

FICHA TECNICA	
1. PROCESO	
- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-083
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	1. W.I.E 2. A.H.R
2. CARGO:	1. En su calidad de Gestor II código 302 grado 02 en el GIT de Investigaciones Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización, en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura 2. En su calidad de Gestor III Código 303 Grado 03 con asignación de funciones como jefe GIT Investigaciones Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización, y en su calidad de Gestor I Código 301 Grado 01 de la División de Gestión de Fiscalización, en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura.
3. ENTIDAD:	DIAN
4. CIUDAD:	BUENAVENTURA
5. TEMA:	CONFLICTO DE INTERESES
6. HECHOS RELEVANTES	
Con ocasión de la revisión de expedientes para el Comité de Devoluciones, la Directora Gestión Aduanas con funciones asignadas de Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, encontró una solicitud de devolución de la funcionaria A.Y.S.M. en el expediente DI xxxxxxxxxxxxxx, en donde se suspendió la devolución por faltar elementos probatorios, y la Directora comentó que le parecía curioso que una funcionaria de esa seccional tuviera acciones en el puerto, según reposaba en el expediente de la solicitud de devolución; una vez terminado el comité, algunos integrantes le comentaron que lo de las acciones era normal y que varios funcionarios las tenían, por lo cual ella solicitó la información correspondiente de los funcionarios accionistas a la Sociedad	

Portuaria XXXXX y a la Sociedad Portuaria XXXXX, por considerar que podía existir un hecho irregular o incompatibilidad, teniendo en cuenta que muchos de esos funcionarios trabajan en la División de Operación Aduanera.

Por tanto, los hechos objeto de investigación disciplinaria se contraen a que algunos funcionarios de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura también son accionistas de la Sociedad Portuaria XXXXX y de la Sociedad Portuaria XXXXX, lo cual podría generar una situación de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses en el ejercicio de su función.

7. CARGOS Y ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Por medio del Auto No. 17406XXXXX del XX de XXXXX de 2019 el subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la U.A.E. ITRC, formuló pliego de cargos a los disciplinados así:

W.I.E.

CARGO UNICO: por cuanto siendo accionista de la Sociedad Portuaria XXXXXX (XXX), intervino en los expedientes ID 2014 XXXX XXXXX, ID 2014 XXXX XXXXX, ID 2014 XXXX XXXXX e ID 2014 XXXX XXXXX contra de la mencionada Sociedad, sin haber manifestado su impedimento, pese a que podía haber conflicto de intereses.

Lo anterior teniendo en cuenta que las actuaciones realizadas podrían implicar posibles pagos o incluso sanciones a esas empresas de la cual era socio, y de la cual recibía dividendos o acciones en virtud de la capitalización de sus acciones, lo cual de una forma u otra aumentaba su patrimonio, siendo claro que en virtud de esa situación la sociedad mencionada también tenía interés directo en la gestión de los trámites en su contra y en las decisiones en los procesos, y todo ello sin haberse declarado impedido, a pesar de existir hechos que objetivamente podían constituir causal de impedimento, como el interés directo ya mencionado, y el hecho de ser socio de la empresa señalada.

A.H.R.

CARGO UNICO: se le formulo el cargo teniendo en cuenta que a pesar de contar con acciones en la Sociedad Portuaria XXXXX (XXX), actuó e intervino en los expedientes No. ID 2014 XXXX XXXXX, ID 2014 XXXX XXXXX, ID 2012 XXXX XXXXX adelantados contra dicha sociedad, sin haber manifestado su impedimento, pese a que podía haber conflicto de intereses.

Lo anterior teniendo en cuenta que las actuaciones que surtió podrían implicar posibles pagos o incluso sanciones a esas empresas de la cual era socio, y de la cual recibía dividendos o acciones en virtud de la capitalización de sus acciones, lo cual de una forma u otra aumentaba su patrimonio, siendo claro que en virtud de esa situación la sociedad mencionada también tenía interés directo en la gestión de los trámites en su contra y en las decisiones en los procesos, y todo ello sin haberse declarado impedido, a pesar de existir hechos que objetivamente podían constituir causal de impedimento, como el interés directo ya mencionado, y el hecho de ser socio de la empresa señalada

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Dentro del fallo de primera instancia se realizó un análisis de las pruebas representativas para la toma de la decisión de primera instancia, refiriendo las siguientes:

En cuanto al investigado W.I.E:

Que el disciplinado fue nombrado en el 2014 como Gestor II código 302 grado 02 en el GIT de Investigaciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura y ha sido encargado y asignado en otros cargos de dicha seccional a lo largo de su trayectoria en la DIAN.

De la certificación expedida por el Jefe del Departamento de Contabilidad de la Sociedad Portuaria XXXXX el investigado es accionista de esa sociedad, siendo propietario de XXXX acciones que corresponden al 0.0022 % de participación,; que es accionista minoritario; sobre las utilidades se tenía que del segundo semestre de 2014, se aprobó la distribución de dividendos por \$473 en efectivo por acción, en consecuencia, después de la retención en la fuente, el valor neto cancelado fue de \$XXX; por las utilidades del primer semestre de 2015, se aprobó la distribución de dividendos por \$794 en efectivo por acción, y después de la retención en la fuente, el valor neto cancelado fue de \$XXXX; por las utilidades del segundo semestre de 2015, se aprobó la distribución de dividendos por \$XXX en efectivo por acción; en cuanto a las utilidades del primer semestre del año 2016, se aprobó la distribución de dividendos por \$XXX en efectivo por acción, en consecuencia, los dividendos decretados y pagados fueron de \$XXX; por las utilidades del 1 de julio al 30 de noviembre de 2016, se aprobó la distribución de dividendos por \$XXX en efectivo por acción, en consecuencia, los dividendos decretados y pagados fueron de \$XXX. Se indica que el investigado no aparece como miembro de la junta directiva.

Ahora en relación con los expedientes a su cargo, se tuvo que:

Expediente ID 2014 XXX XXX, corresponde al subproceso “de los depósitos públicos”, procedimiento de investigación, pruebas y/o evidencias y decisión. Se tiene que mediante Auto de Apertura del X de XXXX de 2014 se designó para el trámite a W.I.E.; fue reasignado a otro funcionario el X de XXXX de 2014, para equilibrar la carga laboral, según lo señala la respectiva acta de reparto. No se observa ninguna actuación del servidor asignado.

Expediente ID 2014 XXXX XXXXXX, corresponde al subproceso “de los depósitos públicos”, procedimiento de investigación, pruebas y/o evidencias y decisión. Consta que por Auto de Apertura del X de XXXX de 2014 se designó a W.I.E. para el trámite de la actuación. Consta que el expediente fue reasignado a otro funcionario el X de XXXX de 2014, para equilibrar la carga laboral, según lo señala la respectiva acta de reparto. No se observa ninguna actuación del servidor asignado.

Expediente ID 2014 XXXX XXXXX corresponde al subproceso “de los depósitos públicos”, procedimiento de investigación, pruebas y/o evidencias y decisión. Consta que en Auto de Apertura del X de XXXX de 2014 se designó para el trámite a W.I.E., el X de XXXX de 2014 fue reasignado a otro funcionario, para equilibrar la carga laboral, según lo señala la respectiva acta de reparto. No se observa ninguna actuación del servidor asignado.

Expediente ID 2014 XXXX XXXXX no hay copias de toda la actuación, no obstante aparece que al igual que en los otros tres expedientes mencionados, con Auto de Apertura del X de XXXX de 2014 se asignó el expediente a W.I.E., pero el mismo fue reasignado a otro funcionario el X de XXXXe de 2014, para equilibrar la carga laboral, según lo señala la respectiva acta de reparto.

Se mencionan documentos que refuerza las cargas altas de trabajo de los investigados, como los requerimientos de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Buenaventura respecto a la situación crítica de personal.

En cuanto a la investigada A.R.H:

Que la investigada es titular del empleo de carrera Gestor I Código 301 Grado 01. Se ha desempeñado en varios cargos, por asignación y por comisión, desarrollado diferentes actuaciones que se relacionan con los hechos de esta investigación.

Se obtuvo certificado que la funcionaria A.R.H. es accionista de esa sociedad, siendo propietaria de XXXX acciones que significa una participación del 0,003245 %; su primer registro como accionista es del 22 de octubre de 1998. En el 2014 se le pagó la suma de XXXX como dividendos por el ejercicio contable a corte de diciembre de 2013. Durante los años 2015 y 2016 no se le pagaron dividendos. Además, no fue parte de la Junta Directiva no tiene más poder decisorio que el que le asiste como accionista.

Se encuentran certificados los actos administrativos proferidos en los "*expedientes ID xxxxxxxxx, ...*" (sic), en donde se encuentra que no se favorecieron ni afectaron los dividendos o participación de los accionistas de la sociedad.

Se encontró en la resolución de primera instancia copia de la declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada persona natural de los períodos 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, en los cuales reportó las acciones de XXXX. De igual manera, copia del Auto de Archivo proferido en el proceso IDXXXXXXXXXXXX del xx de xxxxx de 2012, del Auto de Archivo Aduanero proferido el XX de XXXXXX de 2014 en el expediente IDXXXXXXXX frente a XXXXX, copia del Requerimiento Especial Aduanero proferido el xx de XXXXXX de 2016 en el expediente IDXXXXXXXX frente a XXXXX, proponiendo sanción, el cual firmó como Jefe GIT de Investigaciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización, que dicha decisión fue acogida y se impuso sanción mediante Resolución Sanción No. XXXX del X de XXXX de 2017 en la División de Gestión de Liquidación por parte de otros funcionarios, también obran los requerimientos realizados por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Buenaventura informando sobre la situación crítica de personal en esa Dirección Seccional.

Respecto a los expedientes adelantados por la investigada en relación con XXXXX, se encontró que:

Expediente ID 2012 XXXX XXXXX, proceso de fiscalización y liquidación para determinación e imposición de sanciones, procedimiento de investigación, pruebas y/o evidencias y decisión, consta que el trámite se inició en el 2012. En el Auto de Apertura del X de XXXX de 2012, aparece adicionado en forma manuscrita, el nombre de A.R.H como designada para el trámite; posteriormente fue asignado a otra funcionaria para Fiscalización, y en acta de reparto de

reasignación del proceso el X de XXXX de 2014 aparece asignado a A.R.H., consta Informe de Acción de Fiscalización del X de XXXX de 2014, así como el Auto de Archivo Aduanero del X de XXXX de 2014 que fueron firmados por la investigada como funcionaria responsable de la investigación, el fundamento del Auto consistió en que la sociedad investigada presentó escrito el X de XXXX de 2014 allanándose XX Radicado 1-XXX-XXXX, XXX a XXX y XXX a XXX por la infracción y pagando la sanción reducida conforme al literal a) del artículo 481 y el numeral 1 del artículo 521 del Decreto 2685 de 1999 por valor de \$2.380.140, lo cual se verificó; en consecuencia, por cumplir con los requisitos de la norma, se aceptó el allanamiento y el pago, ordenando el archivo.

Expediente ID 2014 XXXX XXXXX, Es un proceso de fiscalización y liquidación, programa “de los depósitos públicos”, procedimiento “investigación, pruebas y/o evidencias y decisión”, intervino como jefe GIT Investigaciones Aduaneras I de la División de Fiscalización, revisando la lista de chequeo del expediente el xx de XXXXXX de 2016 y en el Requerimiento Especial Aduanero (REA) proferido el XX de XXXX de 2016. La decisión final de este expediente se fue Resolución Sanción No. XXX del X de XXXXX de 2017, imponiendo sanción por \$7.392.000

Expediente ID 2014 XXXX XXXXX, Se trata de un expediente de fiscalización y liquidación, programa y subproceso “de los depósitos públicos”, procedimiento de investigación, pruebas y/o evidencias y decisión, se tiene que intervino como Jefe GIT Investigaciones Aduaneras I para el visto bueno de la lista de chequeo del expediente, y en el Requerimiento Especial Aduanero (REA) proferido el xx de XXXXXe de 2016, revisando y firmando el documento, el cual fue proyectado por XXXXX. En el REA se propuso sanción por valor de \$7.932.000. En la División de Gestión de Liquidación se profirió Resolución Sanción No. XXX del X de XXXX de 2017 por el valor ya señalado.

En las pruebas testimoniales se escuchó a los funcionarios que laboraban en la división de fiscalización, quienes indicaron al despacho que en dicha área siempre se presentaban contingencias , comentaron sobre el requerimiento especial que es lo que se profiere y ya es potestad del división de liquidación proyectar la resolución sanción, que tanto al investigado como a todos se les repartieron expedientes, como también que lo incluido en el requerimiento especial siempre va regido por la norma, aunado que en los expedientes realizados se recaudó dinero a favor de la nación, por tanto no observan el favorecimiento, recalcaron el exceso de trabajo.

De igual manera se tomó el testimonio de los representantes de la sociedad portuaria XXXXX, quien adujo que solo fueron cancelados dividendos en el año 2013 el resto no se pagaron dividendos, indicó que sobre la sanción, indicó que no hay beneficio directo para los accionistas, se paga la sanción, pero eso sí influye en los registros contables de la compañía.

8. ARGUMENTOS DE DEFENSA

VERSIÓN LIBRE, DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN INVESTIGADO W.I.E.

El investigado manifestó al momento del traslado para alegar de conclusión, que sus argumentos son los mismos expuestos en su escrito de versión libre y en el escrito de descargos, los cuales reiteró y reenvió. En el escrito de versión libre indica que no actuó en ninguno de los expedientes

por los cuales se le investiga, pide que la investigación se archive de forma inmediata, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 73 de la Ley 734 de 2002.

En su escrito de descargos, señaló que se le formularon los cargos aludiendo a los administrativos Nos. ID2014XXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX. Indica que los expedientes ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX se le asignaron inicialmente, sin embargo, él no intervino en los mismos. Hace un recuento pormenorizado de los expedientes, indicando las fechas específicas de reasignación del expediente a otros servidores quienes efectuaron el trámite, así como señala las decisiones proferidas en esos expedientes. Indica que esos tres expedientes fueron reasignados a otro servidor en lapsos de entre 27 y 33 días, sin que él haya actuado, pues estuvo atendiendo la evacuación de un número considerable de expedientes a su cargo, en orden cronológico de vencimiento de términos, teniendo en cuenta que la carga de trabajo por funcionario llegaba a más de 250 expedientes, con un promedio de evacuación mensual de 15 expedientes, sin contar con la carga que se acumulaba mensualmente en cada reparto asignado, lo cual indica que no era factible la evacuación total de los expedientes en un año por funcionario, y ello implicaba la necesidad de vincular más personal a los procesos, lo cual se solicitó reiteradamente, sin eco alguno por parte de los directivos del nivel central.

Afirmó que la carga de trabajo era tan voluminosa y apabullante, que le impidió adelantar actuación alguna en los expedientes mencionados, hecho demostrado que confirma la imposibilidad de que se configurara el atribuido cargo único de conflicto de intereses, por no haber actuado en ninguno de ellos, razón por la cual, por sustracción de materia, no hubo conflicto de interés alguno.

En esa oportunidad señaló que en el cargo respecto a lo ocurrido con el expediente administrativo ID2014 XXXXXXXXXX, se dijo que en base de datos estaba asignado al liquidador W.I.E., aunque no se allegaron copias de esa actuación, entonces no militaba prueba de que hubiese intervenido o actuado en dicho proceso, y la sola referencia de que en bases de datos figura que le fue asignado, no constituye ni siquiera un indicio contingente para fundamentar con la seriedad que exige un reproche disciplinario tan delicado y grave, como el de haber incurrido en la infracción recogida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Afirmó y reitero que el conflicto de interés no surgió por sustracción de materia en la medida en que no actuó ni adelantó ninguna gestión en los procesos administrativos mencionados, como se demuestra en los mismos. De otro lado, hace referencia a lo que son las sociedades a las que alude la regulación contenida en el numeral 10 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, describiendo algunas diferencias entre las clases de sociedades que prevé la ley, especialmente las sociedades de personas y de capital, y puntualiza que la norma hace referencia a sociedades de personas, entonces en su caso no se estructura, pues él es socio de la Sociedad Portuaria XXXX que no es una sociedad de personas sino una sociedad anónima de capital. Respecto a lo previsto en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, indica que su situación tampoco encaja en dicha norma porque como accionista de la Sociedad Portuaria XXXX., no tenía interés particular y directo en la gestión de los expedientes administrativos Nos. ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX, en los que no realizó ninguna actuación que implicara gestión en los mismos; comentó que sus XXXX acciones en la Sociedad Portuaria XXXX son un porcentaje insignificante, no representativo, frente al total de las acciones que conforman el capital de dicha sociedad portuaria,

lo cual confirma la inexistencia del conflicto de interés aducido en la investigación disciplinaria, al no ser cuantioso el monto de utilidades o dividendos que esas acciones pueden generar. Asegura que la afirmación de que no haber manifestado el impedimento por conflicto de intereses entre el interés general de la entidad y el interés particular lo haya hecho incurrir intencionalmente en la infracción contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, carece de sustento, porque no actuó en esos expedientes y por ello no surgió conflicto de interés alguno, en consecuencia, no se cumple la adecuación típica al tipo disciplinario de la falta gravísima prevista en la mencionada norma. Aduce que tampoco se da la ilicitud sustancial que evidencie desconfianza en la labor desarrollada e inquietud frente a la transparencia en las actuaciones en los referidos procesos administrativos, que de su parte no hubo, pues no se quebrantó la moralidad pública, ni la transparencia, ni la lealtad e imparcialidad que deben distinguir la labor del servidor público. Considera que tampoco se ha establecido el elemento volitivo del dolo o ánimo para incurrir en la infracción imputada en el cargo único, teniendo en cuenta que no actuó en los expedientes administrativos Nos. ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX, ID2014 XXXXXXXXXX. Estima que en el cargo único que se le imputa, se está dando a las normas que lo sustentan, un sentido o alcance que no les corresponde. Pide que se le exonere de la infracción disciplinaria especificada en el pliego de cargo y se termine el proceso disciplinario con archivo definitivo, en la medida en que la infracción disciplinaria contemplada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no existió.

VERSIÓN LIBRE, DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN INVESTIGADO A.R.H.

En sus **versiones libres** durante las etapas de investigación y de juzgamiento, la investigada señaló que lleva más XX años en la entidad, en las Divisiones de Gestión Operaciones Aduanera y en Fiscalización, ha sido sustanciadora en procesos de determinación de impuestos y gravámenes del impuesto de valor y por encargo en control interno de tránsitos de la operación aduanera.

En fiscalización tuvo encargo de jefatura de grupo por 1 mes, porque la titular estaba en vacaciones, eso fue en octubre de 2015, de ahí en adelante pasó a Operación Aduanera. Indicó que las acciones las compró en 1998, en esa época se llamaba Complejo XXXX porque aún era un proyecto, compró X acciones a crédito, era un plan para que fuera pagando, el valor nominal era de \$100.000, las pagó en 2 o 3 años

Adujo que pasados los años, las acciones disminuyeron su valor nominal y pasaron a convertirse en XXX acciones de XXXX cada una. La sociedad pasó a llamarse XXXX, se hizo repartición de dividendos, también se hicieron reuniones extraordinarias de socios ofreciendo acciones a precios para socios especiales, eso hizo que aumentara el valor de las acciones. También señala que más o menos en el 2009 o 2010 compró acciones a otro accionista. Las acciones se fueron capitalizando y los rendimientos los daban en acciones. Asegura que no ha tenido cargos en XXXX, ni hace parte de la junta, y que es accionista minoritaria porque tiene el 0.03 %.

Indica que para la época de los hechos no recibió dividendos. Además, siempre en la declaración de bienes siempre ha informado sobre las acciones. Afirma que sí actuó en los expedientes por los cuales se formularon cargos, actuando con objetividad, imparcialidad y transparencia, sin que tuviera intereses, porque mirando los actos, hubo archivos y pliegos con los cuales se hizo gestión

para la Entidad, cumpliendo con las metas, entonces no hubo motivación personal, lo que hizo fue generar recaudo, pagos a la DIAN, sin intereses personales o particulares, solo actuó en cumplimiento de su deber. Aclara que la División de Gestión de Fiscalización tiene tres subprocesos que son: determinación e imposición de sanción, determinación de impuestos y gravámenes, y situación jurídica de mercancías aprehendidas. En el 2013 ella hacía parte del subproceso de determinación de impuestos y gravámenes, también conocido como "valor", y había mucha carga laboral, teniendo a su cargo entre 200 y 300 expedientes. Debido al cambio de director hubo una reforma de funcionarios, pasando a haber 10 servidores en el grupo interno de investigaciones aduaneras: un jefe de grupo, un revisor, dos funcionarios para estudios de valor (entre esos ella), tres funcionarios para el grupo de subproceso de sanciones y dos funcionarios para situación jurídica de mercancías aprehendidas. En el subproceso de valor, lo que se hacía era estudio de mercancías declaradas para demostrar el valor pagado o por pagar, se investigaba el valor declarado por los importadores de las mercancías por este puerto. Debido a la carga laboral y a la escasez de personal, se generó una problemática que llevó a que muchos expedientes estuvieran próximos a vencerse, por eso el jefe de la división determinó hacer contingencias porque los expedientes de sanciones iban a vencer, siendo allí donde más había carga laboral, entre 1.500 y 2.000 expedientes. Así, se dio la contingencia para evacuar o aliviar la carga de los expedientes que se iban a vencer. Dentro de esa contingencia, por resolución se determinaron unos funcionarios de toda la seccional para la evacuación de esos expedientes, únicamente los que estaban próximos a vencer, y a ella se le reasignaron 20 expedientes, entre ellos el ID 2012 XXXX XXXXX. En ese expediente fue sustanciadora y proyectó el auto de archivo aduanero. Señala algunas normas del Decreto 2685 de 1999 y explica que en el proceso hubo infracción por parte de XXXX porque en el caso de una exportación no puso la mercancía o contenedor a disposición de la autoridad aduanera para inspección, sin embargo, el usuario voluntariamente se allanó aceptando la infracción y adjuntó el recibo de pago con la liquidación y pago de la sanción, entonces como sustanciadora en virtud de la contingencia, lo que hizo fue verificar el cumplimiento de requisitos y aceptar el pago por medio de auto de archivo, el cual fue revisado por otra funcionaria que también fue asignada para esa labor por la contingencia.

Que en el 2016 se postuló para los encargos y el director le encomendó Jefatura del GIT de Fiscalización de Operaciones Aduaneras por las vacaciones de la titular, las funciones eran revisar actos administrativos y efectuar los informes. En ese período hubo dos actos, según la muestra de los expedientes que se solicitaron y que revisó. Afirma que quien lleva el proceso es el sustanciador, que suscribió decisiones en los expedientes ID 2014 XXXX XXXXX e ID 2014 XXXX XXXXX, que eran de importaciones, ocurriendo lo mismo en los dos expedientes en los cuales propuso sanción y que en liquidación los dos expedientes se formularon las resoluciones de sanción a un depósito, se notificó al usuario, el cual presentó el pago y se acogió a la sanción pagando el 100 %, ya que incluso los pagos fueron extemporáneos, paga el 100 % de la sanción que establece la norma.

La defensora presentó escrito de **descargos, así como escrito de alegatos de conclusión**, en los cuales hizo recuento de los antecedentes de la imputación, el cargo imputado, la descripción de la conducta, de la tipicidad, de la ilicitud sustancial y la culpabilidad. Así mismo, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la importancia de la etapa de alegatos, etapa procesal que ya fue surtida. También señaló las normas aplicables sobre las reglas para emitir decisión de sanción y los elementos que estructuran la responsabilidad disciplinaria, así como jurisprudencia de la Corte

Constitucional sobre la tipicidad o principio de legalidad, sobre la ilicitud sustancial, en lo que también citó jurisprudencia del Consejo de Estado, y sobre la culpabilidad en derecho disciplinario.

En relación con los cargos, señaló tanto en los descargos, como en los alegatos, que a partir de la insuficiente descripción fáctica y la ambigüedad del cargo, se indicó que por parte de mi representada R.H. pudo incurrirse en la falta disciplinaria gravísima del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 40 de la misma ley y los numerales 1 y 10 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto en su sentir, al ser socia de la Sociedad Portuaria XXXX, pudo generarse un conflicto de intereses y aun así actuó e intervino en trámites contra esas empresas para dar inicio a procesos de fiscalización y liquidación o intervención en su adelantamiento y no manifestó su impedimento para actuar. Insistió en la inexistencia de la falta disciplinaria y de la responsabilidad de su representada. Indica que de haberse evaluado la situación conforme a las responsabilidades funcionales, se habría advertido la inexistencia de falta por parte de su prohijada, así como el apego a la legalidad y objetividad de los actos proferidos en cumplimiento de los principios de la administración pública.

En los alegatos pidió que se evaluaran los testimonios de funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas de Buenaventura: D.P.M., A.R.B., R.C., E.C., señalando que ellos dieron claridad sobre la naturaleza de los actos administrativos recriminados, indicando que se encontraban ajustados a la normatividad aduanera y sin ningún favorecimiento a la sociedad XXXX, por lo cual concluye que su defendida actuó conforme a la norma, sin margen de discrecionalidad que le permitiera entrar en algún "Conflicto de intereses", y menos que con las imputadas actuaciones administrativas aumentara su patrimonio, señalando la total transparencia y objetividad de esas actuaciones en pro de la Entidad. También pide que se analice el testimonio de XXXX representante de la Sociedad XXXX

Solicitó se tuvieran en cuenta las situaciones particulares en las que se encontraba la División de Fiscalización en la Dirección Seccional de Aduanas de Buenaventura, que conllevaron a la realización de varias jornadas de contingencia y con la que fueron asignados expedientes únicamente con el fin evacuar y apoyar las circunstancias que se presentaban.

Respecto a la estructuración del conflicto de intereses, indicó que debe demostrarse como elemento del tipo disciplinario la existencia efectiva de un interés en cabeza del servidor público, que pueda verse potenciado por la generación de un beneficio directo, especialmente económico, al decidir un asunto sometido a su conocimiento, y no uno hipotético o aleatorio, como considera que equivocadamente lo percibe el operador disciplinario.

Consideró que la condición de accionista de su representada de la sociedad XXXXX es incontrovertible, y que dicha situación no ha sido ocultada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pues ello consta en las declaraciones juramentadas de bienes y rentas presentadas ante su empleador, y considera que no por ello debe estimarse el surgimiento de un interés particular y menos aún la generación de un beneficio directo al intervenir parcialmente en procesos de fiscalización iniciados en contra de la referida persona jurídica, por cuanto estima absolutamente diáfano que a partir de las actuaciones desarrolladas en los referidos asuntos por parte de su mandante, no se estructura ningún interés personalísimo, ni la búsqueda de un beneficio, ya que

en un sentido estricto, las gestiones desarrolladas en los tres asuntos censurados base de la imputación disciplinaria, de manera alguna favorecieron a la conocida sociedad.

Concluye que desde el punto de vista de la legalidad como elemento de la responsabilidad disciplinaria, no se estructura la falta disciplinaria gravísima del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, toda vez que no se materializó ningún conflicto de intereses, según el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la figura, máxime cuando el pago de rendimientos o la capitalización de acciones no dependían, ni podían depender directa o indirectamente de los actos desplegados en los expedientes de fiscalización y liquidación arriba detallados, evento que no fue valorado por el operador disciplinario a la luz de la sana crítica. De igual forma, precisa que no se puede atribuir la realización de un comportamiento constitutivo a título de dolo, porque de la funcionaria no se predica en forma alguna el desconocimiento injustificado de los principios que rigen la función pública y las normas que orientan su comportamiento específico, teniendo en cuenta que ella obró de manera objetiva, sin mácula, transparente, en pro de la Entidad, sin la existencia de un beneficio particular, y que de haber existido la intención de incurrir en falta disciplinaria, sería obvio que se habría abstenido, de manera de intencional y maliciosa, de formular los requerimientos especiales aduaneros o la resolución sanción ya referidos, y no habría aceptado los pagos efectuados por la sociedad. Sobre los indicios de comprensión valorativa, referidos a la potencial conciencia de la ilicitud, considera que ni siquiera fueron abordados en forma tangencial en el acápite de la culpabilidad del auto de pliego de cargos, porque el dolo se soportó exclusivamente en la experiencia y trayectoria de la disciplinada en la DIAN (indicios de aptitud). Señala que, al tenor de lo expuesto por el Consejo de Estado, cuesta creer que un servidor cumplidor de sus funciones, transparente en el ejercicio de su deber funcional, dedicado a cumplir cada día sus responsabilidades con diligencia y eficiencia, que actuó en los expedientes garantizando los fines del estado y los principios de la función pública, fuese consciente de la ilicitud que recaería sobre su conducta. Indica que el haber actuado en los expedientes de forma imparcial y determinado un pago a favor de la entidad, evidencia la conciencia de la importancia del cumplimiento de sus funciones antes que la satisfacción de un interés personal o la generación de un beneficio a un tercero, por lo que no es cierto que la disciplinable dolosamente incurrió en conducta generadora de la falta disciplinaria gravísima enrostrada, y deberá ser absuelta del cargo imputado. Por lo anterior, pide que se declare que la falta inculpada no es típica ni ilícita sustancialmente, lo que define la necesaria absolución de la investigada, pues quedó demostrado que no realizó el comportamiento que se le imputa de manera indebida

9. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1° INSTANCIA

FECHA

21 de julio de 2021

CONSIDERACIONES EN LAS QUE SE BASA LA DECISION

Respecto al investigado W.I.E.:

En relación con el cargo formulado al investigado W.I.E., se tiene que se endilgó la falta gravísima de que trata el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 40 de la misma ley y los numerales 1 y 10 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto

objetivamente su conducta podría constituir un conflicto de intereses, ya que siendo accionista de la Sociedad Portuaria XXXX, tenía interés privado particular y económico respecto de esa sociedad, sin embargo, en su quehacer laboral, intervino en los expedientes ID 2014 XXXX XXXXX, ID 2014 XXXX XXXXX, ID 2014 XXXX XXXXX e ID 2014 XXXX XXXXX contra la sociedad, sin haber manifestado su impedimento, pese a que podía haber conflicto de intereses por los beneficios económicos que recibía por las acciones en esa sociedad o por el solo hecho de ser socio de la misma.

Indico la primera instancia que si bien el investigado es accionista minoritario de la Sociedad Portuaria XXXXX y no hacía parte de la junta directiva de la misma, ello no deja de lado el hecho de que sí recibe dividendos en proporción a sus acciones y que los recibió para el 2014, con los cuales incrementa su patrimonio legalmente, lo cual muestra que sí tiene intereses económicos en esa sociedad y podría generar conflicto de intereses.

Por otro lado, se tiene que el funcionario I.E. no intervino en la elaboración de los autos de apertura en los cuales se le asignaron los expedientes, ya que consta en los mismos que en su proyección intervino N.P.A (ejecutor), revisó D.P.M (Jefe GIT Investigaciones Aduaneras I), y firmó G.C.P. (Jefe de División de Gestión de Fiscalización). De la prueba recaudada se evidencia que el investigado no asumió el caso para actuar, ni siquiera para manifestar el posible impedimento, cuando un mes calendario después ya le estaba siendo reasignado a otro funcionario.

Se indicó que el investigado argumentó que no actuó en esos expedientes porque primero debía evacuar algunos que estaban próximos a vencer, situación que resulta acorde con la prueba documental y el testimonio de G.C en cuanto al hecho de que precisamente para septiembre de 2014 se adoptó un plan de contingencia para evacuar prioritariamente los expedientes cercanos al vencimiento. Ahora bien, dado que la asignación y reasignación de los expedientes es una labor que no realizó el investigado, ni intervino en ello, por esas actuaciones tampoco se le atribuye la comisión de la falta endilgada. En este caso, pese a que no se logró determinar la influencia que pudo haber tenido el resultado de los expedientes en las ganancias y dividendos de la sociedad, tal situación no resulta influyente en la decisión, ya que analizando en conjunto lo expuesto, dado que la falta endilgada fue la de "actuar" en los expedientes a pesar de la existencia de conflicto de intereses, se evidencia que en este caso no concurren los elementos de la falta, pues el investigado no actuó en los expedientes mencionados, de forma tal que no se concretó una conducta que se le pudiera endilgar.

En relación con el argumento de la defensa, en el sentido de que la causal de impedimento prevista en el numeral 10 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 solamente aplica para casos en que se trate de sociedades de personas, si bien puede darse esa interpretación a la norma, en este caso, más allá de dicha causal, aplica la contenida en el numeral 1 del mismo artículo, esto es, el tener interés directo en el asunto, o tenerlo en este caso su socio, como lo es XXXX.

Conforme a lo anterior, al no reunirse los criterios de la legalidad, se considera que no hay lugar a profundizar el pronunciamiento sobre los aspectos subjetivos de la conducta y sobre los demás que fueron alegados por el investigado en su defensa, por cuanto como se ha dicho, al no existir la conducta endilgada, no podría analizarse la ilicitud sustancial, ni la culpabilidad, pues la conducta no existió. En consecuencia, por estos hechos se deberá absolver al investigado W.I.E., teniendo en

cuenta que el hecho endilgado no ocurrió, por lo tanto, no se configura la falta disciplinaria, ni se acreditó su responsabilidad al respecto.

Respecto a la investigada A.H.R:

Se formularon cargos a la investigada por la posible incursión en conflicto de intereses al intervenir en procesos contra la Sociedad Portuaria XXXX, de la cual es socia, sin manifestar su impedimento.

Sobre los argumentos de la defensa, se indicó que hacen referencia a la “insuficiente descripción fáctica y la ambigüedad del cargo”, que se indicó que por parte de la investigada pudo incurrirse en la falta disciplinaria gravísima del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 40 de la misma ley y los numerales 1 y 10 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto al ser socia de la Sociedad Portuaria XXXX, pudo generarse un conflicto de intereses y aun así actuó e intervino en trámites contra esas empresas para dar inicio a procesos de fiscalización y liquidación o intervención en su adelantamiento y no manifestó su impedimento para actuar.

Al respecto se recordó que el pliego de cargos es una decisión integral, que se divide en varios acápites para su mejor comprensión, y que debe ser entendida en su totalidad. Así las cosas, en el acápite de cargos se hizo una descripción de los argumentos fácticos del cargo por el conflicto de intereses, en las consideraciones o análisis de las pruebas que sustentan el cargo se ahondó en la descripción y análisis detallado de cada uno de los expedientes a cargo de la investigada, señalando en forma detallada las actuaciones que ella realizó, con la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aclarándose que solo se formularían cargos por los expedientes que allí se enunciaron puntualmente. Posteriormente, en los acápites correspondientes, se efectuó la fundamentación de la adecuación típica, ilicitud sustancial y culpabilidad, refiriendo en forma precisa que las actuaciones de los investigados eran las señaladas en el “acápite anterior”, es decir, el de análisis de las pruebas. De esta forma la misma defensa ha podido pronunciarse sobre la actuación de la investigada en los procesos específicamente señalados en la decisión como fundamento de los cargos, sobre las normas atribuidas en la adecuación típica, la ilicitud sustancial y la culpabilidad, de lo cual deviene que sí se tuvieron en cuenta todos los elementos para la descripción fáctica, sin que haya ambigüedad en el cargo, al punto que la misma defensa ha reconocido que objetivamente pudo haber conflicto de intereses, encaminando los argumentos a la ausencia de los factores subjetivos para la determinación de la responsabilidad disciplinaria de la investigada.

Se señaló que estaba plenamente acreditada la calidad de servidora pública de la investigada, como se establece con las pruebas relativas a su historia laboral como servidora de la DIAN, así como también está demostrada su calidad de accionista de la sociedad XXXXX. Ahora bien, como ya se ha mencionado en estas diligencias, la exigencia de la manifestación de las causales de impedimento se debe dar antes de asumir el conocimiento de los expedientes, no al momento de proferir la decisión, lo anterior, no solo por lo indicado en la jurisprudencia expuesta, sino porque como lo establece claramente el primer inciso del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 “Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar

decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por (...)" . De la norma en cita también se extrae que las manifestaciones de impedimento se deben hacer en todo caso en que el servidor público deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, esto es, que los impedimentos proceden también para quien sustancia el expediente y adelanta la investigación, no solo para quien profiere decisiones definitivas, de forma tal que el hecho de que la investigada haya actuado como sustanciadora en el expediente ID 2012XXXXXXXXXX o que solo haya proferido REA en los expedientes ID XXXXXXXXXX e ID 2014XXXXXXXXXX como actos de trámite, no la exime de tener que manifestar su impedimento para actuar, ni desdibuja la "tipicidad", como lo argumenta la defensa. A lo anterior se suma que de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, el conflicto de intereses se predica sobre el interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión de asunto, lo cual sumado a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 ya citado, permite considerar que la existencia del conflicto se refiere a cualquier etapa de un procedimiento o trámite, y no únicamente en cuanto a su decisión final.

De otro lado, si bien la investigada no es abogada, sí es servidora pública, y como tal tiene el deber y la obligación de conocer las normas que rigen su actuar, no solo la Ley 734 de 2002, sino también la parte general de la Ley 1437 de 2011, las normas internas de la DIAN, así como algunas otras relacionadas con la parte específica de los procesos que han estado a su cargo, máxime cuando ha estado vinculada a la DIAN por más de 20 años para la época de los hechos.

Descendiendo al análisis específico se aprecia que en el 2014 XXXX sí le pagó a la accionista A.R.H los dividendos en proporción a las acciones que tenía, por el resultado del ejercicio social de 2013, y aunque ella afirma ser accionista minoritaria, lo cual está acreditado, ello no significa que no reciba beneficio económico por esas acciones y que no tenga interés en dicho beneficio, ya que de lo contrario no habría invertido su dinero en esas acciones. En cuanto al beneficio por esas acciones, se tiene que aunque en la certificación de XXXX se indica que con los actos administrativos proferidos en los expedientes aquí mencionados no se afectó el reparto de dividendos, lo cierto es que la doctora L.M.C.O claramente señaló en su testimonio que el reparto de dividendos depende del ejercicio contable del año anterior, para lo cual se miden los ingresos, menos los gastos, los impuestos, las decisiones de la DIAN como sanciones, todo lo que implique movimientos financieros, ya que eso se lleva a la contabilidad y al estado de resultados. Lo anterior permite indicar que las decisiones en los procesos de fiscalización, aunque sean de trámite, sí pueden llegar a impactar en los resultados financieros en este caso de la sociedad XXXX, por lo cual también pueden repercutir en los dividendos que reciben los accionistas, de allí que en términos generales, objetivamente sí puede haber conflicto de intereses, y si ello es así, lo esperado del servidor público que considera actuar con imparcialidad y transparencia, es que manifieste su impedimento para conocer los procesos contra la sociedad en la cual tiene acciones por las cuales recibe beneficios económicos.

En las diligencias se encuentra acreditado que por lo menos en lo que respecta a la actuación en el expediente ID 2012 XXXX XXXXX, obedeció a la asignación de expedientes que le dieron por una contingencia, debido a la grave situación de congestión y posibles vencimientos en los expedientes de sanción, por lo cual siendo ella funcionaria del grupo de "valor", fue incluida en la contingencia para sustanciar algunos expedientes de otro grupo, al igual que otros tantos servidores que incluso

no eran de esa División de Fiscalización, situación que no la exime de declarar su impedimento, pues tal situación no está prevista en la norma. Además, si se asignaron varios funcionarios para conocer distintos procesos, bien podía manifestarse el impedimento y en caso de que aceptara el mismo, se le podían reasignar algún otro expediente que no se adelantara contra XXXX, de modo tal que no se afectaría la contingencia, al tiempo que bien podría ocurrir que no se aceptara el impedimento y debiera conocer el expediente, pero siempre, previo el trámite respectivo que se establece en la ley para esos casos. De otro lado, el hecho de que asumiera la jefatura del grupo por encargo tampoco la eximía de manifestar su impedimento para conocer el trámite y proferir el acto administrativo, que en los expedientes ID 2014XXXXXXXXXX e ID 2014XXXXXXXXXX fue de Requerimiento Especial Aduanero (REA), aunque se tratara de un auto de trámite, como ya se ha expuesto. A su vez, se tiene que la investigada tenía una carga laboral alta, pero ello tampoco resulta en una eximente para manifestar el impedimento, pues tal hecho tampoco se encuentra previsto en la ley, y si bien la investigada señala lo relacionado con su carga laboral, no señala en qué forma habría afectado eso la posibilidad de manifestar el impedimento por conflicto de intereses, ni ello se evidencia por este despacho.

A su turno, que otros servidores de la DIAN consideren que la investigada no incurrió en falta y que no había conflicto de intereses, no constituye prueba alguna del hecho, ya que se trata de su consideración subjetiva, sin consultar el contenido de las normas al respecto, las cuales son de obligatoria observancia por todos los servidores públicos, conforme al mandato contenido en los artículos 646, 122 inciso 247 y 123 inciso 248 de la Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, se señalo que en este caso se evidencia que finalmente la actuación surtida se dio a favor de la DIAN, ya que en el caso ID 2012XXXXXXXXXX hubo pago voluntario de la sociedad investigada, y si bien por esa razón hubo archivo, se debe a que así lo autoriza la norma, sumado a que anteriormente se dio el pago, lográndose el recaudo a favor de la Nación. Igualmente, en los expedientes ID 2014XXXXXXXXXX e ID 2014XXXXXX se propuso sancionar a la sociedad investigada, de modo que la actuación no se dio a favor de la misma, ni para beneficio de la servidora que tramitaba el caso, ni de la sociedad investigada en esos trámites.

En este punto se advirtió, en relación con el principio de legalidad, que hubo actuación de la servidora investigada en tres expedientes de investigación contra la sociedad en la cual ella tenía acciones. Así las cosas, resulta fundamental tener en cuenta lo advertido por la jurisprudencia del Consejo de Estado en tanto indica que para la configuración de la falta, debe estar acreditado el interés personal, real, directo y actual (o inmediato) para la época de los hechos, sobre la regulación, gestión, control o decisión del asunto. En este caso, en cuanto a la existencia de interés actual o inmediato, se aprecia que se configura, pues la servidora era accionista de XXXX al momento en que decidió los expedientes contra dicha sociedad. A su vez, en ese momento la sociedad tenía interés en los expedientes que se estaban tramitando en su contra. En cuanto a que el interés sea directo, se tuvo que con las decisiones que se pudieran proferir en las investigaciones, se podría beneficiar o no en forma directa a XXXX, ya que de la actuación de la servidora investigada se seguiría que se les impusiera o no una 46 "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". 47 "Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar

los deberes que le incumben". 48 "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento". sanción, y como una de las posibles decisiones era el archivo, podría haber beneficio para esa sociedad, situación que implicaría el beneficio particular económico para la sociedad en el caso en que se diera archivo sin pago o sin proponer sanción.

En este caso se indicó que todos los pagos que hiciera la sociedad implicarían un egreso y una reducción de las ganancias, y por lo tanto, habría menos dinero para repartir entre los socios como dividendos, ello a su vez permite considerar que el beneficio se tornaría en indirecto para la servidora, porque tal beneficio no se deriva en forma directa e inmediata de su decisión, pero sí se mantiene directo para la sociedad. Partiendo de lo anterior y teniendo en cuenta la jurisprudencia citada en esta decisión, se ha de señalar que en este caso sí existía la posibilidad de un beneficio directo, real y actual para el momento de los hechos, a favor de la sociedad XXXXX, de allí que lo que se reclama del servidor público probo y transparente, es que al momento de recibir el expediente, manifieste su impedimento para conocer el mismo en virtud del conflicto de intereses que se podía presentar. Y es que como se ha dicho, lo que se busca es evitar que el servidor se ponga en una situación en la cual pueda decidir si beneficiar el interés particular propio o de un tercero, o beneficiar el interés público, de forma tal que ni siquiera tenga pensar en la forma en que va a actuar, si va a obrar conforme a sus funciones o deberes o en contra de los mismos.

Así entonces, si bien queda descartado el interés directo a favor de la servidora RUIZ HENAO, se aprecia que está acreditado el interés directo, real y actual de un tercero que en este caso era la sociedad XXXX, de la cual la investigada era y sigue siendo socia. Del deber consagrado en el inciso primero del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, se extracta que el servidor público debe declararse impedido para actuar en un asunto, en cualquiera de los siguientes casos: - Cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión. - Cuando su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o derecho, tengan interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión. Así entonces, en los cargos se indicó que ella intervino en esos trámites, sin declararse impedida, aunque de su parte existía interés directo y que la sociedad portuaria también tenía interés directo en la gestión de los trámites en su contra y en las decisiones en los procesos, como incluso lo cita la defensa en el escrito de alegatos de conclusión.

A su vez, en el acápite de la adecuación típica, se expuso en forma detallada que la servidora realizó actuaciones de decisión y sustanciación en los expedientes ya señalados, siendo accionista de XXXXX, teniendo un interés privado, particular y económico como socia (accionista) de esa sociedad portuaria, sin embargo, en esos procesos en los cuales se definía la imposición de una sanción o no a esa sociedad portuaria, no presentó declaración de impedimento para actuar en virtud del posible interés que les asistiera en la gestión y decisión de los expedientes, debido a los beneficios económicos (dividendos o participación) que recibía por las acciones en esa sociedad, o por el solo hecho de ser socia de esa sociedad o persona jurídica, por lo cual se configuraban causales de impedimento que no fueron manifestadas, dándose lugar al conflicto de interés.

De todo lo anterior aprecio la primera instancia que conforme a las consideraciones finalmente realizadas en este fallo, conforme a las pruebas recaudadas, se hace necesario reconocer que realmente la servidora no tenía interés directo en la gestión, sino indirecto, conforme a los lineamientos establecidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin embargo, se encuentra acreditado que su socio XXXXX sí tenía interés directo, real y actual en el trámite y su decisión, siendo esa una de las circunstancias por la cual se le formuló el cargo, y uno de los elementos normativos por los cuales se configura el conflicto de intereses.

Para el caso en comento, vistas las apreciaciones ya señaladas, se obtiene que la servidora A.R.H ha debido declararse impedida para actuar en los expedientes ID 2012XXXXXXXXXX, ID 2014 XXXXXXXXXXXX e ID 2014 XXXXXXXXXXXX, por cuanto su socio XXXXX, tenía interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, ya que se trataba de trámites adelantados en su contra, de lo cual podría devenir una sanción. De acuerdo con lo expuesto, se encuentra acreditado que objetivamente sí había un conflicto de intereses, por el cual había lugar a la declaratoria de impedimento, como incluso lo deja entrever la defensora de la investigada en su escrito de alegatos al indicar después se esbozar sus interrogantes sobre el cargo, lo siguiente “La respuesta a los anteriores interrogantes es que el supuesto CONFLICTO DE INTERESES queda meramente en el plano objetivo, es decir, simplemente concurre en la servidora pública por la calidad de socia de la persona jurídica objeto de las investigaciones aduaneras”, aunque señala que la investigada no tenía interés particular para favorecer y beneficiar a la sociedad o a ella misma. Como parte del argumento de la ausencia de “tipicidad”, la defensora señala en sus alegatos que “contrario a lo manifestado por el Despacho, gracias a las diáfanas e imparciales actuaciones de mi representada R.H en los citados Expedientes Aduaneros que fueron gestionados en contra de la Sociedad Portuaria XXXX, el Estado representado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, percibió unos ingresos”, los cuales señala en cuantía de \$17.164.140. Se ha de señalar que el Despacho reconoce tal actuación de la investigada que colaboró con el recaudo, adoptando decisiones contrarias a los intereses de XXXXX, sin embargo, ello no elimina el hecho de que la servidora se puso en situación que le permitía sustanciar o adoptar una decisión en esos expedientes, y que así como actuó conforme a los intereses generales, también se puso a sí misma en la posición en que podía haber obrado a favor de intereses particulares de terceros.

En cuanto al argumento defensivo de que la servidora R.H no ha ocultado a la DIAN su calidad de accionista de XXXXX, pues siempre ha informado esas acciones en las declaraciones juramentadas de bienes y rentas, se ha de señalar que en efecto no ha existido ocultamiento de la información, pero también se debe resaltar que lo manifestado en esas declaraciones privadas y juramentadas de bienes y rentas no equivale a una manifestación de impedimento, cuyo trámite está expresamente señalado en la ley, máxime cuando esas declaraciones de bienes y rentas se entregan a dependencias específicas y no a todos los jefes que deben conocer las posibles causales de inhabilidad, incompatibilidad, conflictos de intereses e impedimento, como se advierte del hecho de que los testigos no tenían conocimiento de que la servidora R.H era y es accionista de XXXXX, siendo algunos de ellos los superiores jerárquicos de la investigada para la época de los hechos.

Ahora bien, en la versión 2 de la “Guía para la identificación y declaración del conflicto de intereses en el sector público colombiano” se expone que “la identificación, declaración y gestión del conflicto de intereses son prácticas preventivas y complementarias a los principios de acción basados en

valores establecidos en el Código de integridad. Por ello, es de suma importancia aclarar que el conflicto de intereses no representa, en sí mismo, corrupción; sin embargo, estos sí se constituyen en riesgos de corrupción o disciplinarios. Ahora, en caso de que el juicio o la decisión profesional del servidor termina sesgada por el interés particular y, en consecuencia, obtenga un beneficio directo o indirecto, la situación de conflicto se materializaría y esto se constituiría en un hecho de corrupción”.

Pasando al análisis de la ilicitud sustancial, se aprecia que en la formulación de cargos se fundamentó en el hecho de que dado el posible conflicto de intereses al actuar contra la sociedad de la cual es socia, sumado al presunto interés directo por la ganancia económica derivada de las acciones, se podía generar desconfianza en la labor desarrollada e inquietud frente a la transparencia de las actuaciones e investigaciones, sin que se observara justificación para dicha conducta que resultaba contraria a los principios que debe observar y salvaguardar el servidor público, en particular los de moralidad pública, transparencia, lealtad e imparcialidad, y los fines esenciales del Estado contenidos en el artículo 2 de la Constitución.

Al respecto se aprecia que desde el plano subjetivo de la conducta, si bien la funcionaria ha debido manifestar su impedimento, en los casos ya analizados no se aprecia que realmente se haya afectado sustancialmente la función pública que desarrollaba, ya que se cumplió con la labor final de la DIAN, ya que por la actuación cumplida en los expedientes mencionados, se sancionó la infracción en que incurrió XXXXX y se le conminó al pago, lo cual conllevaba el respectivo recaudo.

De acuerdo con la situación acreditada y lo establecido en los numerales 3, 4, 5 y 8 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, finalmente la investigada obró honrando sus deberes y los principios que rigen los procedimientos administrativos, ya que fue imparcial, actuó con rectitud, legal y honestidad, a la vez que fue transparente con su condición de accionista de XXXXX, ya que no lo ocultó, constando que puso el hecho en conocimiento de la administración mediante la información suministrada en las declaraciones de bienes, aunque no haya hecho con el respectivo impedimento.

Teniendo en cuenta lo expuesto en la “Guía para la identificación y declaración del conflicto de intereses en el sector público colombiano” y lo argumentado en la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha citado en la decisión, en este caso el conflicto de intereses no se materializó, es decir, quedó en el plano del riesgo de corrupción, sin que se constituyera en un hecho disciplinariamente sancionable, pues como se ha visto, más allá del hecho de que no declaró el respectivo impedimento, ejerció su función de forma tal que hizo primar el interés general y los objetivos y metas de la DIAN en cuanto a la sanción de infracciones y el recaudo, de modo que su conducta no fue lesiva a la administración. En relación con la culpabilidad, aunque obró con conocimiento y consciencia de lo que hacía, pues siendo servidora pública debe conocer las normas ya señaladas, así como su deber de declarar los impedimentos que pueda tener, al tiempo que le era exigible una conducta diferente, como era efectuar la manifestación de impedimento, no se aprecia que en ella haya existido el ánimo de obrar en forma contraria a sus funciones y deberes, por el contrario, de la prueba documental y testimonial se observa que la servidora siempre tuvo la intención de honrar sus funciones y de ejercerlas de la mejor manera posible, por lo cual se entiende que no tuvo en su representación mental la opción de obrar contra los principios de la función pública.

Sobre estos aspectos ha de considerarse, como ya se expuso, que de los hechos se sigue que no hubo una afectación real y trascendente sobre los deberes del cargo de la servidora, ya que cumplió a cabalidad con su labor, al tiempo que se cumplieron los fines del Estado y la función pública asignados a la DIAN al perseguir la infracción por parte de XXXXX y el recaudo derivado de las sanciones por esas conductas, de forma tal que el hecho de no haber manifestado el impedimento no interfirió sustancialmente con el debido desarrollo de los expedientes a su cargo. Por lo expuesto, se aprecia que en este caso no concurren los elementos necesarios para sancionar a la investigada desde el punto de vista subjetivo, y en consecuencia, hay lugar a su absolución.

OTRAS DETERMINACIONES

1. REMISIÓN DE COPIAS En relación con la noticia disciplinaria que se radicó a los Nos. 1-2019-XXXXX y 1-2019-XXXXX (folios XXXX a XXXX y XXXX a XXXX), se aprecia que se incorporó a estas diligencias, pero se trata de copias de la audiencia en la cual se legalizó la captura de W.L.Q.A. por los delitos de favorecimiento por servidor público y concierto para delinquir, en calidad de autor, actuación penal identificada con el radicado 11001-XX-XXXXX-XXXX-XXXX, remitidas por la Subdirectora de Gestión Control Disciplinario Interno, por considerar que la competencia correspondía a esta Agencia, debido a que por los delitos a que se hacía referencia, la posible conducta correspondería a la falta gravísima establecida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Debido a que estos hechos no tienen relación con lo investigado en este expediente, y se tiene conocimiento de que en esta Subdirección ya se adelanta acción disciplinaria frente al señor Q.A por los hechos expuestos, se dispone remitir copia de los documentos en mención con destino al expediente No. 1704-XX-XXXX-XXX.

II. INFORME A LA UAE DIAN Teniendo en cuenta los hechos descritos en esta decisión, relativos a la presunta actuación de servidores de la UAE DIAN en expedientes o investigaciones contra sociedades en las cuales tienen acciones, lo cual entraña un riesgo de corrupción en el evento en que el servidor obre promoviendo el interés particular sobre el general, se dispone oficiar a la Oficina de Control Interno de la UAE DIAN, poniéndole de presente lo indicado en este acápite, con el fin de que conozcan el riesgo previsto y puedan adoptar medidas preventivas frente al mismo, ya sea como capacitaciones u otros medios que permitan alertar sobre situaciones como la aquí analizada

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a los investigados A.R.R.H. identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX y W.I.E. identificado con la cédula de ciudadanía No. XXXX, servidores adscritos a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, por la presunta incursión en la falta gravísima de que trata el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 40 de la misma ley y los numerales 1 y 10 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, endilgados en el Auto No. XXXX del XX de XXXXX de 2019 por el cual se formuló pliego de cargos.

SEGUNDO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión de conformidad con lo establecido en el artículo 101 y 102 de la Ley 734 de 2002, a los sujetos procesales. Los investigados W.I.E. y

A.H.R. pueden ser ubicados en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, y la apoderada de la investigada XXX, doctora XXXXX autorizó notificaciones al correo electrónico XXXX, o en la XXXX Bogotá.

TERCERO: ADVERTIR que contra la presente decisión procede el RECURSO DE APELACIÓN.

CUARTO: En firme la presente decisión, COMUNICARLA a la Procuraduría General de la Nación.

QUINTO: REMITIR copia de los documentos radicados No. XXXX y XXXX (folios XXX a XXXX y XXXX a XXXX) con destino al expediente No. 1704-00-XXXX-XXX, por lo señalado en la primera parte del acápite de "otras decisiones" denominada "remisión de copias".

SEXTO: Por secretaría técnica librar el oficio señalado en la segunda parte del "otras decisiones", denominado "informe a la UAE DIAN".

SÉPTIMO: Por Secretaría Técnica se librarán las notificaciones, comunicaciones y oficios a que haya lugar