAE DIAN presentó los argumentos que se sintetizan a continuación:

⁷ Folios 196 a 217 del expediente.

- No es cierto que la entidad haya dilatado de forma injustificada los términos de cada etapa de la actuación disciplinaria.
- Los vencimientos de términos no generan *per se* violación al debido proceso.
- La causal de nulidad por la falta de competencia no existe en la ley disciplinaria, ya que en la Ley 734 de 2002 solo se contempla dicha causal para proferir la decisión sancionatoria. No obstante, todas las actuaciones fueron adelantadas por funcionarios públicos competentes y en ejercicio de facultades otorgadas por la ley disciplinaria y por las normas que reglamentan las competencias para proferir los actos administrativos dentro de los procesos disciplinarios.
- Una vez decretada la nulidad en el proceso disciplinario, las pruebas que fueron practicadas y aportadas conservaron su validez en debida forma, de acuerdo la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.
- No es cierto que haya existido una apreciación desfavorable de las pruebas, afirmación que parte de una consideración subjetiva del demandante y sin ningún sustento jurídico. Por el contrario, en el proceso disciplinario obraban elementos probatorios que demostraron la responsabilidad del demandante.
- El demandante pretende en esta instancia abrir el debate probatorio, desconociendo las pruebas practicadas en el proceso, sin tener en cuenta que en la investigación disciplinaria aquellas pudieron controvertirse. No obstante, no se pudieron desvirtuar las que comprometieron la responsabilidad del demandante.
- No es cierto que la conducta endilgada al señor Mauricio Molina haya sido atípica, puesto que las pruebas demostraron que el demandante influyó directamente en la solicitud de entrega de dinero o dádivas recibidas por su compañera sentimental, la que se encontraba realizando una visita de fiscalización en la empresa de propiedad de los denunciantes de la falta disciplinaria.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁸

En sus alegatos de conclusión, el apoderado del señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño, por una lado, reiteró las razones presentadas en la demanda.

Por el otro, como argumentos novedosos, formuló los siguientes:

- Estimó vulnerado el debido proceso por cuanto uno de los funcionarios que proyectó la Resolución n.º 0005280 del 11 de mayo de 2011 – acto

⁸ Folios 342 a 351, *ibidem*.

administrativo sancionatorio de primera instancia—, esto es, el servidor público Carlos Arturo Rojas Aguilar, ya había instruido en el trámite de primera instancia, surtida ante la entonces Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE DIAN, y concretamente se había resuelto la recusación interpuesta en el trámite de primera instancia del proceso disciplinario n.º 54-17-2007-88. Por tanto, dicho funcionario debió declararse impedido.

- Solicitó que no se desconocieran los testimonios de Isabel Cristina Garcés, Jaime Efraín Garzón Bacca y Gladys Solano, servidores públicos que en su momento hicieron parte del Comité de la Dirección Jurídica tendiente a preparar para la firma del director general el acto administrativo que resolvía el recurso de apelación contra la Resolución 13680 del 21 de diciembre de 2010. Según estas pruebas, esos Comités se realizaban habitualmente y que previo a ellos se discutía la ponencia del funcionario que proyectaba el acto administrativo. No obstante, este aspecto reñía con lo expuesto por Isabel Cristina Garcés, quien dijo que no se realizaban Comités de Unificación, salvo aquellos relacionados con los de Normativa y Doctrina Aduanera y que esta persona aseveró que no podía aceptar el contenido del Acta de Comité de Unificación, pues esta no tenía su firma y por tanto no podía entenderse como una comunicación oficial.
- Recalcó que estaban acreditadas una serie de inconsistencias en un aspecto tan diáfano, como lo era un Acta de Unificación de Criterio aportada por la declarante Gladys Solano, quien expuso las razones por las cuales se apartó de la posición que aceptó el proyecto de fallo. Agregó que la Dirección Jurídica de la UAE DIAN precisó que, previo a resolver el recurso de apelación contra la Resolución 13680 del 21 de diciembre de 2010, no se levantó ninguna acta de Unificación de Criterio, lo cual reñía con lo expuesto por esta declarante.
- Explicó que la responsabilidad estaba edificada en las declaraciones de Jairo Vásquez Manrique, Sara Fabiola Estupiñán Rabeya y Carmen Maldonado. No obstante, aseveró que ellas no podían ser catalogadas como pruebas testimoniales, pues el señor Vásquez era la persona que había organizado el operativo, luego no era testigo; la señora Fabiola Estupiñán en algunos eventos decía que presencié algunos hechos y en otros que le contaron; y en cuanto a Carmen Maldonado, que sus versiones eran contradictorias.
- Por último, aseveró que la decisión de segunda instancia no resolvió todos los argumentos presentados en el respectivo recurso de apelación.

Parte demandada⁹

El apoderado de la UAE DIAN reiteró en esencia los mismos argumentos que fueron presentados en la contestación de la demanda.

⁹ Folios 352 a 362, *ibidem*.

Ministerio Público¹⁰.

El representante del Ministerio Público solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Los argumentos en que se edificó dicha petición fueron los siguientes:

- La primera como la segunda instancia cumplieron las exigencias legales.
- Las decisiones fueron debidamente motivadas y notificadas.
- El hecho de no haber tenido en cuenta las razones expuestas por la defensa del imputado ello no afecta el debido proceso y, en consecuencia, no puede dar lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado.
- El incumplimiento de los términos procesales no genera automáticamente la nulidad del proceso disciplinario, pues ello solo ocurre cuando se afecta el derecho de defensa.
- En el proceso disciplinario se observa que el derecho de defensa y el debido proceso fueron respetados, conforme a las diversas actuaciones del apoderado del demandante. Incluso, una decisión de tutela que se interpuso durante el trámite del proceso disciplinario así lo demostró, pues esta fue decidida de forma negativa.
- A pesar de que el proceso disciplinario se declare la nulidad, las pruebas siguen conservando plena validez.
- En los actos demandados se valoraron los diferentes medios probatorios que dan cuenta de forma contundente de la falta disciplinaria en la que incurrió el demandante.

V. CONSIDERACIONES

1. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En el proceso disciplinario adelantado por la UAE DIAN, cuya decisión de primera instancia fue adoptada por la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario interno, se formuló un cargo disciplinario por el que fue sancionado el demandante. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio:

¹⁰ Folios 365 a 372, *ibidem*.

PLIEGO DE CARGOS DEL 5 DE AGOSTO DE 2010 ¹¹	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 8 DE FEBRERO DE 2011 ¹² CONFIRMADO EL 11 DE MAYO DE 2011 ¹³
Cargo: «A usted, señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño se le atribuye la presunta comisión de falta disciplinaria, ya que en calidad de funcionario de la DIAN, aparentemente practicó una visita a la empresa POLICOLOR SERVICE LTDA., sin estar facultado para ello, y actuando en forma mancomunada con la señora NIKAYA PRIETO SÁENZ, los días 7, 8 y 14 de febrero de 2017 ejerció violencia psicológica a los funcionarios de la empresa, amenazándolos con sanciones millonarias y hasta con el cierre del establecimiento, constreñimiento con el cual aparentemente buscaba que se accediera a los requerimientos económicos que hizo la señora NIKAYA PRIETO SÁENZ a la representante legal de la empresa POLICOLOR SERVICE LTDA., hecho que se reflejó con la entrega inicial de dos millones de pesos el día 8 de febrero de 2007, y su posterior captura en situación de flagrancia por miembros del Grupo GAULA, el 15 de febrero de 2017, instantes después de que la señora NIKAYA PRIETO recibiera, en las instalaciones de la citada empresa, un sobre de manila que simulaba contener la suma de tres millones de pesos.	Se confirmó el cargo formulado, tanto por la decisión de primera como por la de segunda instancia.

¹¹ Folios 1972 a 2008, cuadernos 12 y 13 del proceso disciplinario.
¹² Folios 2146 a 2165, cuaderno n.º 13 del proceso disciplinario.
¹³ Folios 2290 a 2314, cuaderno n.º 14 del proceso disciplinario.

Falta imputada: (Ley 734 de 2002) Artículo 48. Faltas Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 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 concordancia con el artículo 404 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que dispone lo siguiente: Artículo 404. Concusión. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servido o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en [...]	Falta imputada: ambas instancias confirmaron la falta que se imputó en el auto de cargos.
Culpabilidad: La falta se imputó a título de dolo.	Culpabilidad: en ambas instancias se determinó que la falta fue cometida a título de dolo.
Decisión sancionatoria de primera instancia: «SEGUNDO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de los señores [...] MAURICIO EDUARDO MOLINA TRIMIÑO [...] quienes para la época de las conductas investigadas, prestaban sus servicios en el entonces Grupo Interno de Trabajo de Control, de la División de Fiscalización Tributaria de la entonces llamada Administración Especial de Impuestos Nacionales de las Personas Jurídicas de Bogotá, [...] Profesional en Ingresos Públicos III Nivel 31, Grado 22 [...] son responsables de cometer la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, que para el caso de ambos investigados correspondió a la definida en el estatuto sustancial penal (Ley 599 de 2000) como CONCUSIÓN, la cual fue cometida [...] abusando del cargo» (Sic). TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, IMPONER a los señores [...] MAURICIO EDUARDO MOLINA TRIMIÑO [...], sanción disciplinaria consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE QUINCE (15) AÑOS. Decisión sancionatoria de segunda instancia: «ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR la Resolución N° 1124 del 8 de	

febrero de 2011, mediante la cual se resolvió declarar la responsabilidad disciplinaria e imponer como sanción la DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL para el ejercicio de cargos públicos por el término de quince (15) años, a [...] el funcionario MAURICIO EDUARDO MOLINA TRIMIÑO [...].

2. CUESTIONES PREVIAS

Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias.

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁴, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia.

En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 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 efectiva [...]

¹⁴ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.

Así, pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica descartar los argumentos con los que la entidad demandada pretende desconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el proceso disciplinario.

3. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

Conforme a la explicación efectuada en forma precedente, los problemas jurídicos que debe resolver esta Sala frente a la falta disciplinaria gravísima que le fue endilgada al demandante son los siguientes:

- i. ¿Los actos administrativos sancionatorios acusados fueron expedidos por funcionarios u organismos incompetentes?
- ii. ¿Las decisiones disciplinarias de primera y de segunda instancia proferidas por la DIAN violaron las normas superiores en las que debían fundarse?
- iii. ¿En el trámite de la actuación disciplinaria seguida contra el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño se presentaron irregularidades que afectaron el derecho al debido proceso?
- iv. ¿Los actos administrativos disciplinarios mediante los cuales se sancionó al demandante fueron expedidos de forma irregular?
- v. ¿Los actos acusados que le impusieron la destitución e inhabilidad general de quince años al demandante fueron expedidos con falsa motivación? Para responder este interrogante, la Sala deberá resolver dos subproblemas diferentes:
 - ¿Fue correcta la imputación jurídica que se hizo por el delito de concusión para considerar la comisión de la falta disciplinaria contenida en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?
 - ¿Fue acertada la valoración probatoria que hicieron las autoridades disciplinarias que expidieron los actos disciplinarios demandados?

A partir de lo expuesto, la Sala resolverá los problemas jurídicos planteados para tomar la decisión que en derecho corresponda.

3.1 Primer problema jurídico.

¿Los actos administrativos sancionatorios acusados fueron expedidos por funcionarios u organismos incompetentes?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios fueron expedidos por funcionarios competentes.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos disciplinarios (3.1.1).
- Situaciones que se deben enmarcar en una causal de anulación diferente (3.1.2)
- Caso concreto (3.1.3).

3.1.1 La falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos disciplinarios.

Esta causal de nulidad se configura cuando el autor del acto administrativo no tenía el poder para emitirlo, dado que no estaba autorizado por la Constitución o la ley para tales efectos. Además, también puede darse porque el asunto particular de que se trate no corresponde a aquellos que por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico, o incluso el tiempo, le competía resolver¹⁵.

Así mismo, se ha dicho que las normas sobre competencia son de orden público, lo que permite su declaratoria oficiosa por el juez, e implica que no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, y tampoco esta puede renunciar a ella en beneficio de un administrado¹⁶. Igualmente, no interesa que el órgano o funcionario hubiera tenido la competencia respectiva y antes de la expedición del acto la hubiera perdido, o que la hubiera adquirido con posterioridad, ya que en ambos casos incurre en incompetencia; en el primero porque esta es improrrogable, y en el segundo, debido a que este vicio es insaneable¹⁷.

Por su parte, esta causal de nulidad puede presentar diferentes grados, toda vez que una es la situación cuando el autor del acto no tiene la investidura de agente público, y otra cuando sí la tiene, pero obra por fuera de sus atribuciones. En el primer evento el acto es inexistente (con la reserva de lo que ocurre en la hipótesis del funcionario de hecho¹⁸), y en el segundo es anulable.

¹⁵ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Séptima edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 548-549.

¹⁶ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013, p. 290.

¹⁷ BERROCAL GUERRERO, *op. cit.*, pp. 548-549.

¹⁸ C.E. Sec. Segunda. Subsec. B. Sent. 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08), jun. 9/2011: «Para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que,

En materia disciplinaria, es improbable que la primera posibilidad se presente, pues se necesitaría de la realización de un delito de usurpación¹⁹ o simulación de funciones públicas²⁰, sumado a la complicidad de un número plural de funcionarios (asesores, proyectistas y personal de secretaría) y la aquiescencia de los sujetos procesales.

Algo diferente debe decirse de la segunda hipótesis, pues, pese a que es poco usual que dicho vicio se presente, puede resultar que por la compleja distribución de competencias y los distintos factores que la regulan²¹ se inobserven o se interpreten de forma inadecuada las reglas que la desarrollan. Es lo que ocurre, por ejemplo, en entidades donde existe un número considerable de servidores²² o en aquellas en donde se ha dispuesto una pluralidad de Oficinas de Control Interno Disciplinario²³.

En todo caso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, toda entidad del Estado deberá organizar «una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia». Por tanto, es a esta dependencia la que le corresponde conocer y decidir en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, mientras que la segunda, en atención a lo dispuesto en el mismo artículo, estará a cargo del nominador, salvo disposición legal en contrario.

De esa manera, cuando las entidades u organismos estatales no cumplen las anteriores y mínimas exigencias legales, los actos estarían viciados por haberse expedido por un funcionario incompetente.

3.1.2 Situaciones que se deben enmarcar en una causal de anulación diferente.

en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente».

¹⁹ Ley 599 de 2000, artículo 425: «Usurpación de funciones públicas. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses».

²⁰ Ley 599 de 2000, artículo 426 «Simulación de investidura o cargo. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y en multa de tres (3) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes». [...]

²¹ Ley 734, artículo 74: «Factores que determinan la competencia. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> La competencia se determinará teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.

En los casos en que resulte incompatible la aplicación de los factores territorial y funcional, para determinar la competencia, prevalecerá este último».

²² Es lo que ocurre con entidades como la misma Procuraduría General de la Nación, cuya distribución de competencias en diversos funcionarios se encuentra establecida en el Decreto Ley 262 de 2000.

²³ Ley 734 de 2002, artículo 76, inciso segundo: «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». [...] [Negrillas fuera de texto].

En coherencia con lo expuesto, no se puede perder de vista que la causal examinada está delimitada a la falta de competencia para proferir el acto administrativo disciplinario²⁴, cuya comprensión, por supuesto, abarca tanto el acto de primera como de segunda instancia.

En el ámbito disciplinario, el artículo 143 de la Ley 734 de 2002, actualmente vigente²⁵, es coincidente con esta postura, norma que respecto a las causales de nulidad dispone lo siguiente:

Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.

2. La violación del derecho de defensa del investigado.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

PARÁGRAFO. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

[Negrillas fuera de texto]

En consecuencia, ¿qué sucede si la falta de competencia alegada es respecto a aquellos actos o actuaciones previas, intermedias o preparatorias a los actos administrativos disciplinarios que resuelven el fondo del asunto? A manera de ejemplo, ¿qué sucede si el vicio alegado se presenta en la expedición del auto de indagación preliminar, la investigación disciplinaria, los autos de pruebas o el pliego de cargos?

A juicio de la Sala, dichos aspectos deberán hacer parte de otras causales de nulidad, como aquellas relacionadas con la expedición irregular o por la afectación sustancial al debido proceso²⁶. Desde luego que en ese escenario la exigencia para determinar la procedencia de esa irregularidad deberá ser todavía más exigente, puesto que, al tratarse de actos que no son definitivos, el juicio de

²⁴ «ARTÍCULO 84. Modificado por el art. 14, Decreto Nacional 2304 de 1989 Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, **que se declare la nulidad de los actos administrativos.**

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». [...] [Negrillas fuera de texto].

²⁵ Artículo derogado, a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019.

²⁶ Ver, por ejemplo, la sentencia Veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017) , dentro del radicado 110010325000201200126 00 (0544-2012), en la que esta misma Sección y con ponencia del suscrito magistrado decidió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la otra funcionaria de la DIAN que fue sancionada en el mismo proceso disciplinario adelantado contra el aquí demandante.

legalidad deberá someterse a los criterios de trascendencia o relevancia para que las formas no se privilegien de manera injustificada o desproporcionada sobre el fondo del asunto. Ello entonces supondrá una ponderación de la habilitación legal correspondiente y las razones que tuvo la entidad para haber procedido de esa manera frente las prerrogativas y derechos que deben observarse en favor de los sujetos procesales.

3.1.3 Caso concreto.

Sin necesidad de hacer mayor esfuerzo argumentativo, la Sala observa que la causal alegada no está llamada a prosperar, por cuanto el acto administrativo de primera instancia fue proferido por el subdirector de Gestión de Control Disciplinario interno de la UAE DIAN, mientras que la decisión que resolvió los respectivos recursos de apelación —segunda instancia— fue adoptada por el director general de dicha institución, quien tenía la condición de nominador del entonces servidor público que aquí funge como demandante. Ambos funcionarios, desde el punto de vista de las normas legales que fueron analizadas, estaban habilitados para proferir dichas decisiones y en estricto sentido, a pesar de invocarse la falta de competencia, ninguno de los reparos formulados estuvieron dirigidos contra de los actos que resolvieron el fondo del asunto.

De hecho, el apoderado del demandante concentró su esfuerzo en afirmar que se presentaron algunas irregularidades como las siguientes: (i) Caducidad administrativa; (ii) Vulneración de los términos de cada etapa de la actuación; (iii) Trámite de la actuación disciplinaria, con decreto y práctica de pruebas por parte de funcionarios sin competencia y (iv) Expedición del pliego de cargos por funcionario sin competencia.

Frente a ello, la Sala estima, en primer lugar, que la «caducidad administrativa», en la forma como se presentó en la demanda, es una figura inexistente en el trámite de una actuación disciplinaria. En efecto, ni en la Ley 734 de 2002 ni en ninguna otra expresión del derecho disciplinario existe la figura de la caducidad asociada con la observancia de los términos de la indagación preliminar. Ello, a lo sumo, es un concepto relacionado con la acción disciplinaria, que junto con la prescripción explica los términos con los que cuenta el Estado para ejercer su facultad sancionatoria²⁷.

²⁷ Ley 734 de 2002, artículo 30: «Términos de prescripción de la acción disciplinaria. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> <Artículo modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> **La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta**, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria **prescribirá** en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.
[...] [Negrillas fuera de texto].

En segundo lugar, sería el caso que la Sala estudiara, en otra causal, la supuesta irregularidad por la expedición del pliego de cargos por un funcionario sin competencia, pues según la demanda la doctora Doris Azucena Buitrago Valbuena actuó en contravía de la designación efectuada mediante el auto n.º 1003-98 del 3 de febrero de 2010²⁸, acto que le posibilitaba adoptar las decisiones del proceso, con excepción del auto de pliego de cargos y providencias similares.

Para la Subsección, la anterior prohibición fue cierta; empero, el apoderado soslayó de forma deliberada —pues fue quien también representó los intereses del demandante en el proceso disciplinario— un auto expedido de forma posterior como lo fue la decisión 299 del 24 de mayo de 2010²⁹, mediante el cual el coordinador nacional de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN designó a la aludida funcionaria para «evaluar la investigación adelantada dentro del proceso n.º 54-17-2007-88», esto es, para decidir sobre el mérito de la actuación seguida contra el demandante. Ante una omisión de tal naturaleza, la Sala considera innecesario ahondar en más explicaciones y estimar improcedente el reproche formulado.

Y en tercer lugar, el demandante aseveró, en este acápite, que la nulidad decretada por el subdirector de Gestión de Control Disciplinario interno de la UAE DIAN —refiriéndose a la decisión del 16 de febrero de 2009³⁰— estuvo soportada en que las pruebas fueron decretadas y practicadas por funcionarios incompetentes.

En tal forma, la Sala constata que dicha afirmación tampoco es cierta, por cuanto el verdadero fundamento para haber adoptado la aludida decisión fue la declaratoria de nulidad que se produjo en el proceso penal por parte del Tribunal Superior de Bogotá³¹. Sobre dicho aspecto, la autoridad disciplinaria consideró que los vicios ocurridos en la jurisdicción penal podrían tener incidencia en las diligencias y pruebas que se habían ordenado incorporar al expediente, pero nunca que las pruebas en el proceso disciplinario hubiesen sido practicadas por funcionarios sin competencia.

De esa manera, la Sala desestima la causal de nulidad por falta de competencia.

Por último, para efectos de responder los restantes argumentos presentados en este acápite, la Subsección diferirá los aspectos relacionados con la «vulneración de los términos de cada etapa de la actuación» al momento en que se examine la causal de expedición irregular.

Conclusión: Los actos administrativos sancionatorios fueron expedidos por funcionarios competentes.

²⁸ Folio 1740 del cuaderno 11 del expediente disciplinario.

²⁹ Folio 1823 del cuaderno 12 del expediente disciplinario.

³⁰ Folios 1658 a 1665 del cuaderno 11 del expediente disciplinario.

³¹ *Ibidem*.

3.2 Segundo problema jurídico.

¿Las decisiones disciplinarias de primera y de segunda instancia proferidas por la DIAN violaron las normas superiores en las que debían fundarse?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios no fueron expedidos con violación de las normas en que debían fundarse.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La nulidad del acto administrativo por violación del ordenamiento superior o la regla de derecho de fondo en que debía fundarse (3.2.1).
- El derecho a la igualdad y su incidencia en el derecho disciplinario (3.2.2)
- Caso concreto (3.2.3).

3.2.1 La nulidad del acto administrativo por violación del ordenamiento superior o la regla de derecho de fondo en que debía fundarse.

Entre las causales de nulidad señaladas en el artículo 84 del CCA³² se encuentra aquella referida a la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo, también conocida como la nulidad por violación del ordenamiento superior o de la regla de derecho de fondo que se exigía para su sustento. Esta causal ha sido entendida como genérica³³, frente a las específicas referidas a cada uno de los elementos de los actos administrativos a saber: incompetencia, expedición irregular, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y falsa motivación.

En todo caso, el significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación³⁴ como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: Falta de aplicación, aplicación indebida o, interpretación errónea.

La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso decidido.

³² Norma vigente y aplicable en este caso porque la demanda se presentó antes de la vigencia de la Ley 1437.

³³ BETANCUR JARAMILLO, *op. cit.* p. 299.

³⁴ C.E. Sec. Cuarta. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660), mar. 15/2012.

En segundo lugar, la aplicación indebida tiene lugar cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. En tal modo, el error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias:

- Porque la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y,
- Porque no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

Finalmente, se viola la regla de derecho de fondo o norma sustancial de manera directa al dársele una interpretación errónea. Esto sucede cuando las disposiciones que se aplican son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidas, las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde³⁵.

3.2.2 El derecho a la igualdad y su incidencia en el derecho disciplinario.

La igualdad constituye un derecho fundamental, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que goza de eficacia normativa directa en atención a lo dispuesto en el artículo 85 ibidem. De acuerdo con la primera de tales disposiciones:

[...] ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan [...]

Adicionalmente, este derecho tiene consagración en la Convención Americana de Derechos Humanos, integrada al bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Carta Política. Al respecto, este instrumento internacional dispone en su artículo 24 que «[...] Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley [...]».

³⁵ *Ibidem*.

El derecho a la igualdad busca la realización de un orden justo mediante la garantía de un trato idéntico para todos aquellos que se encuentran en las mismas condiciones, lo que lleva a concluir que, en ciertas situaciones, lo procedente a efectos de garantizarlo es una discriminación positiva. Este concepto, que corresponde a lo que se conoce como igualdad material, permitió la superación de la teoría clásica liberal que, al predicar una igualdad absoluta y abstracta, promovía situaciones de profunda inequidad.

En armonía con las normas de rango superior anotadas, en materia disciplinaria, el legislador dispuso en el artículo 15 de la Ley 734 de 2002 que «[...] Las autoridades disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...]».

Ahora bien, en aquellos casos en que se pone en juicio la garantía del derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto la aplicación de una herramienta denominada «juicio integrado de igualdad», que se agota en las siguientes etapas:

[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...]

En ese sentido, una de las formas de determinar si existe igualdad entre una y otra situación fáctica es efectuar un ejercicio comparativo, a efectos de definir, según el nivel de discrepancia o semejanza, si las cuestiones objeto de análisis son comparables entre sí, es decir, si existe un *tertium comparationis*. Este ejercicio es importante porque de acuerdo con lo que se concluya en él, debe seguirse uno de los siguientes cuatro mandatos:

[...] (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras

[...]

Todo lo anterior indica que para llevarse a cabo dicho juicio de igualdad se tiene que comparar los supuestos de hecho de ambas situaciones, por lo cual se debe acreditar, con un mínimo de rigurosidad, aquellas circunstancias fácticas del

respectivo caso, cuya aplicabilidad, por vía del principio de igualdad, se reclama. Cuando dicha exigencia no se cumple, la sola afirmación de que se vulneró el derecho a la igualdad, porque supuestamente en otro evento se adoptó determinada decisión, hace improcedente el reconocimiento de dicho derecho.

3.2.3 Caso concreto.

La parte demandante esgrimió la supuesta violación de las normas superiores en que debían fundarse los actos demandados por múltiples razones: (i) por violación al principio de igualdad; (ii) porque no se quisieron valorar las pruebas; (iii) porque se aplicó un procedimiento diferente al que legalmente correspondía; (iv) porque al demandante se le afectó como persona y en su integridad; y (iv) por la violación al principio de imparcialidad.

De esa manera, la Sala destaca que la única razón que se ofreció para respaldar las anteriores afirmaciones fue la relacionada con el derecho a la igualdad, en cuanto a que supuestamente «a otros funcionarios sí se les respetaba las reglas estipuladas para investigar y sancionar asuntos de igual o mayor gravedad que aquellos que hicieron parte del presente asunto».

No obstante, dicho planteamiento es equivocado, porque para poder pregonar la violación al derecho a la igualdad es necesario determinar cuáles son las dos situaciones con las que se debe efectuar el respectivo ejercicio comparativo. La sola aseveración de que «a otros funcionarios sí se les respetaba las reglas estipuladas para investigar y sancionar asuntos de igual o mayor gravedad», sin mencionar los casos desde el punto de vista fáctico y jurídico, es incompleta. Para tal efecto, el demandante necesitaba demostrar que en otras situaciones similares la solución en derecho debía ser otra, aspecto que no se cumplió en este proceso.

Incluso, en gracia a la discusión, la Sala destaca que el hecho de que algunos asuntos similares sean resueltos en forma diferente ello no comporta necesariamente una discriminación o diferencia de trato, dado que pueden presentarse particularidades en cada caso, como la existencia de pruebas o faltas disciplinarias distintas que determinen un desenlace diferente sobre el asunto.

Por tanto, el derecho a la igualdad de trato ante la ley que le asiste a los disciplinados no alude al sentido de la decisión en sí misma, sino en la aplicación de las normas procesales y sustanciales, atendiendo a los supuestos de hecho que determinaran cada caso individualmente considerado. En tal forma, la ausencia de un patrón de igualdad que permita la comparación de uno y otro evento torna improcedente la pretensión de considerar que los actos administrativos disciplinarios supuestamente vulneraron el derecho a la igualdad.

Por su parte, las restantes afirmaciones no solo estuvieron desprovistas de un mínimo respaldo argumentativo, sino que algunas de ellas están en contradicción con otras razones que fueron ofrecidas en la demanda y en los alegatos de conclusión. Así, por ejemplo, mientras al comienzo se dijo que «no se quisieron

valorar las pruebas», en otros apartados se afirmó que dicha valoración fue defectuosa. Por esa razón, la Sala efectuará los respectivos análisis cuando resuelva la causal de falsa motivación.

Algo similar ocurre con el señalamiento de que se aplicó un procedimiento legal distinto, cuando en otra causal se recrimina el que se hayan desconocido los términos de cada una de las etapas contenidas en la Ley 734 de 2002. Ciertamente, la Sala se percata de que este tipo de afirmaciones fueron retóricas y que ellas a lo sumo se concretan en otra clase de causales como la expedición irregular.

De la misma manera, no pueden aceptarse las simples aseveraciones como aquella que la abogada Gina Paola Cortés López, funcionaria que proyectó la decisión de primera instancia, era una «consentida» de la entonces jefe de Jurídica. En efecto, adicional a que tal manifestación no se demostró, la Sala no comprende cuál puede ser el alcance o la incidencia de dicha situación, cuando los actos administrativos demandados fueron suscritos por un subdirector de asuntos disciplinarios y el director de la entidad, ambos con competencia legal para adoptar dicho tipo de decisiones.

Por último, menos puede ser de recibo el que se tenga en cuenta que el demandante fue afectado con la sanción disciplinaria, pues si ella fue producto de la declaratoria de la responsabilidad es porque precisamente se aplicaron las normas superiores en que debieron fundarse los actos administrativos. En tal modo, la sanción y su legalidad no debe discutirse en si el servidor fue afectado como trabajador o miembro del conglomerado familiar o social, o si este tipo de consecuencias se extendieron a los integrantes de su familia, sino por un estricto examen de las causales para pregonar la anulación de los respectivos actos. Por tanto, cuando se utilizan razones basadas en la piedad o en la clemencia, ello no deja de ser una falacia o un argumento *ad misericordiam*³⁶.

Por lo dicho en precedencia, las razones por las cuales se alegó la violación de las normas superiores en que debieron fundamentarse los actos administrativos disciplinarios no están llamadas a prosperar.

³⁶ «Es el argumento que para convencer recurre a la piedad o a la clemencia para conseguir una conclusión. Por ejemplo: el joven que había asesinado brutalmente a sus padres con un hacha, al ser juzgado y procesado con pruebas abrumadoras, pida clemencia por haber quedado en la orfandad». En CASTILLO ALVA, José Luis. LUJÁN TÚPEZ, Manuel. ZAVALETA RODRÍGUEZ, Róger. Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. ARA Editores AXEL Editores. Segunda edición. Colombia. 2007. p. 321. «En los estrados judiciales muchos abogados de la defensa recurren con frecuencia a argumentos en los que apelan a la compasión para conmover al jurado o a los jueces a favor de sus defendidos, ya sea para lograr una sentencia absolutoria o, por lo menos, una pena mínima. Cuando las emociones y los sentimientos se imponen sobre lo racional, se enfatizan y exageran pequeñas fallas, al ser presentadas como defectos monumentales, y, por otro lado, se ignoran o minimizan aspectos positivos muy importantes [...]». DÍAZ, Álvaro. La argumentación escrita. Editorial Universidad de Antioquia. 2009. pp. 103 a 106.

Conclusión: Los actos administrativos disciplinarios no desconocieron las normas en que debían fundarse, esto es, los artículo 9 y 48, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, referidos por el demandante.

3.3 Tercer problema jurídico.

¿En el trámite de la actuación disciplinaria seguida contra el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño se presentaron irregularidades que afectaron el derecho al debido proceso?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: En el trámite de la actuación disciplinaria seguida contra el demandante no se configuró la vulneración al debido proceso

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Debido proceso disciplinario (3.3.1).
- El régimen de impedimentos y recusaciones en la actuación disciplinaria (3.3.2).
- Caso concreto (3.3.3).

3.3.1 Debido proceso disciplinario

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. En efecto, el proceso disciplinario es un trámite de naturaleza administrativa, por lo que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas.

Al respecto, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra, material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtir, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el *non bis in idem* y el derecho a contradecir las pruebas, entre muchas otras.

Con base en esa distinción, es plausible aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues para tales efectos será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado

en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que, cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

Sobre tal aspecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay **privación o limitación del derecho de defensa**, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da **si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo**, violándolo ostensiblemente [...] ³⁷ [Negritas fuera de texto].

En efecto, este postulado es coherente con el llamado principio de trascendencia que consagra el artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su párrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación. Esta norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento [...]» ³⁸.

3.3.2 El régimen de impedimentos y recusaciones en la actuación disciplinaria.

El régimen de impedimentos y recusaciones contenido en la Ley 734 de 2002 busca hacer efectivo el principio de imparcialidad, el cual es exigible a todos los servidores del Estado y, en general, de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas, pues en sus actuaciones debe prevalecer siempre el interés

³⁷ Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000, Corte Constitucional. En este sentido también puede leerse el auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...]».

³⁸ Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.

general³⁹, motivo por el cual su juicio debe estar exento de intereses que lo alejen de dicha finalidad.

La importancia y trascendencia de la imparcialidad en la función pública ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional, en razón a que los pronunciamientos y los actos que expiden quienes la desempeñan afectan los derechos de las personas, lo que implica que los servidores encargados de tal labor deben asumir una conducta recta, libre de toda inclinación respecto del sentido en el que deba adoptarse la decisión y así brindar un trato igual para todas las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y jurídica⁴⁰.

De esta manera, en virtud del principio de imparcialidad, las autoridades en su actuar deben tener en cuenta que el propósito de los procedimientos es el de asegurar y garantizar los derechos de las personas sin discriminación alguna, otorgándoles la igualdad en su trato.

El principio en cuestión tiene dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva⁴¹. La parte objetiva hace referencia a la materia sobre la cual ha de conocerse el objeto del proceso. El aspecto subjetivo se predica respecto de los sujetos y consiste en que el juez o funcionario que debe emitir una decisión sobre determinada materia no haya tenido relación alguna con las partes involucradas, de manera que se asegure su probidad e independencia para que no se vea afectado su razonamiento objetivo por inclinaciones o diferencias personales con alguna de las partes del asunto bajo su conocimiento.

En tal modo, la Ley 734 de 2002 le da especial relevancia al principio de la imparcialidad cuando se refiere a la función pública (art. 22), a los deberes de los servidores públicos (art. 34 numerales. 2.º, 6.º y 38), a los principios del procedimiento disciplinario (art. 94⁴²) y a la búsqueda de la prueba (art. 129). Por tanto, su acepción en materia disciplinaria se puede resumir en el siguiente criterio expresado por la Corte Constitucional⁴³:

[e]l principio de imparcialidad, como parte del debido proceso disciplinario, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante la investigación, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir.».

³⁹ Artículo 123 de la Constitución Política, prevé: «[...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...]»

⁴⁰ T-297 de 1997.

⁴¹ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-1034 de 2006, C-545 de 2008, C-450 de 2015.

⁴² Artículo 94. Principios que rigen la actuación procesal. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

⁴³ Sentencia C- 762 de 2009.

En materia disciplinaria la administración ostenta una doble condición, pues quien adelanta la investigación también define si existe responsabilidad del implicado. No obstante, en la labor de instrucción y recaudo de la prueba está especialmente condicionada por la búsqueda de la verdad real, por lo cual debe imprimir el mismo rigor para verificar tanto los aspectos desfavorables como los favorables, en relación con la conducta que le corresponde analizar (art. 129 Ley 734 de 2002).

Adicionalmente y dada su trascendencia, el ordenamiento jurídico ha dotado de herramientas que permiten la efectividad de dicho principio, tales como los impedimentos y las recusaciones⁴⁴, con la finalidad de asegurar que el ejercicio de la función disciplinaria respete los derechos del investigado atendiendo la naturaleza y propósitos del poder disciplinario⁴⁵.

En efecto, dicha garantía se concreta en el artículo 84 de la Ley 734 de 2002 de la siguiente manera:

Artículo 84. Causales de impedimento y recusación. Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos **que ejerzan la acción disciplinaria**, las siguientes:

1. Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
2. Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia.
3. Ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de cualquiera de los sujetos procesales.
4. Haber sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales o contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación.
5. Tener amistad íntima o enemistad grave con cualquiera de los sujetos procesales.
6. Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
7. Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
8. Estar o haber estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hubiere proferido resolución de acusación o formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.

⁴⁴ Sentencia T-176 de 2008.

⁴⁵ Sentencia C- 792 de 2009.

9. Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
10. Haber dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale, a menos que la demora sea debidamente justificada.

Solo a partir de la configuración de las siguientes causales y en el momento en que se ejerza la acción disciplinaria es que la autoridad deberá declararse impedida.

3.3.3 Caso concreto.

El apoderado del señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño aseveró en la demanda que la UAE DIAN hizo efectiva la sanción disciplinaria el día 22 de junio de 2011, fecha en la que su representado se encontraba en una situación administrativa de incapacidad, aspecto que significó una violación del debido proceso.

Frente a ello, la Sala disiente de dicha afirmación, por cuanto la situación mencionada nada tiene que ver con la perspectiva formal o material del debido proceso que se traduce en las garantías a las que tienen derecho los sujetos procesales durante el trámite de la actuación disciplinaria. Al respecto, la circunstancia referida por el señor apoderado pertenece a un trámite propio de la ejecución del acto administrativo, lo cual es posterior a la finalización de la actuación disciplinaria.

Por otra parte, para la Subsección tampoco pueden ser de recibo los planteamientos tendientes a reclamar la afectación del debido proceso porque supuestamente el funcionario que tramitó la decisión de segunda instancia debió declararse impedido.

Dicha solicitud se efectuó en los alegatos de conclusión, la cual debe ser denegada por cuanto el servidor público Carlos Arturo Rojas Aguilar fue el funcionario que proyectó la decisión de segunda instancia, más no quien adoptó el respectivo acto administrativo, pues ello lo hizo el doctor Juan Ricardo Ortega López⁴⁶, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como director de la DIAN y como consecuencia de ello fungía como nominador del aquí demandante.

En ese sentido, la Sala debe recordar que las causales de impedimento y recusación están circunscritas a los funcionarios que tienen la competencia para decidir, más no para aquellos que tienen la función de instrucción o proyección⁴⁷.

⁴⁶ Folio 2314 del cuaderno n.º 14 del proceso disciplinario.

⁴⁷ Artículo 84. Causales de impedimento y recusación. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Son causales de impedimento y recusación, **para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria**, las siguientes: [Negrillas fuera de texto].
[...]

Adicionalmente, no es cierto que el funcionario Carlos Arturo Rojas Aguilar haya participado en el trámite de la primera instancia del proceso disciplinario seguido contra el demandante. Sobre este asunto, la Sala estima necesario efectuar algunas observaciones.

En primer lugar, en la demanda nada se dijo sobre la supuesta participación del señor Carlos Arturo Rojas Aguilar en el trámite de primera instancia. Por el contrario, se afirmó, incluso, que quien proyectó el acto administrativo de primera fue la funcionaria Gina Paola Cortés López, persona que al decir del demandante era allegada a la jefe de la Oficina Jurídica. Esta situación se corrobora con el reverso del folio 2165 del cuaderno n.º 13 del proceso disciplinario, en donde al lado de la firma del subdirector de Gestión de Control Disciplinario Interno se registró que quien proyectó la decisión fue esta servidora.

En segundo lugar, en el trámite de este proceso, se escuchó en diligencia de declaración a la señora Gladys Solano González⁴⁸. Esta persona narró que cuando procedieron a revisar el proyecto de decisión de segunda instancia se percató de la presencia del señor Carlos Arturo Rojas Aguilar, persona que, según ella, adelantaba las primeras instancias en materia disciplinaria en la entidad, pero que para el presente proceso lo habían designado de forma especial para proyectar el acto que resolvía los recursos de apelación. La explicación exacta la dio esta testigo de la siguiente manera⁴⁹:

[...] el ponente en aquel entonces, según las verificaciones que yo tengo acá, la hace un doctor de nombre Carlos Arturo. **Tenía entendido**, era un abogado de sustanciación, del aquel entonces de la Subdirección de Investigación Disciplinaria. Cuando la persona me entrega la ponencia y entregan el reparto, yo le pregunto que por qué él estaba allí, si era una segunda instancia. Me dice que hicieron una delegación y una comisión de servicios **para sacarlo de la Subdirección** y prestar servicios a la Dirección de Gestión Jurídica para que atendiera el caso.

Le pregunté, pero si aquí hay abogados, ¿por qué la ponencia no se hizo acá? **Me dijo porque yo conozco muy bien el caso. O sea, daba a entender que había intervenido en la primera instancia**, primera situación. Segunda situación: efectivamente la ponencia venía suscrita por este abogado y, pues, se entiende si la Comisión estaba bien su contenido y su alcance es una orden de alta jerarquía que uno no discute como revisor. [Negrillas fuera de texto].

A partir de la afirmación que hizo la testigo, la apoderada sustituta que intervino en los interrogatorios de Jaime Efraín Garzón Bacca (16 de noviembre de 2018) e

⁴⁸ Declaración que obra en el CD del folio 265 del cuaderno principal y conforme a la audiencia de testimonios llevada a cabo el 16 de noviembre de 2018 (Folios 265 a 269, *ibidem*).

⁴⁹ Confróntese con los minutos 8 y siguientes de la declaración de Gladys Solano (DVD que obra en el folio 265, *ibidem*).

Isabel Cristina Garcés Sánchez (20 de junio de 2019)⁵⁰ asumió que el señor Carlos Arturo Rojas Aguilar había participado de forma indefectible en la primera y segunda instancia del proceso disciplinario seguido contra el demandante. No obstante, ello fue una apreciación de la testigo, que no está respaldada con ninguna otra prueba. Por el contrario, las evidencias documentales contradicen esa simple suposición, ya que en los actos surtidos en primera instancia no hay ningún registro del señor Rojas Aguilar como sí los hay en la segunda. En efecto, las iniciales de sus nombres, bajo la fórmula «CARA», no solo se encuentran en la decisión sancionatoria de segunda instancia, sino en el auto 0000579 del 19 de mayo de 2010, mediante el cual otro director de la DIAN, el doctor Néstor Díaz Saavedra, resolvió un trámite de recusación⁵¹.

En tercer lugar, existe una notable diferencia en que en una entidad se designe a un servidor público, que pertenece a la dependencia que tramita las primeras instancias, para que de forma especial se encargue de la proyección de un acto administrativo de segunda en un proceso determinado, con aquella situación de que ese mismo funcionario conozca la actuación tanto en primera como segunda instancia.

Ciertamente, esta última circunstancia no puede aseverarse porque la testigo tenga entendido de que el abogado Carlos Arturo Rojas Aguilar en el pasado estaba encargado de proyectar las primeras instancias en su entidad o porque, según ella, el profesional le hubiese dicho que «conocía muy bien el caso». Para la Sala este último aspecto tuvo que ser necesariamente cierto, ya que el doctor Rojas Aguilar había examinado el asunto, en su condición de proyectista de segunda instancia, cuando se tramitó la recusación antes de que fuera declarada la nulidad en el proceso.

De esa manera, en el proceso no está probada alguna irregularidad que pueda ser considerada como una afectación del debido proceso, pues (i) en quien recaen las causales de impedimento y recusación son los funcionarios que ejercen la acción disciplinaria; (ii) el doctor Carlos Arturo Rojas no tenía la facultad para adoptar las decisiones disciplinarias, pues solo proyectó los actos de segunda instancia, entre ellos un trámite de recusación y la Resolución n.º 005280 del 11 de mayo de 2011; (iii) Existe prueba de que quien proyectó el acto de primera instancia fue una funcionaria diferente, esto es, la doctora Gina Paola Cortés López; y (iv) Las suposiciones de la funcionaria Gladys Solano no están respaldadas en las pruebas obrantes en el proceso.

Por las razones anotadas, la causal por violación al debido proceso no está llamada a prosperar.

Conclusión: En el trámite de la actuación disciplinaria, no se demostró la configuración de alguna irregularidad que hubiese afectado el debido proceso del demandante.

⁵⁰ Declaración que obra en el CD del folio 307 del cuaderno principal y conforme a la audiencia de testimonios llevada a cabo el 20 de junio de 2019 (Folios 308 a 310, *ibidem*).

⁵¹ Folios 1815 a 1822 del cuaderno n.º 12 del proceso disciplinario.

3.4 Cuarto problema jurídico.

¿Los actos administrativos disciplinarios mediante los cuales se sancionó al demandante fueron expedidos de forma irregular?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios no fueron expedidos de forma irregular.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La expedición irregular de los actos administrativos disciplinarios (3.4.1).
- Caso concreto (3.4.2).

3.4.1 La expedición irregular de los actos administrativos disciplinarios.

En vigencia del artículo 84 del Decreto 01 de 1984⁵² (Código Contencioso Administrativo), el vicio de expedición irregular fue entendido como una de las causales de nulidad de los actos administrativos. Esta causal se justifica en la sujeción de esos actos a un procedimiento y a unas formas previamente determinadas en los preceptos normativos que les resulten aplicables. La utilidad de esas normas se hace evidente, toda vez que, por lo general, constituyen verdaderas garantías para los administrados, las cuales tienen sus raíces en el derecho al debido proceso estatuido en el artículo 29 de la Constitución Política⁵³.

Al abordarse el concepto de debido proceso, se dijo que este se manifestaba en dos perspectivas: una formal y otra material. En cuanto a lo formal, se explicó que aquella se refería a las ritualidades legalmente establecidas, como las etapas que deben surtir, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otros. En otras palabras, el vicio de expedición irregular equivale a aquella parte formal del debido de proceso, cuyo desconocimiento genera que el acto de estime contrario a la legalidad.

Sobre esta causal, la doctrina ha dicho lo siguiente⁵⁴:

⁵² Artículo 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. 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.

[...]

⁵³ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Octava Edición. Medellín: Señal Editora, 2013, p. 295.

⁵⁴ Berrocal Guerrero, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Librería Ediciones el Profesional LTDA. Séptima edición. Bogotá. 2006. pp. 551 y 552

Esta causal de nulidad se configura cuando **no se le da cumplimiento a las formalidades previstas en la ley o el reglamento para la formación del acto** de que se trate, entendiendo como formalidades los **requisitos tendientes a garantizar la veracidad del acto**, la igualdad de los interesados, sus derechos privados como el de defensa, controversia, etc., **así como la publicidad** que en determinados casos se debe hacer del trámite de la actuación respectiva. Entre ellos se encuentran desde requisitos obvios y comunes como la fecha, nombre del órgano, firma del funcionario, pasando por la motivación cuando, deba hacerse expresa, **hasta el cumplimiento de trámites, diligencias o pasos necesarios**, tales como la solicitud de conceptos, dictámenes, estudios previos, publicación de la solicitud o del inicio de la actuación administrativa, citaciones a terceros, etc. Según se ha comentado atrás, **la irregularidad que puede originar la anulación del acto es la que es relevante** para su contenido o para la efectividad del debido proceso, cuando es sustancial, según la jurisprudencia, es decir, cuando incide en el sentido de la decisión, o es básica para la misma. [Negritas fuera de texto].

Como quiera que el defecto de expedición irregular tiene varios puntos de encuentro con aquellos vicios relacionados con la vulneración al derecho de defensa y debido proceso, en esta causal han de tenerse en cuenta principalmente aquellos otros desconocimientos que, aun cuando hagan parte de la ritualidad con que debe producirse el acto, afecten las garantías a las que tiene derecho el administrado.

En el proceso disciplinario, además de los derechos a la defensa y debido proceso, debe verificarse si el acto fue producto del cumplimiento de otros requisitos fijados en la ley, como, por ejemplo, si se observó el procedimiento adecuado⁵⁵, si se agotaron todas las etapas⁵⁶ o si se respetaron los demás trámites establecidos como «diligencias o pasos necesarios» para proferir las decisiones⁵⁷.

Ahora bien, al igual que sucede con los otros derechos y garantías en cabeza del disciplinado, no toda inobservancia puede llevar a la anulación de la actuación procesal, pues será indispensable que la respectiva irregularidad sea relevante, esto es, que se trate de un yerro de tal magnitud, cuya única solución posible sea

⁵⁵ En la Ley 734 de 2002, existen dos procedimientos: el ordinario y el verbal. De esa manera, el procedimiento verbal solo es posible en ciertos eventos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 y siguientes de dicha legislación. Si en un determinado asunto la causal que supuestamente posibilita el procedimiento verbal no se da, podría afirmarse que el acto fue expedido de forma irregular.

⁵⁶ La estructura del proceso disciplinario está definida por las siguientes etapas: indagación preliminar (opcional), investigación disciplinaria, pliego de cargos, descargos, alegatos de conclusión y decisiones sancionatorias de primera y segunda instancia. Así, por ejemplo, si en un acto administrativo disciplinario se pretermitiera alguna de estas etapas —las que tengan el carácter de obligatorias—, más allá de alegarse alguna vulneración al debido proceso, el acto estaría afectado específicamente por una expedición irregular.

⁵⁷ Al respecto, piénsese, por ejemplo, si los trámites relacionados con los impedimentos o recusaciones fueron aplicados correctamente. De la misma forma, si las formalidades de algunas pruebas se observaron, como los peritajes o informes técnicos. Igualmente, si algunos incidentes como tachas o exclusiones probatorias se hicieron de forma acertada. Todos estos ejemplos podrían encuadrarse de mejor manera en la causal de expedición irregular.

la declaratoria de nulidad del acto cuestionado. Si ello no se entiende así, el juez podría incurrir en un error todavía más grave, al no propender por el logro de la justicia material, pues una decisión que privilegie de manera desproporcionada la forma sobre el fondo del asunto podría adolecer de un «defecto procedimental por exceso ritual manifiesto»⁵⁸.

3.4.2 Caso concreto.

En relación con la causal de expedición irregular, el demandante presentó varios argumentos de inconformidad que merecen un análisis por separado.

- **Sobre el incumplimiento del deber de recibir la queja bajo juramento y la supuesta orientación de los funcionarios de la DIAN para que interpusiera la queja.**

La Sala constata que este argumento no puede ser de recibo, pues, por un lado, las quejas sí se recibieron bajo juramento. Así se puede evidenciar en los registros de las declaraciones de Jairo Vásquez Manrique⁵⁹, Sara Fabiola Estupiñán Rabeya⁶⁰ y William Adolfo Jacobo Prieto⁶¹. En todas estas diligencias se dejó constancia de lo siguiente: (i) Contenido del artículo 442 del Código Penal, norma que trata del delito de falso testimonio; (ii) Advertencia sobre la cláusula de no autoincriminación de que trata el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia; y (iii) Constancia expresa sobre la toma del juramento, bajo la fórmula de pregunta y respuesta⁶².

Por el otro, la supuesta «orientación», que en sentir del apoderado fue irregular, únicamente estuvo referida a la forma en cómo los ciudadanos debían interponer la respectiva queja. Así se respondió mediante la comunicación del 28 de febrero de 2008⁶³, a la que posiblemente hizo alusión el demandante. Por ende, no es cierto que se haya afectado la imparcialidad debida en el comienzo de la actuación disciplinaria.

De esa manera, la Subsección observa que las razones presentadas por el demandante son infundadas.

- **Desconocimiento de los términos de la actuación disciplinaria.**

A lo largo del escrito introductorio, el demandante hizo varias referencias acerca de que las autoridades que profirieron los actos administrativos sancionatorios

⁵⁸ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La Lucha por los derechos en el Derecho Disciplinario, Universidad externa de Colombia, Segunda edición. Bogotá. 2018. p. 235.

⁵⁹ Folios 5 a 13 del cuaderno n.º 2 del expediente disciplinario.

⁶⁰ Folios 20 a 24, *ibidem*.

⁶¹ Folios 25 a 29, *ibidem*.

⁶² En las tres diligencias, se lee lo siguiente: «Pregunta: Jura decir la verdad y nada más que la verdad en la presente diligencia. Contestó: Sí, lo juro».

⁶³ Folios 909 a 911 del cuaderno n.º 7 del expediente disciplinario.

incumplieron los términos dispuestos para cada una de las etapas de la actuación disciplinaria. Dichos reparos se efectuaron principalmente en cuanto a la duración de la indagación preliminar y la investigación disciplinaria y los tiempos en que se deben adoptar las principales decisiones como lo son el pliego de cargos y las providencias de primera y de segunda instancia.

Al respecto, la Sala observa que dichas situaciones no son constitutivas de irregularidades que pueda catalogarse en un vicio suficiente para anular un acto administrativo disciplinario: ni como afectación del debido proceso o una causal de expedición irregular. En efecto, si bien lo deseable es que se acaten los términos, el trámite de las actuaciones puede verse sometida a un sinnúmero de circunstancias que impiden en no pocas ocasiones que se cumplan de manera estricta todos los plazos fijados por el legislador.

Esta Subsección, en un caso similar al que aquí se estudia, explicó lo siguiente⁶⁴:

Establecido lo anterior, es preciso señalar que, en efecto, como lo advierte el demandante, **algunos de los términos procesales legalmente previstos no se siguieron con rigor dentro del procedimiento administrativo sancionatorio del que fue objeto.** Tal es el caso de la investigación disciplinaria, la cual, por regla general y conforme al artículo 156 de la Ley 734 de 2002, ha de tener una duración máxima de doce meses, prorrogables hasta por seis meses más, contados a partir de la decisión de apertura. Lo propio puede afirmarse del término probatorio y de aquél que se tiene para proferir fallo, conforme a los artículos 168⁶⁵ y 169⁶⁶ *ibidem*.

No obstante lo anterior, **la inobservancia de los términos anunciados no puede tenerse como una irregularidad tal que vicie el procedimiento disciplinario** puesto que, al estudiar el trámite que se siguió, no puede más que concluirse que al demandante se le respetaron las garantías sustanciales que constituyen la esencia del derecho al debido proceso, **situación que, aunada al imperativo de justicia material, conduce a sostener la validez de la actuación en virtud del anunciado principio de trascendencia.** [Negrillas fuera de texto].

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación, ha tenido una similar postura⁶⁷:

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección «A». Sentencia del 20 de septiembre de 2018. Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00754-00(2353-14). Actor: William Baquero Parrado. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

⁶⁵ Artículo 168. Término probatorio. Vencido el término señalado en el artículo anterior, el funcionario ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas, de acuerdo con los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad.

Además, ordenará de oficio las que considere necesarias. Las pruebas ordenadas se practicarán en un término no mayor de noventa días [...]

⁶⁶ Artículo 169. Término para fallar. Si no hubiere pruebas que practicar, el funcionario de conocimiento proferirá el fallo dentro de los veinte días siguientes al vencimiento del término para presentar descargos, o al del término probatorio, en caso contrario.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-901 del 1.º de septiembre de 2005.

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 [...][Negrillas fuera de texto].

En el presente caso, sería procedente que la Sala efectuara un análisis completo de todos los términos que supuestamente se inobservaron. No obstante, en el proceso disciplinario se decretó, en dos ocasiones, la nulidad de lo actuado. La primera decisión fue proferida por el director de la DIAN el 5 de diciembre de 2008, quien, como funcionario de segunda instancia, dispuso lo siguiente⁶⁸:

DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO dentro del proceso verbal disciplinario n.º 54-17-2007-88, desde el fallo de primera instancia n.º 4009-4 proferido en audiencia del 27 de octubre de 2008, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

Las pruebas decretadas y practicadas legalmente conservarán su plena validez. [Negrillas fuera de texto].

La segunda declaración de nulidad tuvo lugar el 16 de febrero de 2009, fecha en la que el subdirector de Gestión de Control Disciplinario Interno, como funcionario de primera instancia, decidió revocar una decisión anterior en la cual había negado una nulidad interpuesta por los sujetos procesales. De forma concreta, dicha autoridad dispuso lo siguiente⁶⁹:

REVOCAR el auto n.º 1068-6 de febrero 9 de 2009, y en su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la actuación disciplinaria surtida dentro del proceso administrativo disciplinario n.º 54-17-2007-88, **desde el auto n.º 1032-67 de julio 25 de 2007, por cuya virtud se allegaron pruebas al proceso disciplinario, inclusive,** conforme a los

⁶⁸ Folio 1625 del cuaderno n.º 11 del expediente disciplinario.

⁶⁹ Folio 1665, *ibidem*.

argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.
[Negrillas fuera de texto].

En ese sentido, el auto n.º 1032-67 de 25 de julio de 2007⁷⁰ tuvo lugar en el proceso después de ordenada la indagación preliminar (9 de mayo de 2007⁷¹) y antes de la citación a audiencia (19 de febrero de 2008⁷²), por lo que con dicha providencia la única decisión posible era evaluar el mérito de la indagación preliminar con las pruebas que habían sido recaudadas en el proceso disciplinario.

Conforme a lo anterior, la autoridad de primera instancia, a través del auto 1002 del 5 de octubre de 2009⁷³, adoptó la decisión de apertura de investigación disciplinaria, cuyo soporte probatorio fueron algunas evidencias documentales y los testimonios de Sara Fabiola Estupiñán Rabeya, William Adolfo Jacobo y María del Carmen Maldonado Pinzón.

En ese orden de ideas, los reparos del demandante en cuanto a que todas las pruebas estaban viciadas por las decisiones de nulidad no son ciertos, pues hasta aquí se demuestra que las anulaciones de la actuación solo tuvieron incidencia con las etapas del proceso y a lo sumo con las evidencias que habían sido trasladadas del proceso penal a la actuación disciplinaria. Tan cierto es lo anterior que la autoridad disciplinaria, en este nuevo auto de apertura de investigación, ordenó «una inspección administrativa a la actuación penal», con la finalidad de trasladar las pruebas y evidencias que fueran necesarias⁷⁴.

Ahora bien, con posterioridad al auto de apertura de investigación disciplinaria, fechado el 5 de octubre de 2009, en el proceso se registra una decisión de prórroga de investigación del 23 de abril de 2010⁷⁵. Entre una y otra fecha pasaron seis meses y dieciocho días. En el entendido de que por la fecha de la actuación, el término de la investigación disciplinaria tenía una duración legal de seis meses (artículo 156 de la Ley 734 de 2002), la primera inobservancia de los términos sería de (18) dieciocho días, y no de los largos periodos sumados por el demandante (más de 35 meses), en cuyo cómputo agregó de forma equivocada las etapas que se surtieron antes de las respectivas declaratorias de nulidad. Este lapso, en el que además no se practicó ninguna prueba, no puede tener relevancia alguna.

En cuanto a la prórroga de investigación, esta decisión fue del 23 de abril de 2010, cuyo término se extendía hasta el 23 de julio del mismo año. En ese periodo la autoridad resolvió la recusación presentada por uno de los sujetos procesales y practicó las pruebas que fueron ordenadas, entre ellas el acta de visita al proceso

⁷⁰ Folio 167 del cuaderno n.º 2 del expediente disciplinario.

⁷¹ Folios 120 a 124, *ibidem*.

⁷² Folios 596 a 621 del cuaderno n.º 5 del expediente disciplinario.

⁷³ Folios 1692 a 1718 del cuaderno n.º 11 del expediente disciplinario.

⁷⁴ Esta visita se llevó a cabo el 25 de enero de 2010 en el Juzgado 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. Sin embargo, ese día no se pudieron trasladar las diligencias por cuanto la carpeta estaba en otro despacho, en la medida en que se estaba surtiendo un recurso de apelación (Folio 1738 del cuaderno 11 del expediente disciplinario).

⁷⁵ Folios 1776 a 1778 del cuaderno n.º 11 del expediente disciplinario.

penal, cuya fecha de realización fue el 14 de julio de 2010⁷⁶. Esta circunstancia debidamente acreditada demuestra que no hubo ninguna irregularidad en el recaudo de las pruebas, como en varios apartes lo puso de presente el demandante.

De similar manera, el auto de pliego de cargos fue proferido el 5 de agosto de 2010⁷⁷. En tal forma, si se tiene en cuenta que el artículo 161 dice que la evaluación de la investigación tendrá lugar dentro los quince (15) días siguientes al vencimiento del término de aquella (23 de julio de 2010), en esta etapa no hubo ningún tipo de incumplimiento como lo afirmó el demandante.

Continuando con el respectivo análisis, en el expediente no obra constancia de la notificación de la decisión de cargos, pero sí el envío de la notificación al demandante, lo cual fue el 20 de septiembre de 2010⁷⁸. Con todo, los descargos presentados al despacho se registraron el 11 de octubre de 2010⁷⁹ y la autoridad disciplinaria, a través del auto de 19 de octubre del mismo año, ordenó el cierre del periodo probatorio y corrió el respectivo traslado para presentar los alegatos de conclusión⁸⁰. Ulteriormente, el abogado del demandante presentó los alegatos de conclusión el 8 de noviembre de 2010 y el profesional que representaba los intereses de la otra funcionaria lo hizo el 11 del mismo mes y año. En tal forma, según este recuento procesal y conforme a los términos indicados en la Ley 734 de 2002, tampoco hubo algún retraso o incumplimiento de términos como repetidamente lo aseveró el demandante.

Por su parte, el 20 de diciembre de 2010, cuando el despacho se disponía a proferir la decisión de primera instancia, se dejó la constancia de que el abogado de la segunda funcionaria investigada solicitó ser escuchada en diligencia de versión libre, la cual fue programada para el día 24 de diciembre a las 9.00 de la mañana.⁸¹ No obstante, en virtud de un memorial que presentó el referido profesional del derecho el 22 de diciembre de 2010, el funcionario de primera instancia, mediante auto de la misma fecha, reprogramó la diligencia para el jueves 13 de enero de 2011, a las 9.00 de la mañana⁸². En todo caso, llegada la fecha indicada se dejó constancia de que la funcionaria investigada no asistió⁸³.

Para la Sala, es incuestionable que la última situación descrita no es atribuible al aquí demandante, pero tampoco a la autoridad disciplinaria que tuvo a cargo el proceso. De hecho, son situaciones que pueden ocurrir cuando existen varios disciplinados y, por lo tanto, distintas formas de ejercer los derechos en el proceso. Sin embargo, los tiempos en que se presentan dichas novedades no pueden computarse como incumplimientos que se tornen en una expedición irregular de los actos administrativos disciplinarios.

⁷⁶ Folio 1879 del cuaderno n.º 12 del expediente disciplinario.

⁷⁷ Folios 1972 del cuaderno n. 12 al folio 2008 del cuaderno n.º 13 de la actuación disciplinaria.

⁷⁸ Folio 2010, del cuaderno n.º 13 del expediente disciplinario.

⁷⁹ Folios 2053 a 2065, *ibidem*.

⁸⁰ Folio 2068, *ibidem*.

⁸¹ Folio 2130, *ibidem*.

⁸² Folio 2136 y 2137, *ibidem*.

⁸³ Folio 2143, *ibidem*.

En uno u otro sentido, desde el 13 de enero de 2011 hasta la decisión sancionatoria de primera instancia pasaron solamente dieciocho (18) días hábiles, pues esta providencia se adoptó el 8 de febrero de 2011⁸⁴. Al respecto, el entonces artículo 169 de la Ley 734 de 2002 —actualmente el artículo 169A— disponía un término de veinte días para proferir la decisión sancionatoria, razón por la cual no hubo ningún tipo de incumplimiento como lo alegó el demandante.

Finalmente, la última notificación de la decisión de primera instancia fue el 4 de marzo de 2011⁸⁵ y el recurso de apelación presentado por el demandante tuvo lugar el 9 de marzo del mismo año⁸⁶. De esa manera, mediante el auto del 11 de marzo de 2011⁸⁷ se concedieron los recursos de apelación y en esa misma fecha el proceso fue enviado al director de la DIAN para que como funcionario de segunda instancia surtiera el trámite correspondiente⁸⁸. Al respecto, con dichas fechas, el plazo límite para adoptar dicha decisión, de conformidad con el término de cuarenta y cinco (45) días fijado en el artículo 171 de la Ley 734 de 2002, vencía el 17 de mayo de 2011. Coherente con ello, la decisión fue proferida el 11 de mayo del mismo año⁸⁹. Por tanto, en esta etapa tampoco hubo algún incumplimiento sobre los términos procesales.

Conforme a lo anotado, todas las inconformidades esgrimidas por el demandante, en cuanto a la inobservancia de los términos y demás razones conexas, no tienen asidero alguno, razón por la cual este reparo no está llamado a prosperar.

- Otras inconformidades

El demandante, aseveró (i) que se emplearon mecanismos «inocuidar las pruebas practicadas»; (ii) que las «mal llamadas pruebas testimoniales» fueron tachadas de falsedad y sospecha, cuyo trámite no se agotó adecuadamente; (iii) que la Procuraduría había dejado en evidencia las supuestas irregularidades que se presentaron y (iv) que la ilegalidad de las pruebas y falta de competencia estaban respaldadas en el concepto n.º 5013 del 18 de diciembre de 2018, proferido por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios⁹⁰.

Al respecto, la Sala observa que frente a las dos primeras afirmaciones no se hizo un esfuerzo para dar alcance a este tipo de inconformidades, adicional a que bien difícil resulta comprender lo que significa «inocuidar una prueba». Del mismo modo, es incomprensible la afirmación de que algunas «mal llamadas pruebas testimoniales» fueron tachadas de falsedad y que, además, el supuesto procedimiento para ello fue inaplicable, cuando es una obviedad que los instrumentos de falsedad o tacha se predicen de los documentos⁹¹, más no de los

⁸⁴ Folios 2146 a 2165, *ibidem*.

⁸⁵ Folio 2178, *ibidem*.

⁸⁶ Folios 2256 a 2283 del cuaderno n.º 14 del expediente disciplinario.

⁸⁷ Folio 2288, *ibidem*.

⁸⁸ Folio 2289, *ibidem*.

⁸⁹ Folios 2290 a 2314, *ibidem*.

⁹⁰ Visible en los folios 2284 a 2287 del cuaderno n.º 14 del proceso disciplinario.

⁹¹ Artículo 261 de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario.

testigos. Algo similar ocurre con la «sospecha», cuando este aspecto corresponde esencialmente a la valoración probatoria y no propiamente a un procedimiento previo a la decisión que resuelve el fondo del asunto. En consecuencia, esta Sala se permite recordar que «ante la no expresión de argumentos o petición o aporte de pruebas respecto de los vicios de nulidad enunciados en la demanda, se entenderá no satisfecha la carga de la demostración de su ilegalidad y, por lo tanto, la acusación no podrá prosperar»⁹².

Por su parte, en cuanto a la supuesta constancia de irregularidades por parte de la Procuraduría, el demandante no individualizó el documento o pieza procesal en el que esta circunstancia pueda constatarse. Sin embargo, pese a la falta de precisión del demandante, la Subsección destaca, en un sentido totalmente opuesto al alegado, el acta de visita practicada por una funcionaria de la Procuraduría el 19 de junio de 2019, fecha que es posterior a aquella en la que se declaró la segunda nulidad. En dicho documento se lee lo siguiente⁹³:

Concluida su revisión [refiriéndose a la actuación disciplinaria], este despacho observa que dentro del proceso disciplinario objeto de visita se han surtido las diferentes actuaciones procesales en observancia del debido proceso y el derecho a la defensa de los sujetos procesales.

Se han surtido las diferentes etapas con apego a la Ley 734 de 2002, y se ha obedecido tanto al derecho sustancial como al procedimental, entrándose de materia disciplinaria (Sic). Es importante resalta que dentro del proceso se han atendido todos los requerimientos, recursos, memoriales, elevados por los sujetos procesales en rigor jurídico.

Finalmente, algo parecido ocurre con el concepto n.º 5013 del 18 de diciembre de 2018, proferido por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios⁹⁴. En efecto, las preguntas estuvieron relacionadas con la competencia para adelantar un proceso disciplinario bajo el procedimiento verbal y si un pronunciamiento de la Corte Constitucional (sentencia C-545 de 2008) podía tener incidencia con dicho asunto. En tal forma, es evidente que los interrogantes y las respuestas que se ofrecieron nada tienen que ver con lo alegado por el demandante, por cuanto aquí se esgrimió una supuesta ilegalidad de las pruebas y la falta de competencia para practicarlas, aspectos que, dicho sea de paso, tuvieron lugar en un procedimiento ordinario.

Por lo anterior, los reparos formulados no tienen vocación de prosperidad.

Conclusión: Los actos administrativos que fundamentaron la responsabilidad y la sanción disciplinaria a cargo del demandante no fueron expedidos de forma irregular.

⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia del 25 de julio de 2019. Radicación: 110010325000201200423 00 (1635-2012). Demandante: Juan Armando Peña Álvarez. Entidad demandada: Nación, Defensoría del Pueblo.

⁹³ Folios 1685 a 1687 del cuaderno n.º 11 del proceso disciplinario.

⁹⁴ Visible en los folios 2284 a 2287 del cuaderno n.º 14 del proceso disciplinario.

3.5 Quinto problema jurídico.

¿Los actos acusados que le impusieron la destitución e inhabilidad general de quince años al demandante fueron expedidos con falsa motivación?

La respuesta a esta cuestión dependerá de que Sala, de forma preliminar, se refiera brevemente a la causal de falsa motivación. De forma posterior, deberá solucionar dos subproblemas específicos relacionados con la falta disciplinaria que fue endilgada y la respetiva valoración probatoria, para concluir si las decisiones están afectadas del vicio expuesto por el demandante.

3.5.1 La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó⁹⁵:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve⁹⁶, sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo disciplinario. En síntesis, la falsa

⁹⁵ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

⁹⁶ Artículo 42 de la Ley 734 de 2002.

motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad.

Hechas estas precisiones, le corresponde a la Sala resolver dos subproblemas para saber si los actos acusados se adecuaron de forma correcta a la falta disciplinaria establecida en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, y si la decisión sancionatoria estuvo soportada en una correcta valoración probatoria.

3.5.2 Primer subproblema.

¿Fue correcta la imputación jurídica que se hizo por el delito de concusión para considerar la comisión de la falta disciplinaria contenida en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios efectuaron un juicio de adecuación típica correcto frente a la falta disciplinaria contenida en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000.

Para desarrollar este subproblema, se hará una exposición de los siguientes temas:

- Elementos del tipo objetivo del delito de concusión, contenido en el artículo 404 del Código Penal (3.5.2.1).
- Consideraciones acerca de la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (3.5.2.2).
- Caso concreto (3.5.3.3).

3.5.2.1 Elementos del tipo objetivo del delito de concusión contenido en el artículo 404 del Código Penal.

El artículo 404 del Código Penal (Ley 599 de 2000) dispone lo siguiente:

ARTICULO 404. CONCUSION. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de [...]

Con apoyo de la doctrina penal⁹⁷, los elementos del tipo objetivo⁹⁸ de este delito son los siguientes:

- Sujeto activo: servidor público, que conforme al artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, puede ser, entre otros, un trabajador del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
- Sujeto pasivo: el Estado.
- Verbo rector: Constreñir, inducir o solicitar. El primero significa obligar o hacer presión sobre alguien con una finalidad determinada. El segundo, persuadir, convencer, llevar a alguien a la idea de algo. El tercero, que es solicitar, hace referencia a una petición expresa.
- Objeto jurídico y antijuridicidad material: la administración pública, concretamente su componente denominado instituto funcional⁹⁹.
- Objeto material: la persona a quien se le hace la exigencia o la solicitud, o a quien se induce a la entrega o a la promesa.
- Ingrediente normativo: entrega o promesa de dinero, o cualquier otra utilidad indebida.
- Otros ingredientes normativos que son comunes con otros tipos, pero que también los diferencia de otras conductas punibles: abuso del cargo o las funciones. Frente a la primera posibilidad, podría haber, por ejemplo, un concurso aparente con el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto¹⁰⁰, pero ello se resuelve con el principio de subsidiariedad, pues este punible refiere expresamente «fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles». En cuanto a lo segundo, los ingredientes «abuso del cargo o las funciones» hacen que el delito de concusión sea diferente a figuras delictivas como, por ejemplo, la extorsión¹⁰¹.

⁹⁷ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Año 2008. pp. 217 a 239.

⁹⁸ En derecho penal, toda descripción típica tiene un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Este último, considerado como tipo subjetivo, se refiere al dolo, la culpa o preterintención y a los demás elementos anímicos y subjetivos.

⁹⁹ La Administración Pública, como bien jurídico objeto de protección en el derecho penal, estaría conformada por cuatro institutos diferentes: 1) instituto personal; 2) Instituto funcional; 3) Instituto jurídico y 4) Instituto real. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Año 2008. pp. 65 a 73.

¹⁰⁰ Artículo 416 del Código Penal: «ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público».

¹⁰¹ ARTICULO 244. EXTORSION. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto modificado y con las penas aumentadas es el siguiente:> El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de ochocientos (800) a mil ochocientos (1.800) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, en cuanto a la coacción, como modalidad del constreñimiento, esta misma doctrina¹⁰², acudiendo a la jurisprudencia¹⁰³, ha explicado lo siguiente:

La Corte ha señalado que existe una modalidad de concusión que puede llamarse **implícita por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente no envuelven coacción, pero los emplea de tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende puede resultar un perjuicio en su contra**. En tales oportunidades, se evidencia en el comportamiento de la víctima está determinado por el *metus publica potestatis*, es decir, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario. Sin embargo, tiene que haber en el comportamiento de este algo que ponga de presente **que está usando su autoridad** para determinados fines reñidos con la función pública que desempeña. En otras palabras: que está presionando a la víctima en determinado sentido y por medio de encubiertas amenazas de usar en contra de ésta **la potestad de la que está investido [...]**.

Así mismo en decisión del 22 de octubre de 1996, la Corte Suprema se pronunció sobre este punto:

De conformidad con lo probado el sujeto agente “solicitó” dinero de un particular, **sin formular expresamente amenaza o ejercer coacción alguna**, descartándose por ende la realización de las restantes conductas alternativas que el tipo legal recoge, hecho que permite identificar su comportamiento con la doctrinaria denominada **concusión implícita**, según el cual, **dado el poder que el agente detenta**, la petición indebida se supone obligatoria para la víctima por la posibilidad de recibir un perjuicio en el evento de no acceder a lo pretendido *metus publica potestatis*. [Negrillas fuera de texto].

Sobre la diferencia entre el cargo y las funciones del delito de concusión, la Corte Suprema de Justicia sostuvo en otro pronunciamiento lo siguiente¹⁰⁴:

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 [...] para atemorizar al particular y conseguir sus propósitos, es decir, aprovecha indebidamente

¹⁰² GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Ob., cit. p. 301

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de octubre de 1996.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación 46794 (02-11-2016) M. P. Patricia Salazar Cuéllar. Sentencia del 2 de noviembre de 2016.

su vinculación legal o reglamentaria con la administración pública y sin guardar relación con sus funciones consigue intimidar al 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) [Negritas fuera de texto].

Y en una providencia más reciente, la alta corporación se refirió a todos los elementos del delito de concusión así:

En efecto, según lo ha señalado la jurisprudencia, dicho comportamiento precisa de: a) Sujeto activo calificado; b) **abuso del cargo o** de las atribuciones; c) la ejecución de cualquiera de los verbos: constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas; y d) relación de causalidad entre el acto del servidor público y la entrega o promesa de dar el dinero o la utilidad indebidos.

a. El sujeto activo debe ser un servidor público que **abuse del cargo o de sus funciones**. Tiene lugar cuando al margen de los mandatos constitucionales y legales concernientes a la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa.

La arbitrariedad puede referirse solamente al cargo del que está investido, caso en el cual es usual su manifestación a través de conductas por fuera de la competencia funcional del agente, posición aceptada por la jurisprudencia atendiendo la incontrovertible ofensa sufrida por la administración pública. En suma, es susceptible de realización por los servidores públicos que en razón de su investidura o de la conexión con las ramas del poder público, pueden comprometer la función de alguna forma.

Cualesquiera sea la modalidad ejecutada por el autor, es indispensable que la víctima actúe determinada por el temor derivado de fuerza moral (constreñimiento) que infunde idóneamente el funcionario en razón de su investidura oficial o por la inducción a entregar determinada dádiva.

b. Constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. **Es ejercitar con violencia o amenazas presión** sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad, sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, la ley no exige una forma precisa de hacerlo.

Inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a alguien a que efectúe determinada acción; y solicitar es pretender, pedir o procurar

obtener alguna cosa. El resultado se obtiene por medio de un exceso de autoridad que va oculto, en forma sutil, en el abuso de las funciones o del cargo; el sujeto pasivo se siente intimidado, cohibido porque si no hace u omite lo pedido, puede resultar perjudicado por el agente.

El constreñimiento tiene lugar por el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas abiertas mediante un acto de poder en procura de conseguir la entrega o promesa de dar lo ilegalmente pretendido por el autor de la concusión.

Es necesaria la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, la cual será efectivamente vulnerada o amenazada con el acto ilegal de constreñir, inducir o solicitar, por resultar resquebrajada su estructura y organización, generando en la colectividad la sensación negativa de deslealtad, improbidad y deshonestidad, contraria a sus principios y fines constitucionales.

Para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o que efectivamente se prometa la entrega del objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de mera conducta.

c. Por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no tener causa o título legítimo alguno.

Tanto la promesa como la entrega de dinero pueden tener como destinatario al propio funcionario o a un tercero, particular o servidor público.

Es presupuesto indispensable del delito de concusión que pueda deducirse, además de los elementos referidos, **el abuso del cargo o de las funciones**, esto es, que el servidor se margine de las normas constitucionales y legales que rigen su función, a las cuales debe obediencia, es decir, aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública (2) .

El agente actúa en un plano de superioridad derivado de su cargo o funciones públicas, respecto de la víctima, con base en el cual le solicita, la induce o constriñe a darle o prometerle una prestación que no debe.

[Negrillas fuera de texto].

A partir de lo expuesto, la Sala considera que es útil destacar las siguientes características de este punible:

- La conducta se puede cometer por constreñir, inducir o solicitar a alguien la entrega o promesa de dinero, o cualquier otra utilidad indebida.
- Este comportamiento delictivo puede tener lugar por abusar del cargo o de las funciones. Uno y otro concepto son autónomos y diferentes.

- Existe una modalidad implícita de la conclusión, soportada en la figura del *metus publica potestatis*, que significa el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del servidor público de la falta.

En el derecho disciplinario, por razón de lo ordenado en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, estos requisitos tendrán que observarse cuando sea necesario imputar el delito de concusión, situación en la cual el abuso del cargo o de las funciones tienen una amplitud todavía mayor, por las razones que pasan a exponerse.

3.5.2.2 Consideraciones acerca de la falta gravísima contenida en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La Ley 734 de 2002 elevó a la categoría de falta disciplinaria gravísima el siguiente comportamiento:

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Son faltas gravísimas las siguientes:

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.** [...] [Negrillas fuera de texto].

La doctrina disciplinaria, luego de efectuar la diferencia entre el tipo objetivo y tipo subjetivo, aborda el aspecto normativo que se ha destacado de la siguiente manera¹⁰⁵:

El precepto en comento determina que la conducta se debe cometer en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, abusando del mismo, para indicar que es necesario **tener en cuenta la relación funcional** al momento de hacer la incriminación. Ello supone que en la mayoría de los casos el tipo objetivo del delito que constituye materia de investigación como falta en el proceso disciplinario es de aquellos que afecta el bien jurídico de la administración pública o la recta impartición de justicia, empero no necesariamente tiene que ser así, toda vez que la que ley entroniza también el concepto de **“abuso de cargo”**. [...]

La falta se configura a partir de la previa relación funcional, esto es, surge como consecuencia del **incumplimiento de las tareas o cometidos oficiales de la entidad en la que labora el disciplinable**, o de aquellas que devienen del ejercicio del cargo que se ostenta [...].

¹⁰⁵ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel; YATE CHINOME, Diomedes y DÍAZ BRIEVA, Álvaro. Derecho disciplinario, parte especial. Estudio sistemático de las faltas gravísimas. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2009. pp. 18 y 19.

El abuso del cargo y el abuso de la función son cosas diferentes.

El primero se presenta cuando el servidor público **aprovecha de modo indebido su vinculación** con una situación concreta que él no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones **o cuando utiliza su investidura** para cometer atropellos y desviarse de lo que legalmente le corresponde. Habrá abuso de la función cuando el disciplinable **desborde o restrinja indebidamente sus límites** o la utiliza con fines protervos [...] [Negrillas fuera de texto].

La doctrina de la Procuraduría General de la Nación también se ha referido de forma similar, al explicar lo siguiente¹⁰⁶:

Como ya se señaló anteriormente, la falta fue calificada como gravísima, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 numeral 1.º del Código Disciplinario Único, que consagra: «Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón o con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo». Este tipo disciplinario exige: i. que el autor realice una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, razón por la que este tipo disciplinario es considerado en blanco y II. que la comisión del delito tenga una relación con la función o cargo ya sea por:

- Razón de la función.
- Razón del cargo.
- Con ocasión de la función.
- Con ocasión del cargo.
- Como consecuencia de la función.
- Como consecuencia del cargo y
- Abusando del cargo.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que, aunque por regla general, los tipos disciplinarios son de mera conducta, en el caso del numeral 1.º del artículo 48 del Código Disciplinario Único la configuración del tipo está supeditada a la característica de la conducta penal, que puede ser de mera conducta o de resultado. Según la doctrina los tipos:

Son de mera conducta, de pura acción o de pura actividad, cuando la descripción se agota en una acción del autor que no requiere la producción de un resultado en el mundo exterior que sea separable espacio—temporalmente [...] En este caso, el legislador ha valorado de manera negativa la conducta (desvalor de acción), con independencia del resultado que se produzca.

En segundo lugar, **se toma en cuenta los tipos de resultado**, es decir aquellos en los cuales el codificador describe una determinada acción, a la que le sigue la producción de un cierto resultado fenoménico"

¹⁰⁶ fallo de segunda instancia del 3 de noviembre de 2017, del despacho del viceprocurador general de la Nación. Radicación IUS 2015-114687 IUC-D-2014-120-580931.

Las faltas de mera conducta corresponderían entonces a aquellas en donde es suficiente, para su imputación, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que implicaría, para el derecho disciplinario, la infracción a un deber o a una prohibición proveniente de la función o del cargo. [...]

En las faltas de resultado se exige que, además de la acción que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, exista una producción fenoménica que tenga una relación de causalidad y un vínculo de imputación objetiva con la acción. En estos casos para poder hacer el reproche disciplinario es necesario que el resultado tenga relación con la infracción al deber o a la prohibición proveniente de la función o del cargo, por tanto la falta se daría como consecuencia de la función o cargo.

Ahora bien, en cuanto a la distinción entre el cargo y la función la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

ABUSO DEL CARGO. Cuando se aprovecha esa sola coyuntura en forma indebida por no estar el asunto que se trata sujeto a la decisión del empleado o funcionario público [...] **Lo reprochado es el uso indebido e ilegítimo del cargo público** y el poder intimidatorio generado por esa investidura en el ciudadano"

Y en otro pronunciamiento señaló:

Se abusa de la función cuando se desbordan y restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste puede tener con una situación concreta, que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones [...]

Bajo este concreto entendimiento, **cuando se reprime una conducta relacionada con el cargo, se cuestiona la indebida utilización de su vinculación o nexo con la entidad**, que lo convierte en servidor público en el marco de las relaciones especiales de sujeción con el Estado y el aprovechamiento de ese nexo que facilita en una situación concreta, la incursión en la falta disciplinaria. En este evento **en nada incide el ejercicio de las funciones o sus competencias legales o reglamentarias**. [Negrillas fuera de texto].

Por su parte, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la norma en comento, señaló lo siguiente¹⁰⁷:

[...] además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal¹⁰⁸ no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria¹⁰⁹, **pues en ésta**

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 2006. Fundamento jurídico n.º 5.1

¹⁰⁸ Ley 599 de 2000 –Código Penal, art. 10. "TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".

¹⁰⁹ Ley 734 de 2000 –Código Disciplinario Único-, art. 4o. "LEGALIDAD. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados

última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación, por cuanto se trata de proteger un bien jurídico que, como la buena marcha, la buena imagen y el prestigio de la administración pública, **permite al “juez disciplinario” apreciar una conducta y valorar las pruebas con criterio jurídico distinto** al empleado por el funcionario judicial, teniendo en cuenta, además, que en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético. [Negrillas fuera de texto].

La falta disciplinaria gravísima aquí referida corresponde propiamente a un tipo abierto, la cual, conforme al recuento doctrinal y jurisprudencial, tiene las siguientes características:

- Consiste en la realización objetiva de una descripción típica, es decir, que se configuren los elementos del tipo objetivo.
- Esa descripción típica debe estar en la ley penal como un delito sancionable a título de dolo.
- Esa falta puede ser cometida en cualquiera de las siguientes posibilidades: 1) En razón de la función; 2) **En razón del cargo**; 3) Con ocasión de la función; 4) Con ocasión del cargo; 5) Como consecuencia de la función; 6) **Como consecuencia del cargo**; o 7) **abusando del cargo**. Es decir, en materia disciplinaria el ámbito de reproche es mucho mayor que en el derecho penal, pues en aquel son siete eventos en que se puede cometer la conducta, tres de ellos relacionados con el abuso del cargo que es diferente al ejercicio de la función.

3.5.2.3 Caso concreto.

El demandante expuso que para poder hablarse del abuso del cargo se requería de una «cualificación circunstancial de la conducta», es decir, una «explicitación» mínima del cargo o las funciones que se ejercieron ante la víctima, para lo cual era necesario que esta supiera que el agente era servidor público.

Sin embargo, a partir de dicho planteamiento, el profesional del derecho esgrimió la tesis de la atipicidad de la conducta por las razones que se sintetizan a continuación:

- Era necesario que el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño se hubiera presentado como comisionado de la DIAN, lo cual no había ocurrido.
- Si bien el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño se presentó con su compañera Nikaya Prieto a la empresa en donde esta efectuó la visita como

disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

comisionado de la DIAN, el primero de los mencionados ni siquiera se identificó.

- Los testigos Sara Fabiola Estupiñán Rabeya, Carmen Maldonado y William Adolfo Jacobo Prieto no acusaron al demandante de haberles exigido dinero, dádiva o algún tipo de contraprestación, para sí o para un tercero.
- El hecho de que el demandante le haya manifestado a María del Carmen Maldonado que hablara con la doctora Nikaya Alexandra Prieto Sáenz era porque precisamente no tenía nada que ver en la visita que ella realizaba en el taller. Por tanto, no podía atender los requerimientos de la citada señora, pues para ello no estaba comisionado y nunca dijo que lo estuviera.
- La única persona que estaba comisionada para realizar la visita era la funcionaria Nikaya Alexandra Prieto Sáenz, más no el demandante, quien únicamente había hecho presencia para recoger a su compañera para asistir a un almuerzo.

Así las cosas, la Subsección observa una incongruencia de tipo argumentativo, pues el planteamiento inicial es correcto, más no así las aseveraciones que a modo de conclusión se pretenden apoyar en aquel. Esta falacia es comúnmente conocida como una conclusión inatinerente, la cual se explica de la siguiente manera¹¹⁰:

Así se denomina el razonamiento con el que se pretende sustentar una conclusión particular apelando a premisas que no guardan relación con ella. Este tipo de argumento tiene como propósito distraer la mente del interlocutor al apartarlo del problema sobre el cual se argumenta. Con esta estrategia se utilizan premisas que no prueban nada del punto en discusión. Quien recurre a ella se aparta del tema motivo de la discusión y se concentra en algún aspecto en el que puede argumentar con más facilidad, pero que no es relevante para lo que se discute.

Efectivamente, el apoderado no explicó de forma satisfactoria las razones por las cuales estos requisitos supuestamente se inobservaron. Con todo, la Sala constata que los actos administrativos cuestionados sí cumplieron con creces este tipo de exigencias, pues el cargo formulado fue demasiado claro en que la conducta del demandante tuvo lugar durante cuatro días distintos, con abuso de su cargo y en el que tuvo una participación significativa junto con el proceder delictivo liderado por la entonces funcionaria Nikaya Alexandra Prieto Sáenz. Ambos servidores públicos fueron capturados en flagrancia por funcionarios de la Policía, con la prueba de que mediaba una visita por parte de los funcionarios de la DIAN y que las víctimas del pedimento irregular entregaron un sobre de manila simulando la suma de tres millones de pesos (\$3'000.000), para completar un total de cinco millones (\$5'000.000), de los cuales, al decir de los testigos en el proceso, ya se había entregado el valor restante en una fecha anterior.

¹¹⁰ DÍAZ, Álvaro. La argumentación escrita. Editorial Universidad de Antioquia. 2009. p. 97.

La participación significativa del demandante, por supuesto, no se tradujo en identificaciones o presentaciones formales como servidor público o en que el demandante haya tenido la condición de funcionario comisionado para adelantar dicha visita. Según el apoderado judicial, estas serían las únicas formas de poder cometer el delito de concusión. No obstante, la conducta del señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño se encuadró de mejor manera en lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado como el *metus publica potestatis*, es decir, el temor o la perturbación que el sujeto puede causar a las víctimas de las peticiones indebidas.

En tal sentido, la anterior situación coincidió en gran parte con las consideraciones que hicieron los actos administrativos cuestionados, al decir que el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño ejerció una violencia psicológica, efectuando todo tipo de revisiones y actos propios de un funcionario investido con atribuciones fiscalizadoras. Fue por ello que una de las personas que atendió la visita se dirigió a él, quien respondió que cualquier decisión debía ser consultada con la «doctora Nikaya Prieto». Obviamente, es una realidad que el demandante no estaba comisionado o actuando conforme a sus funciones. No obstante, la imputación consistió en el abuso de su cargo, por cuanto se valió de su conocimiento adquirido como funcionario, de su posición privilegiada, la cercanía con su compañera Nikaya Alexandra Prieto Sáenz y del necesario acuerdo con esta última, quienes a lo largo de las visitas obtuvieron el provecho indebido.

En consecuencia, para esta Sala, los actos administrativos sí efectuaron la precisión circunstancial de la conducta y cumplieron de forma ampliamente ilustrada la argumentación mínima que el demandante echa de menos. Incluso, es una obviedad que las personas que atendieron la visita sabían que el demandante era un servidor público de la DIAN, sin importar finalmente quién de los dos estaba actuando en el ejercicio de las funciones que les otorgaba la comisión.

El apoderado en la cita inicial acierta al decir que era necesario que las víctimas tuvieran conocimiento de que el demandante tenía la condición de servidor público, lo que aquí exactamente ocurrió, pero se equivoca al asociar que la referida condición solo puede predicarse cuando se actúa conforme a las funciones, para el caso que nos ocupa con un auto de comisión. En tal sentido, el togado soslayó de forma evidente que la conducta también se puede dar con el abuso del cargo.

Ahora bien, tiene razón el apoderado al decir que las situaciones de la funcionaria Nikaya Alexandra Prieto Sáenz y Mauricio Eduardo Molina Trimiño eran diferentes, pero no para predicar la atipicidad de la conducta, sino para remarcar que la primera de las mencionadas sí abuso tanto del cargo como de sus funciones, mientras que el demandante solo lo hizo, según el reproche formulado, respecto del cargo que ostentaba.

De esa manera, no era necesario que el servidor público Mauricio Eduardo Molina Trimiño estuviera comisionado o que se haya presentado como tal ante las

personas que atendieron la vista en el establecimiento de comercio. Realmente, el hecho de asistir con su compañera en los cuatro días señalados en el cargo disciplinario, desplegar una serie de comportamientos que estaban orientados a generar temor o perturbación en el ánimo de las personas que atendieron la visita y de actuar de forma concertada con la señora Nikaya Alexandra Prieto Sáenz —todo ello con la investidura que le proporcionaba su cargo de la DIAN— son razones suficientes para estimar correcta la imputación por el delito de concusión que le hicieron las autoridades disciplinarias.

Frente a lo anterior, repárese bien que en el pliego de cargos formulado al demandante se dijo lo siguiente: «Así las cosas, queda en evidencia que el comportamiento de los investigados (sic) fue con ocasión del cargo y aprovechando la posición propia al interior de la Entidad»¹¹¹. De esta manera, poco o nada importaba que mediara una comisión o designación de funciones por parte de los servidores públicos competentes de la DIAN, pues el demandante actuó abusando de su cargo, aspecto que contribuyó eficazmente sobre el pedimento y obtención indebidos en la que también participó su compañera Nikaya Alexandra Prieto Sáenz.

Por tanto, la tesis de la atipicidad de conducta frente al delito de concusión, por la supuesta falta de acreditación de un elemento normativo del tipo objetivo, como lo es el abuso del cargo, no está llamada a prosperar.

Conclusión: la imputación jurídica que se hizo en el proceso disciplinario adelantado contra el demandante por parte de la UAE DIAN fue correcta, pues se señalaron todos los elementos del tipo objeto de concusión contenidos en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, norma que constituye falta disciplinaria, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

3.5.3 Segundo subproblema.

¿Fue acertada la valoración probatoria que hicieron las autoridades disciplinarias que expidieron los actos disciplinarios demandados?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: La valoración efectuada por las autoridades disciplinarias dentro del proceso disciplinario seguido contra el demandante fue correcta, por lo cual los actos administrativos disciplinarios no están afectados con el vicio de falsa motivación.

Para desarrollar este subproblema, se hará una exposición de los siguientes temas:

¹¹¹ Folio 2009 del cuaderno n.º 13 del proceso disciplinario.

- La sana crítica como parámetro de valoración probatoria en el proceso disciplinario (3.5.3.1).
- Caso concreto (3.5.3.2).

3.5.3.1 La sana crítica como parámetro de valoración probatoria en el proceso disciplinario.

Al momento de la valoración probatoria, las autoridades disciplinarias deben ceñirse a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, norma que indica que las pruebas se apreciarán conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no existe una tarifa legal para decir cuál es la forma de acreditar o desvirtuar ciertos hechos o circunstancias, por cuanto el convencimiento debe someterse a la objetividad y a la racionalidad, sin que ello implique la utilización de excesivos formalismos y fórmulas sacramentales.

En ese sentido, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados.¹¹² Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público.¹¹³ Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad.¹¹⁴

En esas condiciones, las autoridades disciplinarias no siempre quedarán atadas a los dictámenes que elaboran los expertos, pues este es apenas uno de los tres criterios que ofrece el sistema adoptado por la ley. Por tanto, los razonamientos probatorios pueden apoyarse en otros medios de convicción que objetiva y certeramente lo lleven a afirmar que algunos hechos sucedieron de determinada forma. Así las cosas, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en las amplias posibilidades para formarse el convencimiento sobre algo que ocurrió, cuyo único límite será el de aplicar correctamente los principios de la sana crítica.

3.5.3.2 Caso concreto.

El demandante efectuó una serie de consideraciones para negar la realización de la conducta. De manera gráfica es oportuno ilustrar lo siguiente: mientras en el problema anterior los reparos se hicieron bajo la idea de la realización de una conducta que supuestamente no fue de concusión y que incluso pudo configurarse

¹¹² Coloma Correa, Rodrigo; y Agüero San Juan, Claudio. LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Revista Chilena de Derecho, vol. 41, n.º 2, pp. 673 – 703. 2014.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería ediciones del Profesional LTDA. Décima sexta edición. Bogotá. 2008. Pp. 96 y 97.

en otro delito, el argumento central en este acápite radica en que no hubo ninguna conducta relevante, pues (i) todo se debió a una presencia casual del demandante en el lugar de los hechos y (ii) medió un «burdo montaje» orquestado por la representante legal del establecimiento de comercio, sus allegados y los miembros del Grupo Gaula de la Policía que realizaron la captura.

Para sustentar esta tesis, el abogado planteó las siguientes razones:

- El demandante se presentó al lugar de los hechos en donde su compañera y novia Nikaya Alexandra Prieto se encontraba ejerciendo sus funciones legales de fiscalización. Ello lo hizo en su propio medio de transporte, en horas que no eran laborales. No obstante, no precisó para qué fecha hizo presencia en las horas en que no eran laborales.
- En cuanto al 15 de febrero de 2007 —fecha en la que se dio la captura—, el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño sí se hizo presente a las 10.00 de la mañana, dado que ese día fue a recoger a su novia para concurrir a un almuerzo que tenían programado con sus compañeros de trabajo.
- El día en que se produjo la captura, la representante legal del establecimiento de comercio y las personas allegadas ya estaban enterados y alertados de la visita que les haría a la DIAN. Por tanto, estas personas, aconsejadas por sus vecinos y con la asesoría, planificación y ejecución del señor Bernaza y demás funcionarios del Gaula «montaron» un operativo y presentaron una denuncia penal para hacer «apresar» a los funcionarios de la DIAN.
- Nikaya Alexandra Prieto en su declaración excusó de responsabilidad al señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño, testimonio que no tuvo credibilidad por parte de las autoridades disciplinarias.
- Frente a lo anterior y de manera opuesta, sí se les dio plena credibilidad a los quejosos.
- Los particulares que se escucharon en declaración no acusaron al demandante de haberles exigido dinero, dádiva o algún tipo de contraprestación, para sí o para un tercero. Estos testigos, «solo lo inculparon de haber ido a acompañar a NIKAYA PRIETO SÁENZ» y de haber «revisado algunos documentos», hechos que en todo caso no fueron ciertos.

Para la Sala, ninguno de los anteriores planteamientos está llamado a prosperar por las razones que pasan a exponerse.

En primer lugar, el apoderado circunscribió el comportamiento del demandante únicamente al día 15 de febrero de 2007, fecha en la que se produjo la captura. No obstante, es incuestionable que la conducta fue continuada y tuvo lugar también durante los días 7, 8 y 14 de febrero de 2007. Respecto de estas fechas, todos los testigos concuerdan en que el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño estuvo presente y en la demanda poco se dijo sobre este tema tan relevante.

Únicamente, de forma imprecisa, se insinuó que el señor Molina asistía a horas no laborales, en el vehículo de su propiedad, a recoger a su compañera y novia, pero sin concretar si ello tuvo lugar todos los días referidos (7, 8 y 14 de febrero de 2007) o en uno solo de ellos.

En todo caso, la presencia del demandante en los días mencionados está acreditada con las quejas bajo juramento, interpuestas por Jairo Vásquez Manrique¹¹⁵, Sara Fabiola Estupiñán¹¹⁶ y William Adolfo Jacobo Prieto¹¹⁷ y con las declaraciones tomadas a algunas de estas mismas personas: Sara Fabiola Estupiñán¹¹⁸ y Jairo Vásquez Manrique¹¹⁹. Sobre estas dos declaraciones, vale la pena agregar que el abogado del demandante fue enterado de la realización de estas diligencias¹²⁰, sin que asistiera a ellas, de lo cual la autoridad disciplinaria dejó la respectiva constancia.

En segundo lugar, respecto del día en que se produjo la captura de los dos funcionarios, esto es, el 15 de febrero de 2007, el señor abogado pretende minimizar los hechos en cuanto a que todo se trató de una asistencia casual, que su representado nada hizo y que todo fue un «burdo montaje» por parte de los particulares que interpusieron la queja y de los funcionarios del Gaula de la Policía Nacional. No obstante, nada de lo expresado se demostró en el proceso y dicha explicación está contundentemente desmentida con el innumerable número de pruebas que obran en el proceso. En efecto, las declaraciones de los afectados son coincidentes que desde el comienzo fueron los dos funcionarios quienes asistieron y que ambos participaron en los hechos delictivos, sin perjuicio de que el liderazgo de la situación estaba a cargo de la funcionaria Nikaya Alexandra Prieto.

Por ende, si la tesis de la asistencia casual del demandante fuera cierta, ello se hubiera reflejado en los actos que la Policía dispuso al momento de la captura, para únicamente enfocar su proceder sobre la sola funcionaria que en esa explicación actuaba sola. No obstante, las víctimas del proceder delictivo habían identificado a los dos funcionarios de la DIAN, aspecto que se soportó en ese momento en la versión de los tres ciudadanos afectados.

Además, no existe un móvil para que los miembros del Grupo Gaula de la Policía hubiesen querido involucrar de manera deliberada a quien supuestamente solo llegaba por primera vez de manera casual a las instalaciones del establecimiento de comercio. Por ello, el actuar de los Policías junto con las declaraciones que rindieron los particulares no deja asomo de duda de que el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño estuvo involucrado desde un comienzo en los hechos delictivos.

¹¹⁵ Folios 6 a 13 del cuaderno n.º 2 del proceso disciplinario.

¹¹⁶ Folios 20 a 24, *ibidem*.

¹¹⁷ Folios 25 a 29, *ibidem*.

¹¹⁸ Folios 271 a 273 del cuaderno n.º 4 del proceso disciplinario.

¹¹⁹ Folios 283 a 285, *ibidem*.

¹²⁰ Folio 260, *ibidem*.

En tercer lugar, la Sala no puede aceptar el doble rasero que propone el demandante para efectos de valorar adecuadamente los testimonios. Por un lado, el abogado pretende que no se acepte el dicho de los particulares y del personal de la Policía porque supuestamente esos testimonios son sospechosos, dado el vínculo de cercanía que existe entre ellos. Por el otro, exige que sí se le dé total crédito al testimonio de Nikaya Alexandra Prieto, pareja sentimental del señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño, quien supuestamente de manera objetiva y sin sospecha alguna eximió de cualquier tipo de responsabilidad al demandante.

La anterior contradicción no solo es evidente, sino demasiado débil desde el punto de vista argumentativo. Existen numerosas declaraciones de los particulares afectados, quienes no conocían al aquí demandante, frente al solitario dicho de la persona que también cometió el delito de concusión en compañía de su pareja. Los testimonios en que se fundaron las decisiones no solo son claros y coincidentes entre ellos mismos, sino que concuerdan con las declaraciones de los miembros del Grupo Gaula y la reveladora situación acreditada de la captura en flagrancia por haberse recibido un sobre con el dinero obtenido por causa del ilícito.

Obviamente, en dichas condiciones, la Sala encuentra acertada la valoración probatoria que hicieron las autoridades disciplinarias y, lógicamente, equivocados los planteamientos del demandante, los que en su mayoría descansan en simples apreciaciones sin mayor respaldo probatorio.

En cuarto y último lugar, no es intrascendente el que los testigos solo hayan inculcado al demandante de haber acompañado a NIKAYA PRIETO SÁENZ y de haber «revisado algunos documentos». Dicha aseveración, que tiene pleno respaldo probatorio en todos los testimonios, desdibuja el peregrino argumento de la aparición momentánea y casual en el lugar de los hechos. En tal forma, este proceder hizo parte de la presión psicológica ejercida contra las víctimas, acreditado con la presencia del funcionario de la Dian en las instalaciones de la empresa, quien con una actitud aparentemente de subordinación a su compañera Nikaya respondía que para cualquier inquietud se dirigieran a esta funcionaria, pero quien de manera meticulosa revisaba los documentos objeto de la inspección.

La situación narrada y explicada en los actos demandados corresponde al *metus publica potestatis*, característico de aquellas conductas en donde las solicitudes o coacciones no se hacen de forma tan evidente. Sobre el anterior aspecto, el demandante aseveró que, en todo caso, la revisión de los documentos no tuvo lugar, pero sin demostrar las razones de ello y muy especialmente sin desvirtuar uno a uno los contundentes señalamientos efectuados por las víctimas que desde el comienzo acreditaron la presencia y la conducta del señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño, como coautor del delito de concusión.

En ese orden de ideas, no es cierto que el demandante haya sido una víctima de un «burdo montaje», que los funcionarios encargados de proyectar los actos administrativos hubiesen escogido de forma acomodaticia las pruebas que le

convenían, que todo fue una represalia por las supuestas inconsistencias encontradas por la DIAN contra la empresa Policolor Service Ltda o que en últimas la persecución se trasladó a la Oficina de Control Disciplinario Interno.

Por el contrario, en el proceso disciplinario existieron elementos probatorios suficientes que demostraron la realización de una conducta disciplinaria con incidencia penal por parte del demandante, la que no solo perjudicó gravemente a particulares sino al mismo Estado por tratarse de un delito contra la administración pública. Desde el punto de vista disciplinario, la situación acaecida significó una de las peores maneras en que se puede afectar el deber funcional de los servidores públicos, en un caso de evidente y flagrante corrupción.

Por lo anotado, las razones formuladas por el demandante no tienen vocación de prosperidad.

Conclusión: La valoración probatoria efectuada por las autoridades disciplinarias que expidieron los actos disciplinarios demandados fue acertada, con lo cual se demostró que el señor Mauricio Eduardo Molina Trimiño fue autor del delito de concusión, comportamiento que conforme a lo preceptuado en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 significó la realización de una falta disciplinaria gravísima.

DECISIÓN DE ÚNICA INSTANCIA

Al no encontrarse probada ninguna de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados, conforme a lo expuesto en precedencia, la Subsección denegará las súplicas de la demanda.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el presente caso, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

Primero: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Mauricio Eduardo Molina Trimiño en contra de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por lo expuesto en la motivación de esta sentencia.

Segundo: Sin costas por lo brevemente expuesto.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

