

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS – Entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC / INSPECTOR GENERAL DE TRIBUTOS, RENTAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES ITRC – Competente para investigar en caso de faltas gravísimas

La competencia general de investigación disciplinaria de los funcionarios de la DIAN radica en principio en esa entidad, tal como lo dispone además el artículo 10 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (...) El Decreto 4173 de 2011 por el cual se creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC-, le asignó a esta entidad algunas competencias disciplinarias sobre funcionarios de la DIAN. (...) De acuerdo con lo expuesto, se puede determinar que la ITRC desplaza la competencia general de la DIAN cuando se trate de: “i) 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; y ii) en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos. Por el contrario, si la conducta a investigar no se puede encuadrar en ninguno de los anteriores supuestos la investigación disciplinaria será competencia exclusiva de la DIAN”. Según lo expuesto, la DIAN conserva su competencia para ejercer la potestad disciplinaria de sus funcionarios en caso de faltas leves y graves y faltas gravísimas que no estén asignadas expresamente a la ITRC. (...) En el presente asunto se discute la competencia para continuar la investigación disciplinaria contra dos funcionarios de la DIAN, por haber aceptado “la reducción de la sanción sin verificar la existencia de la resolución que aprueba facilidad de pago y se aceptó modificar la base sobre la cual se tasa la sanción con base en la corrección de una declaración que ya se encontraba en firme”. La DIAN considera que los hechos descritos en relación con la conducta de los citados funcionarios de esa entidad, se encuadran dentro de lo señalado en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en concordancia numeral 2º del artículo 2º del Decreto 4173 de 2011, como falta gravísima. (...) Para el caso que es materia de análisis, de acuerdo con la denuncia que se transcribió, los hechos expuestos no son, en principio, de los tipificables dentro del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, particularmente en lo relativo a la exigencia de una intención inequívoca del servidor público de cometer un delito a título de dolo y valiéndose del cargo. La Sala considera que la conducta investigada, prima facie, es más próxima a la violación de los deberes y prohibiciones generales de los servidores públicos, en particular a lo descrito en el numeral 1º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, que prohíbe a los funcionarios “Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones”, falta que, se insiste, no se encuentra dentro de las trasladadas a la ITRC y que, por tanto, corresponde investigar a la DIAN según sus competencias disciplinarias generales.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 74 / DECRETO 4048 DE 2008 – ARTICULO 10

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS (E)

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00130-00(C)

Actor: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN

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, resuelve el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales, en adelante DIAN y la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, en adelante ITRC, en relación con quién debe conocer del proceso disciplinario expediente N° 1704-01-2013-087 (ITRC) / 213-304-2015-159 (DIAN), contra los servidores de la DIAN, Arianna Josefina Gámez Ramírez y Jairo Nicolás Padilla Burgos.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes del presente conflicto de competencias se sintetizan en la siguiente forma:

1. Por medio del Oficio N° 100211229-10103 de noviembre 15 de 2012, la Subdirectora de Fiscalización Tributaria de la DIAN - Bogotá, Yomaira Hidalgo Anibal, evidenció algunas irregularidades dentro del Expediente No. II2009-2011-247 por parte de funcionarios de la DIAN, relacionadas con haberse aceptado la reducción de la sanción a un contribuyente, sin verificar la existencia de la resolución que aprueba la facilidad de pago y haberse aceptado modificar la base sobre la que se tasa la sanción, con fundamento en la corrección de una declaración que ya se encontraba en firme. (Folios 8 a 12)
2. Mediante Auto N° 6003-24 de 20 de diciembre de 2012, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN ordenó trasladar la queja disciplinaria radicada con el No. 213-305-2012-629 a la ITRC, al considerar que la conducta puesta en conocimiento se enmarca entre las previstas en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, esto es, constitutiva de delito sancionable a título de dolo en la modalidad de prevaricato por acción. (Folio 7)
3. Mediante Auto N° 17404-120 de 19 de diciembre de 2013, la ITRC ordenó la apertura de la Investigación disciplinaria, radicada ahora con el No. 1704-01-2013-087, contra los funcionarios Arianna Josefina Gámez Ramírez y Jairo Nicolás Padilla Burgos por la presunta tasación y reducción irregular de una sanción tributaria impuesta al contribuyente José Gregorio Márquez López relacionada con la declaración de renta del año gravable 2009, actuación que podría constituir un delito. (Folios 136 a 137 vto.)
4. Con Auto N° 14417-00669 de 11 de noviembre de 2014, la ITRC, declaró su falta de competencia para adelantar el expediente disciplinario N° 1704-01-2013-

087 y dispuso su remisión a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN. Al efecto, la ITRC sostuvo:

“En conclusión, no existe para este despacho la presencia de una conducta prevaricadora en cabeza de los funcionarios señalados, como quiera que no concurren todos sus elementos, ni ninguna otra conducta que pueda enmarcarse dentro de la competencia de esta instancia, que tenga una connotación gravísima o que sea necesaria para la defensa de los recursos públicos, por lo que se considera necesario y pertinente remitir la actuación a la Subdirección de Control Disciplinario Interno de la UAE DIAN, para que en el marco de su competencia determine si del proceder de sus funcionarios se advierte algún tipo de incumplimiento de deber de la aplicación de la norma tributaria, en el desarrollo del procedimiento de aprobación y aplicación de la reducción sanción o alguna otra que merezca reproche alguno.” (Fl. 190)

5. En respuesta, la DIAN mediante Auto N° 9999-11 de 8 de julio de 2015, propuso conflicto negativo de competencias a la ITRC, respecto del conocimiento de la actuación disciplinaria de la referencia. En su concepto, es *“la naturaleza de la falta”* la que atribuye la competencia, criterio que fue tenido en cuenta por la ITRC al asumir en su momento la acción disciplinaria y que debe prevalecer sin importar que ahora los hechos se subsuman en una falta de menor grado. Así, no resulta admisible en este momento que la ITRC se desprenda de la competencia, sin asumir una postura que defina los hechos de mayor trascendencia – numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002-, y pase a la DIAN la responsabilidad de emitir un pronunciamiento al respecto, lo que de paso comportaría una desatención para las garantías fundamentales de los implicados.

Agrega, que la ITRC tiene la competencia para conocer y decidir en la misma actuación no sólo hechos y conductas de su resorte, sino aquellas subsidiarias que resulten conexas, aún en el evento en que dicha agencia, al momento de calificar la actuación, considere que dichos hechos no se subsumen en una falta gravísima. (Folios 198 a 199 vto.)

6. El día 14 de julio del presente año, mediante oficio No. 100-213-305-3856, la DIAN remitió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el proceso disciplinario de la referencia, con el objeto de determinar quién es el competente para conocer y fallar el Expediente Administrativo Disciplinario N° 1704-01-2013-087 (ITRC) / 213-304-2015-159 (DIAN). (Folio 203)

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 Corporación 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 del conflicto (folio 205).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 (folios 206 a 209).

Según hizo constar la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil, el doctor Jorge Adriano Moreno Ponce, en su calidad de Subdirector de Investigaciones disciplinarias del ITRC y el doctor Nelson Javier Otálora Vargas, en su condición de apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, allegaron alegatos. (Folios 210 a 215 y 216 a 222, respectivamente)

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes de este Conflicto de Competencias Administrativas presentan, en síntesis, los siguientes argumentos:

1. Argumentos de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

La DIAN considera que los hechos que se investigan en este caso deben ser conocidos por la ITRC, dado que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 734 de 2002, cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se deben investigar y decidir en un solo proceso. Frente al punto afirma:

“(…) que ‘la naturaleza de la falta’ es la que atribuye la competencia a la Agencia Disciplinaria, en este caso la existencia de un posible delito de prevaricato por acción a que alude el artículo 413 del Código Penal, y con el cual dicha entidad avocó conocimiento y abrió investigación disciplinaria, y en razón propia de su competencia, ha debido propiciarse y resolver, bien sea de forma favorable o desfavorable a los intereses de los disciplinados, pues frente a tales faltas disciplinarias, ni siquiera para absolver o determinar que las mismas no se configuran, puede la UAD-DIAN, determinar cosa alguna, pues la actuación está a cargo de la respectiva agencia.

(…)

De otro lado, debe insistirse en lo afirmado al proponer la colisión, en el sentido que por la naturaleza del comportamiento de mayor trascendencia, a la Agencia ITRC le asistía la atribución para emitir el pronunciamiento de fondo frente a este y las conductas conexas sea cual fuere la conclusión a la que arribare, y no dejar sub judice a través de un acto de sustanciación remisorio de la actuación sin resolver la misma.”

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

La ITRC reitera las consideraciones expuestas en el auto No. 17417-669 de 11 de noviembre de 2014, por medio de la cual se declaró la falta de competencia de la Agencia.

Agrega, que en este caso no se puede hablar de la aplicación del artículo 81 de la Ley 734 de 2002, en relación con la conexidad de otras conductas a la conducta gravísima o principal, precisamente porque no existe en este caso un concurso de acciones pluriofensivas del deber funcional o una sola acción de varios deberes funcionales y al contrario, se verificó una sola conducta que no configura las 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.

No comparte el punto de vista de la DIAN de que la razón fundamental para que la ITRC culmine y califique de fondo la presente causa radica en que desde el inicio se asumió el conocimiento por su naturaleza de apariencia gravísima y por lo tanto, debe conocer de las demás conductas que resulten conexas.

Manifiesta que si bien es cierto de un primer análisis se indicaba la posibilidad de estar frente a una conducta constitutiva de falta disciplinaria gravísima, lo cierto es que los hechos constituyen más una violación de deberes y prohibiciones de los servidores públicos y por tanto, el proceso corresponde a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno.

Considera que la incompetencia en materia disciplinaria se presenta a la hora de fallar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 734 de 2002, según el cual, la falta de competencia para dictar el fallo es causal de nulidad. Así, aunque no es la instancia ni el momento procesal para realizar valoraciones de fondo, considera que al no encontrarse satisfechos los presupuestos que configuran la falta gravísima, ni se trata de un caso en el que es necesario defender los recursos públicos, la ITRC no está facultada para conocer de este procedimiento sancionatorio; por lo cual, para evitar la nulidad del fallo debe remitir el expediente a la entidad o funcionario competente.

Finalmente, reitera y concluye que si bien es cierto, en un principio, la denuncia apuntaba a una falta gravísima en los términos del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, después de adelantarse la investigación se demostró que las conductas se asimilan más a la violación de deberes y prohibiciones de los servidores públicos, por lo que la competencia corresponde a la Subdirección de Control disciplinario interno de la DIAN.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

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

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

“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... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Como se evidencia en el análisis de los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional¹:

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 5 de mayo de 2015. Rad N° 11001-03-06-000-2015-00012-00. M.P. William Zambrano Cetina.

1. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creada como Unidad Especial mediante el Decreto 2117 de 1992.

2. La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC-, 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, creada mediante Decreto 4173 de 2011.

Por otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, que consiste en determinar cuál es la autoridad competente para avocar el conocimiento del proceso disciplinario expediente N° 1704-01-2013-087 (ITRC) / 213-304-2015-159 (DIAN), contra los servidores de la DIAN, Arianna Josefina Gámez Ramírez y Jairo Nicolás Padilla Burgos.

2. Problema jurídico

Como se aprecia dentro de la exposición de los antecedentes, el presente conflicto negativo de competencias administrativas se configuró entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, en la medida en que estos entes públicos manifestaron que no son competentes para avocar el conocimiento del proceso disciplinario de la referencia.

El conflicto surge a partir de la interpretación y aplicación que ITRC hace de las disposiciones legales que le atribuyen, para ciertos casos, competencias disciplinarias sobre los funcionarios de la DIAN.

En consecuencia, la Sala estudiará las disposiciones que establecen las competencias tanto de la DIAN como de la ITRC para adelantar investigaciones disciplinarias a los servidores de la DIAN y con base en ello, se determinará entonces cuál de tales entidades es la competente para continuar con el proceso disciplinario que da origen al presente conflicto.

3. Reparto de competencias disciplinarias sobre los funcionarios de la DIAN

La Sala en anterior conflicto de competencias administrativas², desarrolló un estudio del reparto de las competencias disciplinarias sobre los funcionarios de la DIAN, con fundamento en el cual se precisarán algunos aspectos de importancia para este caso.

2.1 Competencia general de la DIAN para disciplinar a sus servidores

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 5 de mayo de 2015. Rad N° 11001-03-06-000-2015-00012-00. M.P. William Zambrano Cetina.

La tesis que la Sala desarrolló en dicha decisión³ analizó la competencia general de la DIAN para disciplinar a sus servidores, con fundamento en el artículo 2º de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, relacionado con la competencia de cada entidad para ejercer la potestad disciplinaria de sus servidores, norma que se cita a continuación:

“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”. (...)

La Sala determinó en esa ocasión, que de acuerdo con este artículo, resulta claro que la acción disciplinaria se encuentra en primer lugar en cabeza de las oficinas de control disciplinario interno de cada entidad, salvo los casos en que la Procuraduría General de la Nación asuma su poder preferente.

En cuanto a los factores determinantes de la competencia en materia disciplinaria, la Sala citó el artículo 74 de la Ley 734 de 2002, el cual consagra los criterios que al interior de cada entidad servirán para determinar la competencia disciplinaria, esto es, la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y la figura de la conexidad. Dice textualmente la norma:

“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”.

De este modo, la competencia general de investigación disciplinaria de los funcionarios de la DIAN radica en principio en esa entidad, tal como lo dispone además el artículo 10 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, *por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales:*

“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; (...)*

³ Idem.

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

3.2 Competencias especiales asignadas a la ITRC

El Decreto 4173 de 2011 por el cual se creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC-, le asignó a esta entidad algunas competencias disciplinarias sobre funcionarios de la DIAN, en particular para los siguientes casos:

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

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 anterior⁴.

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 2002⁵.

De acuerdo con lo expuesto, se puede determinar que la ITRC desplaza la competencia general de la DIAN cuando se trate de: “i) 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; y ii) en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos. Por el contrario, si la conducta a investigar no se puede encuadrar en ninguno de los anteriores supuestos la investigación disciplinaria será competencia exclusiva de la DIAN”⁶.

Según lo expuesto, la DIAN conserva su competencia para ejercer la potestad disciplinaria de sus funcionarios en caso de faltas leves y graves⁷ y faltas gravísimas que no estén asignadas expresamente a la ITRC.

De otra parte, las faltas gravísimas que corresponde investigar a la ITRC son las siguientes:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

⁴ 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, cuando en realidad se trata de la Ley 734 de 2002.

⁵ 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 los mismos términos del artículo 2 del mismo Decreto.

⁶ *Idem.*

⁷ Violación general de los deberes, prohibiciones, incompatibilidades, etc.

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 (...)

3. 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.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga (...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales (...)

20. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley (...)

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental (...)

35. Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo (...)

42. Influir en otro servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita (...)

43. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas (...)

44. Favorecer en forma deliberada el ingreso o salida de bienes del territorio nacional sin el lleno de los requisitos exigidos por la legislación aduanera (...)

45. Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece (...)

46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.

47. Violar la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción (...)

50. 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 (...)

56. Suministrar datos inexactos o documentación con contenidos que no correspondan a la realidad para conseguir posesión, ascenso o inclusión en carrera administrativa (...)

58. Omitir, alterar o suprimir la anotación en el registro de antecedentes, de las sanciones o causas de inhabilidad que, de acuerdo con la ley, las autoridades competentes informen a la Procuraduría General de la Nación, o hacer la anotación tardíamente (...)

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante” (resalta la Sala).

En el presente caso, las entidades en conflicto discuten de manera particular si la conducta investigada se encuadra en el numeral 2º del artículo 2º, del Decreto 4173 de 2011, antes citado, lo cual, de ser afirmativo, le otorgaría la competencia del asunto a la ITRC, según se viene estudiando.

La DIAN insiste en que dentro de los hechos investigados debe concluirse que (i) la competencia está radicada en la ITRC dado que la conducta inicialmente denunciada corresponde al delito de prevaricato por acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 413 del Código Penal y (ii) de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 734 de 2002, cuando se esté en presencia de varias faltas disciplinarias conexas, éstas se deben investigar y decidir en un solo proceso, razón por la cual, cuando la ITRC avoca el conocimiento de hechos constitutivos de un posible delito de prevaricato por acción, ha debido resolver todos los demás aspectos de la investigación.

Para la ITRC, la conducta por la cual se investiga a los servidores de la DIAN no se enmarca dentro de ninguna de las descripciones típicas disciplinarias que son de competencia de ese despacho, tampoco tienen una relación directa con la defensa del patrimonio público; circunstancia que descarta ese criterio como atribución de competencia para conocer de la presente investigación a la ITRC.

La Sala concentrará entonces su atención sobre este aspecto para resolver el caso concreto.

3. El caso concreto

En el presente asunto se discute la competencia para continuar la investigación disciplinaria contra dos funcionarios de la DIAN, por haber aceptado *“la reducción de la sanción sin verificar la existencia de la resolución que aprueba facilidad de pago y se aceptó modificar la base sobre la cual se tasa la sanción con base en la corrección de una declaración que ya se encontraba en firme.”* (Folio 11)

La DIAN considera que los hechos descritos en relación con la conducta de los citados funcionarios de esa entidad, se encuadran dentro de lo señalado en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en concordancia numeral 2º del artículo 2º del Decreto 4173 de 2011, como falta gravísima. Para mejor claridad del asunto, el numeral 1º del artículo 48 citado se transcribe nuevamente:

“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”.
(Resalta la Sala)

Como se puede apreciar del numeral transcrito es imprescindible, para la adecuación típica del mismo, que el delito sea “*sancionable a título de dolo*”. La Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un análisis sobre el tema, en el conflicto de competencias administrativas⁸ que se ha venido citando, del cual se transcribe a continuación el aparte que lo desarrolla en particular:

“Al respecto, observa la Sala que el numeral 1 cualifica especialmente esta falta gravísima así: i) que la misma sea considerada como delito ii) que el delito sea cometido a título de dolo, iii) que la misma se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o del cargo o como abuso del cargo. En relación con lo anterior, es importante recordar la definición de “dolo” que trae el Código Penal:

“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”

De este modo, como ha señalado la jurisprudencia, el dolo exige el conocimiento e intención inequívoca de querer la realización de los hechos tipificados como delito:

“El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.”⁹

De manera que en relación con la falta disciplinaria descrita en el numeral 1 del artículo 40 de la Ley 734 de 2002 hay unas condiciones particulares que denotan que la falta es considerada gravísima solamente cuando existe la intención manifiesta del servidor público de valerse de su cargo para cometer un delito a título de dolo. Por tanto, otras conductas del servidor público, incluso con eventuales consecuencias penales, pero que no alcanzan dicha cualificación (ser cometidas con dolo), no caben dentro de la descripción típica de la referida falta disciplinaria.”

Para el caso que es materia de análisis, de acuerdo con la denuncia que se transcribió, los hechos expuestos no son, en principio, de los tipificables dentro del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, particularmente en lo relativo a la exigencia de una intención inequívoca del servidor público de cometer un delito a título de dolo y valiéndose del cargo.

La Sala considera que la conducta investigada, prima facie, es más próxima a la violación de los deberes y prohibiciones generales de los servidores públicos, en particular a lo descrito en el numeral 1º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, que prohíbe a los funcionarios “*Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones*”, falta que, se insiste, no se encuentra dentro de las

⁸ *Idem.*

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de agosto de 2010, expediente 32964.

trasladadas a la ITRC y que, por tanto, corresponde investigar a la DIAN según sus competencias disciplinarias generales.

“Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.”

Ahora bien, en cuanto al argumento propuesto por la DIAN, relacionado con la aplicación de la conexidad de las faltas, ha de señalarse que este supuesto está regulado en los términos del artículo 81 de la Ley 734 de 2002:

“Artículo 81. Competencia por razón de la conexidad. Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se investigarán y decidirán en un solo proceso.

Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía.”

En este caso, no se evidencia la ocurrencia de varias faltas disciplinarias y si las hubiera, para que se pudiera hablar de conexidad en cabeza de la ITRC, esta entidad tendría que ser competente de la conducta principal para poder conocer de las demás. Del mismo modo, si bien es cierto se investiga la conducta de dos funcionarios, su jerarquía no corresponde, por ejemplo, a la de algún aforado y en todo caso ni la DIAN ni la ITRC conocen de la conducta de servidores con jerarquías especiales.

En conclusión, la competencia para conocer de este asunto es de la DIAN. Lo anterior teniendo en cuenta los documentos aportados a esta actuación, de los cuales se desprende que los hechos a investigar no corresponden prima facie a la falta gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, ni tampoco a las demás asignadas a la ITRC por el Decreto 4173 de 2011. De otra parte, no es un asunto de aquellos en que se requiera la intervención de la ITRC en defensa de los recursos públicos y no se da el presupuesto procesal de la conexidad contenido en el artículo 81 de la Ley 734 de 2002.

Finalmente, la Sala reitera que las consideraciones hechas anteriormente para establecer el reparto de competencias entre las entidades en conflicto, no afectan la autonomía de la DIAN, como autoridad disciplinaria competente, para que una vez asuma la competencia del caso, califique las conductas investigadas y resuelva el fondo del asunto.

4. Definición del conflicto planteado

La entidad competente para asumir el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias de los servidores Arianna Josefina Gámez Ramírez y Jairo Nicolás Padilla Burgos, en su condición de funcionarios de la DIAN, es la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-. La Sala llega a esta conclusión con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Los hechos a investigar no corresponden, en principio, a la falta gravísima de que trata el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.
2. Los hechos a investigar no corresponden, en principio, a las demás faltas preceptuadas por el Decreto 4173 de 2011 y asignadas a la ITRC para ser investigadas.
3. No es un asunto de aquellos en que se requiera la intervención de la ITRC en defensa de los recursos públicos.
4. No se está en presencia de la figura de la conexidad.

5. 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.

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”*¹⁰. El artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, relativo al funcionario sin competencia, dispone 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*

¹⁰ 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, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“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”*.

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 al de la comunicación de la presente decisión.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias de los servidores Arianna Josefina Gámez Ramírez y Jairo Nicolás Padilla Burgos, en su condición de funcionarios de la DIAN.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, para que continúe la actuación administrativa disciplinaria de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a 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 y a los servidores Arianna Josefina Gámez Ramírez y Jairo Nicolás Padilla Burgos.

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

QUINTO: Se le reconoce personería al abogado Nelson Javier Otálora Vargas, como apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

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