

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS – Entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC / CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ENTRE AUTORIDADES QUE NO TIENEN UN SUPERIOR COMUN PARA EFECTOS DISCIPLINARIOS – Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Los conflictos de competencia que se presenten entre autoridades que deban conocer de una actuación disciplinaria, en cualquiera de sus instancias, se regulan de manera especial por el artículo 82 del Código Disciplinario Único. (...) En el presente caso no cabe aplicar esta disposición debido a que las dos partes en conflicto, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, no tienen un superior común en materia disciplinaria. En efecto, debe aclararse que aunque las dos entidades mencionadas son adscritas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esto no significa que dicha cartera sea el superior común de aquellas en el campo administrativo-disciplinario, pues, como lo advierte en sus alegatos el apoderado de ese ministerio, la adscripción de las dos entidades mencionadas genera un control de tutela administrativa, que tiene el alcance previsto en los artículos 41, 42, 103, 104 y 105 de la Ley 489 de 1998, entre otras, pero no le otorga al Ministerio de Hacienda la potestad de intervenir o inmiscuirse directamente en las decisiones técnicas, financieras o administrativas que los órganos y servidores públicos de las entidades adscritas adopten en el ejercicio normal de sus funciones. Por otra parte, recuérdese que el diseño institucional establecido en la Ley 734 de 2002 para el ejercicio del control disciplinario interno en las entidades, órganos y organismos del Estado consiste en que, por regla general, la potestad disciplinaria la ejercen, en primera instancia, las oficinas o unidades de control disciplinario interno de cada entidad, órgano u organismo, mientras que la segunda instancia recae en los nominadores. Tanto en el caso de la DIAN como de la UAE – ITRC, los respectivos nominadores de sus empleados (con excepción de los Directores Generales, que son funcionarios de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República), son los respectivos Directores Generales y no el Ministro de Hacienda y Crédito Público u otros funcionarios de esa cartera, razón por la cual estos funcionarios (incluido el ministro) no pueden calificarse como superiores jerárquicos en el campo disciplinario de los servidores públicos que laboran en las mencionadas unidades administrativas especiales. Dada la imposibilidad de aplicar en este caso el artículo 82 de la Ley 734 de 2002, le corresponde al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, ejercer su función general de resolver los conflictos de competencias administrativas que se presenten entre dos o más autoridades, entidades u organismos del Estado, en los términos previstos en los artículos 39 y 112, numeral 10 del CPACA.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4173 DE 2011 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 82 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 39 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 112

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AGENCIA DEL INSPECTOR GENERAL DE TRIBUTOS, RENTAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES ITRC – Potestad disciplinaria / CONTROL DISCIPLINARIO DE SERVIDORES DE LA DIAN – Autoridades competentes

El Gobierno Nacional identificó la necesidad de contar con una entidad que coadyuvara a velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y

caudales públicos y su inversión de acuerdo con la ley, con el objetivo de lograr unas finanzas públicas sanas. A tal fin, consideró necesario crear una entidad de carácter técnico y especializado, con independencia funcional, financiera y administrativa, que tuviese los recursos, la autonomía y la capacidad técnica para realizar acciones preventivas y correctivas en esta materia, incluyendo programas de auditoría sobre las entidades públicas encargadas de recaudar y administrar los tributos (que incluyen las contribuciones parafiscales) y las rentas provenientes del monopolio de juegos de suerte y azar, así como para efectuar investigaciones disciplinarias contra los funcionarios respectivos. En virtud de lo anterior, el Decreto Ley 4173 de 2011, expedido por el Presidente de la República con fundamento en las facultades extraordinarias que le otorgaron los literales d), e) y f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC. (...) Ahora bien, con base en las normas legales mencionadas y en la jurisprudencia constitucional, puede concluirse que, en principio, el control disciplinario interno sobre los servidores y ex – servidores públicos de la DIAN recae en esa misma entidad, por conducto de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno, pero que existen dos (2) hipótesis en las cuales dicha función debe ser ejercida por la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, en ambos casos sin perjuicio del poder disciplinario preferente que corresponde a la Procuraduría General de la Nación: (i) Para investigar aquellas conductas que por su trascendencia estén relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (artículo 2º, numeral 2º del Decreto Ley 4173 de 2011). (ii) En cualquier otro caso, para investigar las faltas disciplinarias cometidas por los empleados de la DIAN, cuando esto resulte necesario para la defensa de los recursos públicos (artículo 2º, numeral 3º ibídem). Aclara la Sala que mientras la primera de las citadas causales está configurada sobre unos elementos preponderantemente objetivos, esto es, que la conducta que se investigue pueda constituir una falta disciplinaria gravísima, de aquellas que tipifican los numerales citados del artículo 48 del Código Disciplinario Único, la segunda de dichas causales otorga cierta discrecionalidad a la UAE – ITRC, a saber, la de establecer si su actividad disciplinaria se considera “necesaria” o no para la defensa de los recursos públicos, lo cual está relacionado directamente con las finalidades para las cuales el Gobierno Nacional consideró pertinente crear dicha entidad, es decir, las de “consolidar unas finanzas públicas sanas”, “cumplir con los requerimientos para participar en organismos internacionales en los términos del artículo 47 de la Ley 1450 de 2011” y “contar con mecanismos eficaces para la protección del patrimonio público que aseguren mayor transparencia, eficiencia y eficacia en la gestión de ingresos a cargo del sector de Hacienda y Crédito Público”, entre otras, tal como se puede leer en la parte considerativa del Decreto Ley 4173 de 2011. Lo anterior no significa que la UAE – ITRC, en este segundo caso, pueda definir en forma arbitraria o completamente subjetiva su competencia, pues siempre que resulte claro o evidente que el recaudo, la conservación o la adecuada inversión de los recursos públicos se encuentren comprometidos con actuaciones que tengan implicaciones disciplinarias, realizadas por servidores públicos de la DIAN, la UGPP o la entidad que administre el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, la UAE – ITRC tendría que hacer uso de sus atribuciones en esta materia, ya sea de oficio o bien por petición de los interesados, de cualquiera de las entidades públicas mencionadas, de la Procuraduría General de la Nación o de otra autoridad, a menos que, mediante una decisión razonada y debidamente motivada, la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales llegare a considerar que no es necesaria su intervención en determinado caso. (...) En el caso concreto, la Sala estima que la decisión

adoptada por el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE – ITRC, en el sentido de ordenar el envío del expediente disciplinario a la DIAN, resulta prematura, desde un punto de vista lógico-procesal, aunque cronológicamente haya sido tardía, ya que tal determinación solo podría tomarla, si hubiere lugar a ello, después de proferir el pliego de cargos contra todos, algunos o alguno de los investigados, si tal determinación fuere la procedente, para lo cual sería necesario efectuar un examen juicioso, detallado e integral del expediente, especialmente de las pruebas que obran en el mismo, del trámite que haya tenido el proceso, de las manifestaciones y el comportamiento procesal de las partes y, por supuesto, de las normas sustanciales y procedimentales que resulten aplicables. Vale la pena aclarar que si la UAE – ITRC optare por formular cargos por faltas disciplinarias que dicha agencia no califique como gravísimas en relación con ninguno de los investigados, no podría decirse que dicho acto esté viciado de nulidad por falta de competencia, pues justamente sería dicha decisión – y no otra anterior – la que permitiría establecer que, a partir de ese momento, la competencia para continuar con el proceso disciplinario no es de la mencionada agencia, sino de la DIAN. Por otro lado, si no fuera así, podría incurrirse en un círculo vicioso que afectaría gravemente los principios que gobiernan las actuaciones administrativas, en general, y los procesos disciplinarios en particular, y se vulnerarían los derechos del quejoso y de los investigados, pues si la UAE – ITRC estima que no puede formular pliego de cargos y remite el expediente a la DIAN, por considerar que las conductas investigadas no constituyen falta disciplinaria gravísima, la DIAN podría hacer lo propio y devolver el expediente a la UAE – ITRC, argumentando lo contrario, es decir, que tales conductas deben calificarse como faltas disciplinarias gravísimas, con lo cual ninguna de las dos entidades resolvería materialmente la situación jurídica-disciplinaria de los investigados y el proceso se quedaría indefinidamente en ese estado. Por tal razón, la Sala declarará competente a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC para que siga adelante con el proceso disciplinario N° 1704-01-2012-72 que se tramita contra los señores Guillermo Manzano Bravo, Francisco José Urrego Pérez, Henry Gonzalo Moreno Castro, Oscar Andrés Padilla Bueno, Sandra Patricia Moreno Guerrero, Emigdio Camilo Durán Camelo, Juan Bautista Folleco Mora, Jorge Edwin Medina Gómez y Diana Margarita Gómez Borda, por lo menos hasta el momento de dictar pliego de cargos o de ordenar el archivo definitivo de la actuación, de acuerdo con lo que se ha explicado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4173 DE 2011 / DECRETO 985 DE 2012

CONTROL DISCIPLINARIO - Titularidad

Como se observa, esta última norma (art. 2 de la Ley 734 de 2002) establece la titularidad del control disciplinario en dos niveles. Uno interno, que es la regla general, radicado en las oficinas de control interno disciplinario que por mandato legal deben existir en todas las entidades públicas (salvo en la Rama Judicial), y en los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado. Y uno externo, en cabeza del Ministerio Público, en ejercicio de la cláusula general de competencia y de otra del poder preferente, que opera de manera excepcional.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00119-00(C)

Actor: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112, numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto negativo de competencias administrativas que se ha suscitado entre la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN - Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno (en adelante DIAN) y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC (en adelante UAE - ITRC).

I. ANTECEDENTES

Con base en la información y en los documentos aportados por las autoridades mencionadas, el presente conflicto se origina en los siguientes antecedentes:

1. El 10 de febrero de 2012, el representante legal de la firma CG Cargo Express S.A.S. puso en conocimiento del Procurador General de la Nación algunos hechos, a su juicio irregulares, que ocurrieron presuntamente en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá, relacionados con el decomiso de cierta mercancía que dicha sociedad había ingresado al país para diferentes clientes y que fue retenida por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá - División de Gestión de Carga, sin que se hubiera formalizado la aprehensión de la misma dentro de los términos que, según el denunciante, imponen las normas aduaneras, y habiéndose efectuado la apertura de los bultos y cajas en los que dicha mercancía venía empacada, lo que derivó, a la postre, en la pérdida o hurto de algunos bienes (folios 60 a 62 del cuaderno de anexos).
2. Tal denuncia fue remitida internamente a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, dependencia que solicitó información sobre el asunto al Director Seccional de Aduanas de Bogotá (folio 58 del mismo cuaderno).
3. Posteriormente, la misma compañía, mediante escrito del 28 de marzo de 2012, amplió la queja presentada ante la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, anexando algunas pruebas e informando que parte de la mercancía decomisada por la DIAN se había encontrado en poder de comerciantes, dispuesta para su venta, razón por la cual solicitó iniciar la investigación disciplinaria que correspondiera contra los servidores públicos que pudieran estar involucrados en estos hechos, así

como dar traslado a las autoridades judiciales para investigar la posible comisión de varios delitos (folios 10 a 56 ídem).

4. La citada Procuradora, mediante oficio N° 000243 del 13 de abril de 2012, remitió el asunto, a su vez, al Procurador Segundo Distrital de Bogotá, por considerar que los hechos denunciados por CCG Cargo Express S.A.S. denotaban la posible comisión de faltas disciplinarias y delitos por parte de algunos empleados de la DIAN, por lo cual era necesario evaluar la pertinencia de iniciar una investigación disciplinaria. La misma funcionaria informó que había enviado copia de la queja a la Fiscalía General de la Nación (folios 8 y 9 ídem).
5. La referida sociedad presentó también una queja, por los mismos hechos, ante el Director General de la DIAN, con escrito del 23 de marzo de 2012, funcionario que la asignó internamente a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno (folios 1 a 17 del cuaderno N° 1).
6. Con base en esta última denuncia, la citada Subdirección ordenó la apertura de una indagación preliminar y decretó la práctica de varias pruebas, mediante decisión del 31 de mayo de 2012 (folios 101 a 104 ídem).
7. Por medio de auto del 21 de agosto de 2012, la Coordinadora de Instrucción de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN ordenó remitir a la UAE - ITRC el expediente de esta actuación disciplinaria, por considerar que varias de las conductas denunciadas están tipificadas objetivamente como delitos, en relación con las cuales el quejoso manifestó haber presentado denuncia penal y tener las pruebas correspondientes, razón por lo cual tales comportamientos constituyen también faltas disciplinarias gravísimas, según lo establecido en el artículo 48, numeral 1° de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), cuya investigación compete a la UAE – ITRC, conforme a lo dispuesto en el artículo 2°, numeral 2° del Decreto Ley 4173 de 2011¹, corregido por el artículo 1° del Decreto 4452 de 2011 (folios 205 a 206 del cuaderno N° 2).
8. La Subdirectora Técnica Disciplinaria de la UAE – ITRC, mediante auto del 28 de agosto de 2012, decidió avocar el conocimiento del proceso disciplinario mencionado, al cual le asignó el número 1704-01-2012-72, sin hacer ninguna objeción u observación con respecto a la competencia de dicha entidad (folios 207 a 208 del cuaderno N° 2).
9. El 27 de septiembre de 2012, el Procurador Segundo Distrital de Bogotá ordenó remitir a la “*oficina de Control Disciplinario Interno de la DIAN*” la queja presentada por CCG Cargo Express S.A.S. ante la Procuraduría General de la Nación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 67 y 76 del Código Disciplinario Único (cuaderno de anexos, folio 2).
10. El Coordinador GIT de Instrucción y Sustanciación Delegado para Delitos y Otras Infracciones de la UAE – ITRC, mediante el auto N° 17404-027 del 18 de diciembre de 2012, ordenó la apertura de una investigación disciplinaria por los hechos denunciados contra los señores Guillermo Manzano Bravo, Francisco José Urrego Pérez, Henry Gonzalo Moreno Castro, Oscar Andrés

¹ “Por la cual se crea la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, se fija su estructura y se señalan sus funciones”.

Padilla Bueno, Sandra Patricia Moreno Guerrero, Emigdio Camilo Durán Camelo, Juan Bautista Folleco Mora, Jorge Edwin Medina Gómez y Diana Margarita Gómez Borda, servidores o ex servidores públicos de la DIAN (folios 243 a 245 del cuaderno N° 2).

11. Luego de practicar varias pruebas, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE – ITRC, mediante auto del 14 de abril de 2014, decidió cerrar la investigación que se llevaba a cabo, por considerar que *“existe prueba que permite la formulación de cargos dentro de la presente actuación”* (folio 1007 del cuaderno N° 6).
12. El mismo funcionario, con “auto de trámite” del 6 de mayo de 2015, es decir, más de un año después, decidió remitir por competencia el expediente a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, por considerar que varios de los hechos denunciados en la queja disciplinaria no pudieron ser probados, que otros no constituyen falta disciplinaria gravísima y que tampoco se ha establecido que exista un perjuicio real o inminente para los recursos públicos, razón por la cual el asunto no podía continuar siendo conocido por la UAE – ITRC (folios 1048 a 1053 ídem).
13. Una vez recibido el expediente, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, mediante el auto N° 6003-67 del 23 de junio de 2015, resolvió plantear a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado un conflicto negativo de competencias administrativas entre esa entidad y la UAE – ITRC, por considerar que los hechos denunciados y varias de las pruebas recaudadas permiten inferir la comisión de una o varias faltas disciplinarias gravísimas, cuya investigación y sanción competen legalmente a la UAE – ITRC. Afirma, además, que se presentan múltiples contradicciones en la posición de dicha Agencia, pues a pesar de que en el auto N° 17410-021 del 14 de abril de 2014, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE – ITRC consideró que existían pruebas suficientes para formular cargos, razón por la cual ordenó el cierre de la investigación, no procedió inmediatamente a resolver la situación jurídica de los investigados, como era de esperarse, mediante la formulación de cargos o el archivo definitivo de la actuación. Por el contrario, en el auto N° 17417-00223 del 6 de mayo de 2015, el mismo funcionario consideró que no existían pruebas de que los hechos denunciados constituyeran faltas disciplinarias gravísimas, y manifestó que no existía evidencia del hurto de las mercancías ingresadas al país por la sociedad CCG Cargo Express S.A.S. ni de la participación que en esa conducta hayan tenido los servidores públicos denunciados, a pesar de que el mismo operador disciplinario reconoce que parte de dicha mercancía, que debía encontrarse en poder de la DIAN, por intermedio de algún depósito autorizado, fue encontrada efectivamente en un “sanandresito”, dispuesta para la venta. Finalmente, señala que conforme al criterio de conexidad establecido en el artículo 81 de la Ley 734 de 2002, la demora en la expedición de las actas de aprehensión de los bienes decomisados, en la que aparentemente incurrieron algunos de los empleados encartados, debe considerarse como una conducta conexas con la posterior pérdida de algunos de tales elementos, por tratarse de hechos sucesivos y relacionados todos en la misma denuncia. (Folios 1065 a 1068 íbidem).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite de este conflicto (folio 1068 del cuaderno de anexos).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta de que se informó sobre el conflicto planteado a Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la abogada Noralba Ruiz Cano, apoderada del señor Carlos Alberto Zapata Castaño (representante legal de CCG Cargo Express S.A.S.), y a cada uno de los investigados en el proceso disciplinario (folios 1087 a 1097 ídem). De acuerdo con la constancia secretarial que obra en el expediente (folio 1138 del mismo cuaderno), las siguientes entidades y personas presentaron alegatos o consideraciones dentro del presente trámite: la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y el investigado Jorge Edwin Medina Gómez.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. La Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC - Subdirección de Investigaciones Disciplinarias

El Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de esta agencia reiteró las consideraciones expuestas en el auto N° 17417-00223 del 6 de mayo de 2015, en el sentido de que: (i) las pruebas recaudadas durante la indagación preliminar y la investigación disciplinaria no permiten sostener que se haya cometido alguna de las infracciones que constituyen faltas disciplinarias gravísimas, de acuerdo con el artículo 48 del Código Disciplinario Único, y que conforme al Decreto Ley 4173 de 2011, deben ser investigadas y sancionadas por la UAE – ITRC; (ii) no existe ningún plazo legal para elaborar y suscribir el acta de aprehensión de los bienes retenidos por la DIAN, según lo informado por la Subdirección de Gestión de Fiscalización Aduanera de dicha entidad, y (iii) tampoco se probó que alguno de los denunciados se hubiera apoderado de cualquiera de los bienes retenidos por la DIAN, ni que hubiera solicitado dinero para devolver la mercancía incautada. De todas formas, como sí se logró acreditar que parte de los bienes retenidos por la DIAN y que deberían estar en su poder, por intermedio de un depósito habilitado, se hallaron en el comercio informal, se ordenó remitir el expediente a la DIAN para que, si lo encontraba demostrado, formulara cargos por otras faltas disciplinarias distintas de las que son competencia de la UAE – ITRC, como el eventual incumplimiento de los deberes que corresponden a los servidores públicos investigados, o bien para que ordenara el archivo definitivo de la actuación.

Finalmente, el funcionario referido sostiene que aunque es cierto que no resolvió formalmente la situación jurídica de los denunciados al momento de ordenar el cierre de la investigación, como lo critica la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, sí resolvió materialmente dicha situación en el auto del 6 de mayo de 2015, al concluir que algunos de los hechos denunciados no se encuentran probados y que otros no pueden calificarse como falta disciplinaria gravísima.

B. La Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN

Reitera que la competencia para llevar a cabo el proceso disciplinario que nos ocupa es de la UAE – ITRC, pues las conductas denunciadas implicaban la comisión de varios delitos que constituyen, al mismo tiempo, faltas disciplinarias gravísimas que esa agencia consideró necesario investigar, en el auto que ordenó la apertura de la investigación.

Por otra parte, insiste en que, de acuerdo con el factor de conexidad, el proceso disciplinario debe desarrollarlo en su integridad la UAE – ITRC, aunque en el transcurso del mismo surja que alguna o algunas de las conductas investigadas no constituyen faltas disciplinarias gravísimas, o que alguno de los implicados no han participado en ellas, conforme a los lineamientos doctrinales que en esta materia ha establecido la Procuraduría General de la Nación y que la Sala de Consulta y Servicio Civil ha acogido en decisiones anteriores.

C. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El ministerio se refiere a la creación, a la naturaleza jurídica, a la estructura y a las funciones de la UAE – ITRC, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 4173 de 2011, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2014², de todo lo cual concluye que dicha unidad administrativa especial tiene competencia para investigar disciplinariamente a los empleados de la DIAN, en los casos previstos en las citadas normas.

Igualmente, hace alusión a la naturaleza jurídica de la DIAN y a su vínculo de adscripción con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. A este respecto, aclara que aun cuando las dos entidades en conflicto están adscritas a dicho ministerio, el cual, por lo tanto, ejerce un control de tutela sobre ambas unidades administrativas, tales instituciones gozan de patrimonio independiente y autonomía técnica, administrativa y financiera, conforme a la ley, motivo por el cual el Ministerio de Hacienda no puede resolver el conflicto que se presenta entre ellas, ni tampoco interferir directamente en las decisiones que cada una de estas adopte en el ejercicio de sus funciones.

D. El investigado Jorge Edwin Medina Gómez

El señor Medina Gómez manifiesta que ninguna de las dos entidades en conflicto, la DIAN ni la UAE –ITRC, ha encontrado probada alguna falta disciplinaria (gravísima o de otro tipo) en la que hubiese incurrido él o los otros investigados.

Asimismo advierte que ya se superó el término máximo dentro del cual podía llevarse a cabo la investigación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002. Por tales motivos, y también en atención a los principios de presunción de inocencia y de duda a favor del investigado, concluye que la única decisión que podría adoptarse en este momento es la de archivar definitivamente la actuación disciplinaria.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

² Corte Constitucional. Sentencia C- 634 del 3 de septiembre de 2014. Expediente D-10089.

Los conflictos de competencia que se presenten entre autoridades que deban conocer de una actuación disciplinaria, en cualquiera de sus instancias, se regulan de manera especial por el artículo 82 del Código Disciplinario Único, que dice:

“Artículo 82. Conflicto de competencias. El funcionario que se considere incompetente para conocer de una actuación disciplinaria deberá expresarlo remitiendo el expediente en el estado en que se encuentre, en el menor tiempo posible, a quien por disposición legal tenga atribuida la competencia.

Si el funcionario a quien se remite la actuación acepta la competencia, avocará el conocimiento del asunto; en caso contrario, lo remitirá al superior común inmediato, con el objeto de que éste dirima el conflicto. El mismo procedimiento se aplicará cuando ambos funcionarios se consideren competentes.

El funcionario de inferior nivel, no podrá promover conflicto de competencia al superior, pero podrá exponer las razones que le asisten y aquel, de plano, resolverá lo pertinente”. (Se subraya).

En el presente caso no cabe aplicar esta disposición debido a que las dos partes en conflicto, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, no tienen un superior común en materia disciplinaria.

En efecto, debe aclararse que aunque las dos entidades mencionadas son adscritas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esto no significa que dicha cartera sea el superior común de aquellas en el campo administrativo-disciplinario, pues, como lo advierte en sus alegatos el apoderado de ese ministerio, la adscripción de las dos entidades mencionadas genera un control de tutela administrativa, que tiene el alcance previsto en los artículos 41, 42, 103, 104 y 105 de la Ley 489 de 1998³, entre otras, pero no le otorga al Ministerio de Hacienda la potestad de intervenir o inmiscuirse directamente en las decisiones técnicas, financieras o administrativas que los órganos y servidores públicos de las entidades adscritas adopten en el ejercicio normal de sus funciones.

Por otra parte, recuérdese que el diseño institucional establecido en la Ley 734 de 2002 para el ejercicio del control disciplinario interno en las entidades, órganos y organismos del Estado consiste en que, por regla general, la potestad disciplinaria la ejercen, en primera instancia, las oficinas o unidades de control disciplinario interno de cada entidad, órgano u organismo, mientras que la segunda instancia recae en los nominadores. Tanto en el caso de la DIAN como de la UAE – ITRC, los respectivos nominadores de sus empleados (con excepción de los Directores Generales, que son funcionarios de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República⁴), son los respectivos Directores Generales⁵ y no el Ministro de Hacienda y Crédito Público u otros funcionarios de esa cartera, razón por la cual estos funcionarios (incluido el ministro) no pueden calificarse como superiores jerárquicos en el campo disciplinario de los servidores públicos que laboran en las mencionadas unidades administrativas especiales.

Dada la imposibilidad de aplicar en este caso el artículo 82 de la Ley 734 de 2002, le corresponde al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, ejercer su

³ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

⁴ Artículo 189, numeral 13 de la Constitución Política; artículos 77 y 82 de la Ley 489 de 1998, y artículo 5º del Decreto 4173 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 985 de 2012.

⁵ Artículo 6º, numeral 3º del Decreto 4048 de 2008, y artículo 3º, numeral 4º del Decreto 985 de 2012.

función general de resolver los conflictos de competencias administrativas que se presenten entre dos o más autoridades, entidades u organismos del Estado, en los términos previstos en los artículos 39 y 112, numeral 10 del CPACA.

El citado artículo 112 relaciona entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la de:

“Artículo 112. (...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado”.

Conforme a las normas anteriores, la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias suscitado entre dos autoridades del orden nacional: la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN⁶, y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC⁷.

Además, el tema que se discute es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto, como es el de determinar la autoridad competente para continuar con el trámite del proceso disciplinario N° 1704-01-2012-72 que se lleva a cabo contra varios servidores o ex servidores públicos de la DIAN.

2. Análisis del conflicto planteado

Para resolver este conflicto, es necesario analizar las normas legales y de otra índole que establecen la competencia en materia disciplinaria de la DIAN, especialmente por intermedio de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno, y de la UAE – ITRC, particularmente en lo que atañe a su Subdirección de Investigaciones Disciplinarias.

⁶ La DIAN es una unidad administrativa especial del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decretos 2117 de 1992, 1071 de 1999, 4048 de 2008 y 1321 de 2011.

⁷ Según el artículo 1° del Decreto Ley 4713 de 2011, la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC es “...una entidad del orden nacional de la Rama Ejecutiva, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio independiente, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C.”.

a. La potestad disciplinaria de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN - Decreto 4048 de 2008

La Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno fue creada por el Decreto 4048 de 2008, con la finalidad de conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores y ex servidores públicos de la DIAN, en armonía con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 734 de 2002.

Las funciones propias de esta Subdirección, conforme al Decreto 4048 de 2008, son las siguientes:

“Artículo 10. Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno. Son funciones de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno, las siguientes:

1. Conocer y fallar en primera instancia los procesos que se adelanten contra los empleados públicos de la DIAN a nivel nacional, por conductas que constituyan falta disciplinaria, de conformidad con las normas vigentes que rijan la materia;

(...)

3. Buscar el apoyo de la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, y demás organismos que puedan coadyuvar el desarrollo de actividades orientadas a hacer efectivo el ejercicio del control disciplinario interno;

4. Garantizar los procedimientos de cadena de custodia relacionados con el tratamiento de los elementos probatorios que se hallen en el ejercicio de la función disciplinaria, entregándolos oportunamente a la Fiscalía General de la Nación, para los fines de su competencia;

(...)

6. Notificar y comunicar las decisiones proferidas dentro de los procesos disciplinarios.”

Como se infiere de las normas citadas, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN funge como oficina o unidad de control disciplinario interno en esa entidad, de acuerdo con las normas del Código Disciplinario Único, por lo cual le corresponde, como regla general, llevar a cabo las investigaciones y ejercer en primera instancia el control disciplinario interno sobre los servidores y ex servidores de dicha unidad.

b. La potestad disciplinaria de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC- Decretos 4173 de 2011 y 985 de 2012

El Gobierno Nacional identificó la necesidad de contar con una entidad que coadyuvara a velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y su inversión de acuerdo con la ley, con el objetivo de lograr unas finanzas públicas sanas. A tal fin, consideró necesario crear una entidad de carácter técnico y especializado, con independencia funcional, financiera y administrativa, que tuviese los recursos, la autonomía y la capacidad técnica para realizar acciones preventivas y correctivas en esta materia⁸, incluyendo programas de auditoría sobre las entidades públicas encargadas de recaudar y administrar los tributos (que incluyen las contribuciones parafiscales) y las rentas provenientes del monopolio de juegos de suerte y azar, así como para efectuar investigaciones disciplinarias contra los funcionarios respectivos.

⁸ Considerandos del Decreto Ley 4173 de 2011.

En virtud de lo anterior, el Decreto Ley 4173 de 2011, expedido por el Presidente de la República con fundamento en las facultades extraordinarias que le otorgaron los literales d), e) y f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011⁹, creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC.

El artículo 2º del mencionado decreto se refiere al objeto de esta entidad, en los siguientes términos:

“Artículo 2o. Objeto. La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, tendrá como objeto:

1. Adelantar auditorías y formular recomendaciones sobre los procesos, acciones y operaciones de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.

*2. Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, tendrá competencia para realizar las investigaciones de las conductas que por su trascendencia estén relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, respecto de los servidores públicos que pertenecen a las entidades de que trata el numeral anterior*¹⁰.

3. Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, asumir las competencias de las Oficinas de Control Disciplinario Interno sobre las demás faltas disciplinarias en que incurran los funcionarios de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos.

PARÁGRAFO. Las funciones de control disciplinario de que trata este artículo, serán ejercidas de conformidad con el procedimiento dispuesto en la Ley 734 de 2002”. ¹¹ (Subrayas extra-textuales).

El artículo 7º del Decreto Ley 4173 se refería originariamente a las funciones del “Inspector General”, pero dicha norma fue subrogada por el artículo 3 del Decreto 985 de 2011¹², que señala las funciones del “Director General” de la Agencia

⁹ “Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”. “Artículo 18. Facultades Extraordinarias. De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para: (...) d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado; e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional; f) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado; (...)”.

¹⁰ El numeral 2º del artículo 2º del Decreto 4173 de 2011 fue aclarado por el Decreto 4452 de 2011, ya que en el texto original se hacía referencia a la Ley 734 de 2001, en lugar de la Ley 734 de 2002.

¹¹ En los numerales 6 y 7 del artículo 4º del Decreto 4173 de 2011, se reitera la función disciplinaria encomendada a la Agencia, sin perjuicio del control preferente de la Procuraduría General de la Nación, en similares términos a los previstos en el artículo 2 del mismo decreto.

¹² El Decreto 985 de 2012, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC- fue expedido por el Presidente en ejercicio de las facultades constitucionales y legales que le confiere el artículo 189 numeral 16 de la Constitución y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998. Dicho decreto estableció en el artículo 12, referente a vigencia y derogatorias que “el presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el Decreto 4173 de 2011, específicamente el artículo 5º y los Capítulos II y III”.

ITRC. De igual forma, el artículo 13 del Decreto 4173 de 2011, que establecía las funciones de la Subinspección General de Investigaciones, fue subrogado por el artículo 10 del nuevo decreto, que menciona las funciones de la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias.

Las disposiciones referidas, en lo que atañe a las facultades disciplinarias otorgadas a la UAE - ITRC, fueron acusadas de inconstitucionalidad, bajo el argumento de que afectaban el diseño constitucional del control disciplinario sobre los servidores públicos, por haberse asignado a una nueva unidad administrativa especial las funciones de las oficinas de control interno disciplinario de la DIAN, la UGPP y COLJUEGOS, aspecto que, en opinión del demandante, resultaba violatorio del derecho al debido proceso y del principio de juez natural. Al respecto, sostuvo la Corte en la citada sentencia C-634 de 2014:

“(…) De manera más específica, este cargo plantea el problema de establecer la posibilidad de que el control disciplinario interno resida en organismos diferentes a las oficinas de control interno de cada entidad.

6.3.2. En múltiples ocasiones, la jurisprudencia ha considerado que la Constitución de 1991 no concentra la función disciplinaria en cabeza de un organismo único no obstante se disponga una cláusula general de competencia en cabeza de la Procuraduría General de la Nación para conocer las faltas disciplinarias de los empleados y servidores públicos¹³.

Por consiguiente, no viola la Constitución, que el poder disciplinario también se establezca en otros órganos y entidades del Estado porque la misma Carta establece una estructura desconcentrada de dicha función lo cual promueve la eficiencia en la vigilancia de la conducta de los funcionarios y servidores públicos, respetando en todo caso el poder preferente y en ocasiones exclusivo de la Procuraduría en ciertas materias (art. 278 CP), como se señaló arriba.
(…)

En resumidas cuentas, el Legislador extraordinario otorgó a la Agencia ITRC, la facultad de investigar a los funcionarios de la DIAN, la UGPP y COLJUEGOS por algunas conductas referidas a faltas gravísimas del artículo 48 del CDU y le otorgó una competencia especial que permite desplazar del ejercicio de la función disciplinaria a las Oficinas de Control Interno, previa decisión motivada y sin perjuicio del control preferente de la Procuraduría General de la Nación.

6.3.4. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que no se verifica ningún desconocimiento de la Constitución por las razones que se exponen a continuación.

6.3.4.1. Tal y como se advirtió anteriormente, la Constitución no ha estructurado el control disciplinario centralizado ni como potestad exclusiva del Procurador General. La existencia y consagración constitucional del control interno en las diferentes entidades públicas, es expresión del diseño disciplinario descentralizado ideado por el Constituyente.
(…)

Así, la regla general es que las autoridades de las propias entidades diseñen y apliquen los métodos y procedimientos de control interno de acuerdo con la ley, pero también se prevén excepciones que serán fijadas por la misma ley.
(…)

6.3.4.3. No sobra advertir que el hecho de que se haya creado la Agencia ITRC no significa que los funcionarios de la DIAN, la UGPP y COLJUEGOS, serán investigados y sancionados por los mismos hechos por parte de la Procuraduría, la

¹³ “[13] C-966 de 2001 y C-417 de 1993”.

Agencia y las Oficinas de Control Interno de las respectivas entidades. Además, los procesos que se realicen ante la Agencia ITRC gozarán de todas las garantías constitucionales y legales y además preservarán el derecho a la doble instancia de modo que en principio no se advierte ninguna violación del debido proceso.

*6.3.5. Con base en lo expuesto, la Corte concluye que la Constitución no prohíbe asignar funciones disciplinarias a entidades por fuera de las oficinas de control interno.
(...)”*

Ahora bien, con base en las normas legales mencionadas y en la jurisprudencia constitucional, puede concluirse que, en principio, el control disciplinario interno sobre los servidores y ex – servidores públicos de la DIAN recae en esa misma entidad, por conducto de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno, pero que existen dos (2) hipótesis en las cuales dicha función debe ser ejercida por la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, en ambos casos sin perjuicio del poder disciplinario preferente que corresponde a la Procuraduría General de la Nación:

- (i) Para investigar aquellas conductas que por su trascendencia estén relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (artículo 2º, numeral 2º del Decreto Ley 4173 de 2011).
- (ii) En cualquier otro caso, para investigar las faltas disciplinarias cometidas por los empleados de la DIAN, cuando esto resulte necesario para la defensa de los recursos públicos (artículo 2º, numeral 3º ibídem).

Aclara la Sala que mientras la primera de las citadas causales está configurada sobre unos elementos preponderantemente objetivos, esto es, que la conducta que se investigue pueda constituir una falta disciplinaria gravísima, de aquellas que tipifican los numerales citados del artículo 48 del Código Disciplinario Único, la segunda de dichas causales otorga cierta discrecionalidad a la UAE – ITRC, a saber, la de establecer si su actividad disciplinaria se considera “necesaria” o no para la defensa de los recursos públicos, lo cual está relacionado directamente con las finalidades para las cuales el Gobierno Nacional consideró pertinente crear dicha entidad, es decir, las de “consolidar unas finanzas públicas sanas”, “cumplir con los requerimientos para participar en organismos internacionales en los términos del artículo 47 de la Ley 1450 de 2011” y “contar con mecanismos eficaces para la protección del patrimonio público que aseguren mayor transparencia, eficiencia y eficacia en la gestión de ingresos a cargo del sector de Hacienda y Crédito Público”, entre otras, tal como se puede leer en la parte considerativa del Decreto Ley 4173 de 2011.

Lo anterior no significa que la UAE – ITRC, en este segundo caso, pueda definir en forma arbitraria o completamente subjetiva su competencia, pues siempre que resulte claro o evidente que el recaudo, la conservación o la adecuada inversión de los recursos públicos se encuentren comprometidos con actuaciones que tengan implicaciones disciplinarias, realizadas por servidores públicos de la DIAN, la UGPP o la entidad que administre el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, la UAE – ITRC tendría que hacer uso de sus atribuciones en esta materia, ya sea de oficio o bien por petición de los interesados, de cualquiera de las entidades públicas mencionadas, de la Procuraduría General de la Nación o de otra autoridad, a menos que, mediante una decisión razonada y debidamente motivada, la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones

Parafiscales llegare a considerar que no es necesaria su intervención en determinado caso.

c. La potestad disciplinaria

La potestad disciplinaria del Estado sobre los servidores públicos se justifica por la necesidad de garantizar que estos, en el ejercicio de sus funciones, respeten y cumplan los principios de igualdad, moralidad, transparencia, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que orientan la función administrativa¹⁴, así como sus demás deberes y obligaciones constitucionales y legales.

En el Código Disciplinario Único se contemplan las reglas o principios básicos del derecho disciplinario y del ejercicio de la potestad disciplinaria. Los primeros artículos de dicho estatuto determinan la titularidad de la potestad disciplinaria en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Titularidad de la potestad disciplinaria.- El Estado es el titular de la potestad disciplinaria”.

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

Como se observa, esta última norma establece la titularidad del control disciplinario en dos niveles. Uno interno, que es la regla general, radicado en las oficinas de control interno disciplinario que por mandato legal deben existir en todas las entidades públicas¹⁵ (salvo en la Rama Judicial), y en los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado. Y uno externo, en cabeza del Ministerio Público, en ejercicio de la cláusula general de competencia y de otra del poder preferente, que opera de manera excepcional.

A su vez, el artículo 74 de la Ley 734 de 2002 prescribe los factores determinantes de la competencia¹⁶ en materia disciplinaria, de la forma en que sigue:

¹⁴ “Constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho, el deber de los servidores públicos de cumplir sus obligaciones de conformidad con lo establecido en las normas vigentes. El reconocimiento de ese deber y la responsabilidad consecuente en caso de incumplirlo, se encuentra previsto específicamente en el artículo 6º de la Carta conforme al cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, de una parte y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas. En plena consonancia con ello, el artículo 122 de la Carta prevé que todos los servidores públicos, antes de entrar a ejercer su cargo, deberán prestar juramento de cumplir y defender la Constitución así como desempeñar los deberes que les incumben. Adicionalmente el artículo 123 prescribe que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma en que ello se encuentre previsto por la Constitución, la ley y el reglamento.//Este punto de partida, que cualifica la condición del servidor público y determina su relación de sujeción, se encuentra signado además por la regla según la cual la función pública debe encontrarse al servicio de los intereses generales y, en esa medida, las autoridades públicas deben respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. De acuerdo con ese conjunto de mandatos, la Constitución y la legislación, reconocen competencias y establecen procedimientos para que diferentes autoridades del Estado, judiciales y no judiciales, adelanten las investigaciones que correspondan y adopten las medidas e impongan las sanciones que correspondan.” Corte Constitucional, sentencia C-500 de 16 de julio de 2014. Véase también el artículo 16 de Ley 734 de 2002. “Artículo 16. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”.

¹⁵ Ley 734 de 2002, artículo 34: Son deberes de todo servidor público: “(...) 32. Implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las recomendaciones que para el efecto señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto”.

¹⁶ “La competencia, que ha sido definida como el grado o la medida de la jurisdicción, tiene por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o

“Artículo 74. Factores que determinan la competencia. 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”.

Como se observa, el legislador, al fijar los criterios para determinar la competencia disciplinaria, no ha tenido en cuenta solamente límites externos, tales como la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta y el factor funcional, sino que también ha incluido como factor para fijarla el de conexidad.

3. El caso concreto

Con base en los criterios mencionados, la Sala procederá a analizar si en este caso concreto, la UAE – ITRC debe seguir tramitando el proceso disciplinario que se inició contra varios servidores públicos de la DIAN, o si, por el contrario, la competencia para proseguir con dicha actuación la tiene la DIAN.

De acuerdo con las múltiples quejas que los representantes legales de la sociedad CCG Cargo Express S.A.S. formularon ante la DIAN y la Procuraduría General de la Nación, los servidores públicos denunciados, o algunos de ellos, participaron presuntamente en las siguientes conductas que tendrían implicaciones disciplinarias y penales: (i) haber incumplido los plazos previstos en las normas aduaneras para formalizar la aprehensión de los bienes retenidos a dicha firma, mediante la elaboración y suscripción de las correspondientes actas; (ii) haber elaborado inventarios de la mercancía incautada que no coincidían con la realidad, en cuanto al peso real, la descripción y la ubicación exacta de la misma; (iii) haber solicitado dinero para “vender”, es decir, para devolver a la firma importadora algunos de los bienes retenidos, y (iv) haberse apropiado de parte de la mercancía o haber permitido y facilitado su apropiación por parte de terceros.

La gravedad de las conductas descritas y sus implicaciones penales, hicieron que la firma quejosa formulara simultáneamente una denuncia penal, y que la Procuraduría General de la Nación- Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública- diera traslado de la queja disciplinaria recibida a la Fiscalía General de la Nación.

Por las mismas razones, la UAE – ITRC avocó el conocimiento de la actuación disciplinaria que le remitió la DIAN, sin formular observación u objeción alguna en torno a su competencia; posteriormente ordenó la apertura de una investigación disciplinaria contra los servidores públicos señalados por el denunciante, así como la práctica de varias pruebas, y más adelante, con auto del 14 de abril de 2014, suscrito por el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias, resolvió cerrar

autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica (...) La competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo.// En materia disciplinaria, que es el tema que se regula en las normas acusadas, también rige el principio del juez natural, esto es, aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto (...) De conformidad con estos preceptos, la competencia debe ser constitucional o legal; preexistente, es decir, anterior al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y explícita”. Corte Constitucional, sentencia C-429 de 2 de mayo de 2001. Al respecto, ver también: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de marzo de 2011. Radicación número 11001-03-06-000-2011-00002-00 (2046).

la investigación por considerar que en el expediente obraban suficientes pruebas para formular pliego de cargos contra los acusados.

Sin embargo, en lugar de proceder en ese sentido (es decir, dictar el pliego de cargos), el mismo funcionario decidió, mediante auto proferido el 6 de mayo de 2015, esto es, más de un año después, remitir el expediente a la DIAN – Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno, por considerar que: (i) algunos de los hechos denunciados no se encuentran probados (como la apropiación indebida de algunos de los bienes retenidos o la elaboración de las actas de aprehensión por fuera de los plazos exigibles); (ii) otras conductas no serían constitutivas de faltas disciplinarias gravísimas, sino de otra clase de infracciones disciplinarias, como el incumplimiento de los deberes que les corresponde a los funcionarios involucrados en relación con la custodia y el control de las mercancías aprehendidas, y (iii) ninguno de los hechos referidos por el quejoso implica un riesgo inminente para los recursos públicos cuyo control le han sido encargados a esa agencia.

A este respecto, la Sala coincide con la DIAN cuando advierte la existencia de múltiples contradicciones en dicha decisión, especialmente en cuanto la UAE – ITRC considera que no existen pruebas de ninguno de los hechos denunciados que pudieran constituir una falta disciplinaria gravísima, a pesar de que en la decisión inmediatamente precedente había estimado que existían pruebas suficientes para proferir pliego de cargos; y también cuando señala que no se ha demostrado la apropiación indebida de los bienes retenidos por parte de ninguno de los encartados, pero al mismo tiempo reconoce que en el expediente se pudo probar que parte de dichos bienes, que deberían encontrarse bajo el control de la DIAN, se hallaron en el comercio informal de los “sanandresitos”. Observa la Sala que el operador disciplinario se abstiene de explicar, entonces, de qué forma, en qué momento y con la intervención o tolerancia de cuáles personas (servidores públicos o particulares) salieron indebidamente dichos bienes del poder de la DIAN y llegaron a manos de comerciantes.

Igualmente extraña la Sala, en la decisión que se comenta, toda referencia al estado y al resultado de la investigación penal que por estos mismos hechos ha debido de iniciar la Fiscalía General de la Nación, así como a las pruebas que se hayan recaudado o practicado dentro de la misma, todo lo cual resultaría relevante para determinar si efectivamente se cometió algún delito, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que este se haya realizado y la identificación del autor o los autores del mismo.

Por otro lado, recuerda la Sala que la conducta definida en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en *“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”*, no es la única falta disciplinaria gravísima que conforme al artículo 2º, numeral 2º y al artículo 4º, numeral 6 del Decreto Ley 4173 de 2011, le compete investigar y sancionar a la UAE – ITRC, sino que dicha unidad también debe investigar, entre otras, las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 3º y 50º del artículo 48 del Código Disciplinario Único, infracciones que podrían resultar aplicables en el caso que nos ocupa. En efecto, la conducta descrita en el numeral 3º consiste en *“dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales*

mensuales” (se resalta); y la falta definida en el numeral 50º es la de “ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario” (subrayamos). Por tal razón, la decisión que adopte el operador disciplinario debería aclarar en qué medida los hechos denunciados y probados en el expediente configuran o no cualquiera de las faltas disciplinarias gravísimas mencionadas (u otras que sean pertinentes), y no solamente aquella establecida en el artículo 48, numeral 1º de la Ley 734 de 2002.

Dado lo anterior, la Sala estima que la decisión adoptada por el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE – ITRC, en el sentido de ordenar el envío del expediente disciplinario a la DIAN¹⁷, resulta prematura, desde un punto de vista lógico-procesal, aunque cronológicamente haya sido tardía, ya que tal determinación solo podría tomarla, si hubiere lugar a ello, después de proferir el pliego de cargos contra todos, algunos o alguno de los investigados, si tal determinación fuere la procedente, para lo cual sería necesario efectuar un examen juicioso, detallado e integral del expediente, especialmente de las pruebas que obran en el mismo, del trámite que haya tenido el proceso, de las manifestaciones y el comportamiento procesal de las partes y, por supuesto, de las normas sustanciales y procedimentales que resulten aplicables.

Vale la pena aclarar que si la UAE – ITRC optare por formular cargos por faltas disciplinarias que dicha agencia no califique como gravísimas en relación con ninguno de los investigados, no podría decirse que dicho acto esté viciado de nulidad por falta de competencia¹⁸, pues justamente sería dicha decisión – y no otra anterior – la que permitiría establecer que, a partir de ese momento, la competencia para continuar con el proceso disciplinario no es de la mencionada agencia, sino de la DIAN. Por otro lado, si no fuera así, podría incurrirse en un círculo vicioso que afectaría gravemente los principios que gobiernan las actuaciones administrativas, en general, y los procesos disciplinarios en particular, y se vulnerarían los derechos del quejoso y de los investigados, pues si la UAE – ITRC estima que no puede formular pliego de cargos y remite el expediente a la DIAN, por considerar que las conductas investigadas no constituyen falta disciplinaria gravísima, la DIAN podría hacer lo propio y devolver el expediente a la UAE – ITRC, argumentando lo contrario, es decir, que tales conductas deben calificarse como faltas disciplinarias gravísimas, con lo cual ninguna de las dos entidades resolvería materialmente la situación jurídica-disciplinaria de los investigados y el proceso se quedaría indefinidamente en ese estado.

Por tal razón, la Sala declarará competente a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC para que siga adelante con el proceso disciplinario N° 1704-01-2012-72 que se tramita contra los señores Guillermo Manzano Bravo, Francisco José Urrego Pérez, Henry Gonzalo Moreno Castro, Oscar Andrés Padilla Bueno, Sandra Patricia Moreno Guerrero, Emigdio Camilo Durán Camelo, Juan Bautista Folleco Mora, Jorge Edwin Medina Gómez y Diana Margarita Gómez Borda, por lo menos hasta el momento de dictar pliego de cargos o de ordenar el archivo definitivo de la actuación, de acuerdo con lo que se ha explicado.

¹⁷ Realmente fue la devolución, ya que la actuación disciplinaria empezó en la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, cuando se ordenó la apertura de indagación preliminar, y posteriormente fue enviado, en esa etapa, a la UAE – ITRC.

¹⁸ Artículo 143, numeral 1º de la Ley 734 de 2002.

No sobra advertir que si la UAE – ITRC llegare a formular pliego de cargos por alguna conducta que califique como falta disciplinaria gravísima, de aquellas mencionadas en el artículo 2º, numeral 2º del Decreto Ley 4173 de 2011, contra cualquiera de los servidores públicos investigados, deberá continuar con el proceso disciplinario hasta su terminación, pues resulta evidente que entre los diversos hechos referidos en la queja disciplinaria y las personas denunciadas en ese acto existe una clara conexidad sustancial y procesal, tal como lo ha explicado esta Sala en decisiones anteriores, al solucionar conflictos de competencia administrativa entre las mismas partes¹⁹.

Sin perjuicio de la competencia que se atribuye a la UAE – ITRC, la Sala considera pertinente remitir copia de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación, para que dicha entidad, dentro del marco constitucional y legal que rige sus funciones, estudie la posibilidad de ejercer en este caso el poder disciplinario preferente del cual está investida²⁰.

Vale la pena advertir que esta decisión no constituye ni se asimila a una declaración de competencia en cabeza de la Procuraduría, razón por la cual no puede afectar el trámite normal del proceso disciplinario ni dar lugar a un nuevo conflicto de competencias. Solamente si la Procuraduría General de la Nación llegare a decidir eventualmente que hace uso de su poder disciplinario preferente y así se lo comunica a la UAE – ITRC, dicha entidad quedaría obligada a remitir el expediente de la actuación disciplinaria a ese organismo de control.

Finalmente, la Sala aclara que no puede pronunciarse ni resolver sobre la solicitud de terminación o archivo definitivo del proceso disciplinario que formula en sus alegatos el señor Jorge Edwin Medina Gómez (investigado), por haberse superado presuntamente el término establecido en la ley para dictar el pliego de cargos, ya que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado solamente tiene la función de resolver el conflicto de competencias administrativas planteado entre la DIAN y la UAE – ITRC, determinando cuál es la autoridad competente para proseguir la actuación disciplinaria. Por lo tanto, le corresponderá a la UAE – ITRC, a quien la Sala declarará competente, examinar la solicitud presentada por el señor Medina Gómez y resolver lo que sea procedente en relación con la misma.

4. Definición de competencia y términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisiones del 15 de mayo y del 15 de diciembre de 2014, radicadas con los números 11001-03-06-000-2014-00063-00 y 11001-03-06-000-2014-00275-00, respectivamente.

²⁰ Artículo 277, numeral 6º de la Constitución Política; artículos 2, 3, 67 y 69 de la Ley 734 de 2002, y artículos 7º, 9º y 25º del Decreto Ley 262 de 2000, entre otros.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*²¹. El artículo 21 del CPACA, tal como fue sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, en relación con el funcionario sin competencia, dispuso que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC, para continuar con el trámite del proceso disciplinario N° 1704-01-2012-72, iniciado contra los señores Guillermo Manzano Bravo, Francisco José Urrego Pérez, Henry Gonzalo Moreno Castro, Oscar Andrés Padilla Bueno, Sandra Patricia Moreno Guerrero, Emigdio Camilo Durán Camelo, Juan Bautista Folleco Mora, Jorge Edwin Medina Gómez y Diana Margarita Gómez Borda, servidores o ex servidores públicos de la DIAN

²¹ La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reemplazó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”*.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC, para que continúe la actuación administrativa en forma inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión al Procurador General de la Nación, a la Dirección General y a la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC, a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la sociedad CCG Cargo Express S.A.S., por intermedio de su representante legal, y a los investigados Guillermo Manzano Bravo, Francisco José Urrego Pérez, Henry Gonzalo Moreno Castro, Oscar Andrés Padilla Bueno, Sandra Patricia Moreno Guerrero, Emigdio Camilo Durán Camelo, Juan Bautista Folleco Mora, Jorge Edwin Medina Gómez y Diana Margarita Gómez Borda

CUARTO: Enviar copia de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que examine la posibilidad de ejercer en este caso su poder disciplinario preferente.

QUINTO: Reconocer personería a los abogados Juan Carlos Pérez Franco, como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Nelson Javier Otálora Vargas, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, en los términos del poder y los documentos anexos que obran en el expediente.

SEXTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala