

FICHA TÉCNICA – SEGUNDA INSTANCIA

1. INFORMACIÓN PROCESO

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-035
- FUNCIONARIO QUE PROFIERE PROVIDENCIA	Directora General Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC.
- INVESTIGADO:	JMRR
- CARGO:	Gestor II, Código 302, Grado 02
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE BOGOTÁ
- TEMA:	-Incumplimiento de deberes -Abuso de función pública

2. ANTECEDENTES

Síntesis de los hechos

El 2 de febrero de 2018 la Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá puso en conocimiento de la Agencia ITRC irregularidades presentadas dentro del trámite de tres investigaciones aduaneras adelantadas contra una sociedad, por presunto contrabando técnico de pisos, en los cuales se produjo vencimiento de los términos para proferir fallo, lo que devino en la configuración de los supuestos para declarar el silencio administrativo positivo, responsabilidad que le endilga al servidor JMRR, quien tenía a su cargo la sustanciación de las referidas investigaciones, quien adicionalmente y careciendo de competencia profirió autos de archivo inhibitorios, ordenando la terminación de las investigaciones aduaneras por falta de pruebas, desbordando sus funciones, que comprendían solo la proyección de los actos de trámite, en tanto la competencia para proferir la decisión de fondo pertenecía a la División de Gestión de Liquidación.

Reseña procesal

Por auto No. 17404 00037 del 16 de agosto de 2018 se ordenó apertura de investigación disciplinaria contra JMRR y JCOD, servidores de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

Por Auto No. 1741000006 de fecha 27 de febrero de 2020 se dispuso el cierre de la investigación.

Por auto No. 1740600007 de fecha 4 de agosto de 2020 se dispuso en relación con el servidor JCOD la terminación de la investigación disciplinaria y su archivo definitivo, y se formularon cargos contra el servidor JMRR, del siguiente tenor:

PRIMER CARGO: El funcionario **JMRR** aparentemente incurrió en la falta disciplinaria descrita en el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, en lo relativo al incumplimiento de deberes, en integración con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 34 ibídem, que señala en la parte pertinente, como deberes de todo servidor público cumplir con diligencia y eficiencia el servicio que le sea encomendado, lo cual omitió efectuar en relación con las investigaciones aduaneras RA 2014 2017 2373, RA 2014 2017 2374 y RA 2014 2017 2375 adelantadas en el GIT de Investigaciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, en las cuales fungió como sustanciador, dado que agotado lo de su competencia, efectuó en forma tardía el traslado de los expedientes a la División de Gestión de Liquidación, donde se debía efectuar el respectivo pronunciamiento de fondo dentro del término señalado en el numeral 1º del artículo 588 del Decreto 390 de 2016, dando lugar, al haber efectuado el traslado de los expedientes con posterioridad al vencimiento del mismo, a que se configuraran los supuestos del silencio administrativo positivo, según lo dispuesto en el artículo 609 ibídem y unos días más tarde solicitó que se los devolvieran y no los regresó.

La falta se calificó como grave y se le imputó provisionalmente a título de culpa gravísima.

SEGUNDO CARGO: El funcionario **JMRR** aparentemente incurrió en la falta disciplinaria gravísima descrita en el artículo 48 numeral 1º, integrado con la descripción del artículo 428 de la Ley 599 de 2000, relativo al delito de abuso de función pública¹, toda vez que abusando de su cargo, por carecer de competencia funcional, por una parte y no obstante darse las circunstancias para que se decretara el silencio administrativo positivo por parte de otra División, proyectó y a la vez firmó como funcionario que revisó, autos de Archivo Inhibitorios de fecha 27 de diciembre de 2017 en las investigaciones aduaneras RA 2014 2017 2373, RA 2014 2017 2374 y RA 2014 2017 2375, adelantadas en el GIT de Investigaciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

La conducta se le imputó provisionalmente a título de dolo. La falta fue calificada como gravísima.

Mediante Resolución No. 007 de fecha 16 de noviembre de 2021 se profirió fallo de primera instancia declarando la responsabilidad disciplinaria del servidor JMRR por las conductas consignadas como cargos

en el Auto No. 1740600007 de fecha 4 de agosto de 2020 y en consecuencia imponerle sanción disciplinaria consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL PARA EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE TRECE (13) AÑOS.**

Frente al fallo el investigado interpusieron recurso de apelación de manera independiente tanto el investigado como su defensor de oficio, sustentados en legal forma.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo de primera instancia se consideró que el estudio de las actuaciones del investigado se contraía a dos situaciones que se presentaron en forma análoga en las tres investigaciones aduaneras, consistentes en primer lugar, en el vencimiento de los términos que se tenían por parte de la División de Gestión de Liquidación de la Seccional de Aduanas de Bogotá para proferir el fallo de fondo, situación que devino en la configuración de los supuestos para declarar el silencio administrativo positivo, responsabilidad endilgada al servidor JMRR, de la División de Gestión de Fiscalización, quien tenía a su cargo la sustanciación de dichas investigaciones, y de otro lado, la expedición por parte del mismo de autos de archivo inhibitorios, ordenando la terminación de las tres investigaciones por falta de pruebas, desbordando las atribuciones funcionales que tenía como sustanciador, que comprendían solo la proyección de los actos de trámite, en tanto la competencia para proferir la decisión de fondo pertenecía a la División de Gestión de Liquidación.

En las actuaciones se acreditó la existencia de las tres investigaciones aduaneras, de las cuales se allegó copia íntegra, las que en septiembre de 2017 fueron reasignadas al sustanciador JMRR, cuando ya contaban con Requerimiento Especial Aduanero – (REA), el cual se estableció que es una especie de auto de formulación de cargos, clasificado en el derecho administrativo aduanero como un auto de trámite, mediante el cual se inicia una controversia entre la DIAN y el usuario aduanero, siendo básicamente una propuesta que se le hace al usuario para que corrija la declaración de importación objeto de investigación.

Se acreditó que por la naturaleza del REA, no permite ser revocado, ni admite discusión mediante recurso en vía administrativa, pues los único procedente frente al mismo es que los interesados den respuesta dentro del término de 15 días siguientes a su notificación, en la cual pueden señalar sus objeciones, solicitar y aportar las pruebas que pretenda hacer valer y manifestar si aceptan los cargos o no.

Se acreditó que en las tres investigaciones los usuarios respondieron a los REA planteando objeciones y aportando unas muestras del producto (pisos laminados), pero sin solicitar expresamente la práctica de pruebas sobre las muestras aportadas, razón por la cual el servidor JMRR profirió auto negando la práctica de pruebas, por considerar innecesario e impertinente la realización de un nuevo estudio técnico sobre dichas muestras, porque ya obraban en los expedientes pronunciamientos expedidos por la Coordinación del Servicio de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera. El auto que no fue objeto de recursos. En ese punto de las investigaciones aduaneras, como quiera que no existían pruebas por practicar, quedaba agotada la competencia del sustanciador JMRR y de la División de Fiscalización, y para continuar con el

trámite debía gestionar la entrega de los expedientes a la Secretaría de Fiscalización, quien tenía la función de trasladarlos a la División de Gestión de Liquidación, en quien recaía la competencia de proferir fallo o decisión de fondo, procedimiento que se verificó se encontraba detallado en el Manual de Fiscalización y Liquidación de la DIAN, de obligatoria observancia y cumplimiento en todos los niveles de la entidad.

En cuanto a la decisión de fondo que debía proferir la División de Gestión de Liquidación, consistía en la imposición de la sanción o bien en el archivo del expediente, decisión que debía expedirse dentro de unos términos preclusivos, conforme a lo dispuesto en el Decreto 390 de 2016 art. 588 – y desarrollos contenidos en el Manual de Fiscalización, so pena de la configuración del silencio administrativo positivo, de acuerdo al artículo 609 ibídem, términos que se contabilizaban dependiendo de las actuaciones que frente al Requerimiento Especial Aduanero– REA hubiese efectuado el usuario.

En las tres investigaciones aduaneras en estudio el termino para proferir la decisión de fondo vencía el 27 de noviembre de 2017, según verificación efectuada por la instancia, sin embargo la decisión no se profirió, porque el sustanciador JMRR, quien tenía a cargo los expedientes en la División de Gestión de Fiscalización, no gestionó de manera oportuna el traslado de los mismos a la División de Gestión de Liquidación, como se acreditó con las copias del libro de traslado de expedientes, entre otras pruebas, que dan cuenta que solo hasta el día 11 de diciembre de 2017 hizo entrega de los expedientes, es decir cuando el término para tomar la decisión de fondo ya se encontraba más que vencido.

Se acreditó inequívocamente a través de variada prueba testimonial, que la responsabilidad de gestionar el avance de los expedientes hacia la División de Liquidación para que se pudiera tomar la decisión de fondo era del resorte exclusivo del sustanciador JMRR.

Igualmente se validó que por tal omisión, en las tres investigaciones se configuraron los supuestos del silencio administrativo positivo, cuya consecuencia entrañaba la firmeza de las declaraciones de importación objeto de investigación, decisión que forzosamente debía proferir la División de Gestión de Liquidación, acreditándose igualmente vía testimonial, que dicho servidor era conocedor de los efectos nocivos que el vencimiento de términos acarrearía para la entidad, e incluso para sí mismo, pues de tal evento se derivaba obligatoriamente el escalamiento de la situación a control interno disciplinario.

Se validó igualmente, por la revisión de las investigaciones aduaneras, que las irregularidades en el actuar del servidor JMRR no se detuvieron allí, por cuanto unos días después de haber entregado tardíamente los expedientes en Secretaría de Fiscalización y cuando los mismos ya se encontraban en poder de la División de Gestión de Liquidación, recurrió a un ardid administrativo para obtener que le fueran devueltos en calidad de préstamo, con el pretexto de “resolver algunas inconsistencias presentados en los mismos “, lo cual se acreditó con la secuencia de correos electrónicos cruzados entre funcionarios de varias dependencias.

Con los expedientes nuevamente en su poder, el servidor JMRR sorpresivamente profirió con fecha 27 de diciembre de 2017 autos de Archivo Inhibitorio por falta de pruebas en las tres investigaciones aduaneras, sin tener en cuenta que ya no se encontraban bajo su competencia funcional, pues los expedientes tan solo le habían sido prestados para subsanar una cuestión formal, no para que tomara las decisiones de fondo, que eran de competencia exclusiva de la División de Gestión de Liquidación, desbordamiento funcional que

se acreditó con la revisión de la normatividad interna de la DIAN en torno a atribuciones funcionales de las diferentes divisiones- Resolución No. 009 de 2008, en concordancia con lo dispuesto en sus testimonios por las jefes de las Divisiones de Fiscalización y Liquidación, entre otros testigos.

Se acreditó que la competencia funcional del sustanciador JMRR, conforme a las atribuciones otorgadas al GIT al que pertenecía, lo facultaba para adelantar investigaciones aduaneras solo hasta la conclusión del periodo probatorio, con facultades para expedir los actos administrativos de trámite y preparatorios necesarios únicamente hasta dicha etapa.

Se allegó a las actuaciones concepto del Subdirector de Gestión de Normativa y Doctrina de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, en relación específicamente con la competencia funcional del GIT Investigaciones Aduaneras I, al que pertenecía JMRR, de cuyo análisis surgió con claridad que no tenía competencia para proferir auto de archivo inhibitorio con posterioridad a la expedición del Requerimiento Especial Aduanero- REA, ni auto de revocatoria directa del mismo, no solo por el factor funcional, sino por cuanto el REA es un acto que por su naturaleza no permite ser revocado, en tanto ni siquiera admite recurso en vía administrativa.

Adicionalmente se estableció que los autos de archivo inhibitorios que el servidor JMRR profirió en las tres investigaciones no pasaron por el filtro del revisor, ya que se las auto revisó y auto aprobó, pasando por alto los protocolos de la entidad al respecto, que señalaban que los actos administrativos, previamente a su expedición, debían pasar por un revisor, quien era el encargado de verificar el contenido sustancial y formal de la providencia e impartirle su aprobación suscribiéndola, como lo depuso en su testimonio el jefe del servidor JMRR.

Se acreditó igualmente que los autos de archivo inhibitorios proferidos irregularmente por el servidor fueron notificados a todos los interesados, por lo que surgieron a la vida jurídica y cobraron efectos. A los usuarios la DIAN posteriormente les solicitó autorización para proceder a su revocación, habida cuenta su expedición con violación al debido proceso, obteniendo respuesta negativa, como se verificó en visita administrativa a la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, acreditándose que debido a tal situación la entidad tuvo que instaurar demandas contenciosas administrativas contra los tres autos de archivo inhibitorios, cuyas pretensiones son la declaratoria de nulidad de los mismos y el restablecimiento del derecho al debido proceso, a efectos que se permita a la DIAN expedir la resolución que en derecho corresponde, conforme a lo informado por la Jefe del GIT Representación Externa de la División de Gestión Jurídica de la Seccional, demandas que a la fecha del fallo se encontraban en trámite en la Sección Cuarta de los Juzgados Administrativos de Bogotá.

En virtud de lo anterior se tuvo por acreditada la cierta ocurrencia de los hechos denunciados en el informe de servidor público elevado por la Jefe de la División de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, que provocó que en las tres investigaciones aduaneras se configuraran los supuestos del silencio administrativo positivo, por la seria desatención de la labor de verificación de términos por parte del sustanciador JMRR, adicionado con el posterior desbordamiento y abuso de sus funciones, en total dislate con su competencia funcional.

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**Recurso presentado por el disciplinable.**

Señaló que los autos por él expedidos en las tres investigaciones aduaneras, si bien formalmente fueron denominados autos inhibitorios, correspondían en el fondo a revocatorias directas de los Requerimientos Especiales Aduaneros (REA), decretadas de manera oficiosa, dado que por falta de prueba no existía certeza sobre si la clasificación arancelaria utilizada por el importador era correcta, ya que el insumo no estaba completo, toda vez que el importador había suministrado muestras de algunas referencias del producto, las cuales no fueron objeto de pronunciamiento técnico, por lo que en su criterio jurídico tuvo la apreciación que el fundamento del REA no estaba correcto y procedió a subsanar el error profiriendo los autos inhibitorios.

Indicó que dichos autos no constituyeron ninguna irregularidad, siendo tan solo la falla que no debió encabezarlos de esa manera, sino como autos de revocatoria directa. Señaló que actuó con la convicción errada e invencible que esa era la manera de proceder, por lo que la extralimitación de funciones que se le endilgó en realidad se enmarca en los preceptos del error de derecho, al configurarse un equívoco sobre la interpretación de la norma.

En torno al vencimiento de términos para el traslado de los expedientes a la División de Gestión de Liquidación, señaló que no existe prueba que proporcione convencimiento absoluto respecto de la existencia de tal omisión y que, en todo caso, no es posible atribuir a ello la configuración de una conducta dolosa, ya que no existe prueba de que haya conocido lo hechos constitutivos de la infracción disciplinaria y haya querido su realización.

Recurso presentado por el defensor de oficio

Manifestó frente a los autos inhibitorios expedidos por el servidor JMRR, que no se trató de actuaciones caprichosas o negligentes, aunque hayan causado un perjuicio a la entidad y fueran contrarias a las funciones del cargo por él desempeñado, ya que las efectuó con la convicción que tal era la manera correcta de proceder, a efectos de subsanar el error de fondo que presentaban las investigaciones aduaneras.

Señaló que el testimonio del señor Juan Carlos Ochoa Daza apunta a la posible existencia de una situación que habría encaminado el trámite de las investigaciones a un escenario donde el servidor no tuvo otra opción más que desplegar la conducta por la cual se lo sancionó, la que se encuadra en el campo del error de derecho, por equívoco en la interpretación de la norma, dado que al percatarse que al momento de proferirse el Requerimiento Especial Aduanero se inobservaron algunos requisitos, el servidor vio como única opción proferir el mal denominado auto inhibitorio.

5. CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021

La segunda instancia consideró que revisada la actuación procesal, en cuanto al marco de la competencia funcional del servidor investigado, que se circunscribía a la proyección de los actos preparatorios o de trámite, hasta el término de la etapa probatoria, momento procesal a partir del cual la competencia recaía en la División de Gestión de Liquidación de la citada Dirección Seccional, para efecto de proferir la decisión de fondo, conforme a la distribución de competencias implementada al interior de la entidad, cuyos parámetros y lineamientos se encontraban puntualmente delimitados y previamente definidos en las resoluciones internas de la misma.

Al revisar la cronología de las actuaciones desplegadas por el servidor, de cara a su marco funcional, se advirtió que invadió una órbita funcional ajena, puntualmente atribuida a la División de Gestión de Liquidación, quien era la competente para adoptar decisión de fondo en torno a las presuntas irregularidades en la clasificación arancelaria contenidas en las declaraciones de importación presentadas por la sociedad XXXX, por ende al emitir los autos de archivos inhibitorios con los cuales puso fin a las investigaciones aduaneras, realizó una función oficial que legalmente no le correspondía, conclusión a la cual se arribó luego de analizar las exigencias típicas contenidas en la descripción objetiva atinente al abuso de función pública, conforme al artículo 428 del Código Penal, y al encontrar ajustado el análisis probatorio y jurídico efectuado por el fallador de primera instancia.

Lo anterior por cuanto los elementos de juicio incorporados a la actuación disciplinaria permitieron demostrar en grado de certeza y sin mayores elucubraciones, que el disciplinado desplegó una actuación irregular al haber expedido el 27 de diciembre de 2017 los autos de archivos inhibitorios dentro de las investigaciones aduaneras adelantadas contra la sociedad XXXXX, careciendo de competencia funcional para ello, pues conforme al contenido de las Resoluciones 009 de 2008, 011 de 2008 y el Decreto 390 de 2016, a través de los cuales se distribuyeron funciones en las Divisiones de las Direcciones Seccionales de la DIAN, la competencia funcional del servidor, como abogado vinculado al Grupo Interno de Trabajo de la División de Gestión de Fiscalización de la Seccional Aduanas de Bogotá, encargado de adelantar las investigaciones por infracciones al régimen aduanero, quedó agotada en el momento procesal en que emitió los autos de pruebas en las citadas investigaciones aduaneras, ante la ausencia de practica probatoria, toda vez, que las sociedades investigadas no impugnaron la negativa de pruebas, ni tampoco fueron ordenadas de manera oficiosa por la citada Subdirección, por lo que su deber funcional era remitir por competencia dichas actuaciones a la Secretaría de Fiscalización, encargada de efectuar su traslado a la División de Gestión de Liquidación, pues en dicha dependencia recaía la competencia para proferir fallo o decisión de fondo.

Sumado a ello, también se encontró acreditado documental y testimonialmente, según coincidentes relatos, entre ellos los de las Jefes de la Divisiones de Fiscalización y Liquidación, a quienes la segunda instancia confirió mérito y credibilidad, que en el momento en que el disciplinado, a través del Jefe del Grupo Interno de Investigaciones, solicitó a la División de Gestión de Liquidación la devolución de los expedientes aduaneros, había perdido competencia funcional para seguir conociendo de los mismos, si se tiene en cuenta que únicamente le habían sido devueltos a la División de Gestión de Fiscalización en calidad de préstamo, esto es, para verificar presuntas inconsistencias, más no para adoptar decisiones de fondo, dado que las mismas eran competencia exclusiva de la División de Gestión de Liquidación, quien los tenía en su poder para desarrollar una etapa procesal completamente diferente a la surtida en la División de Gestión de Fiscalización.

Por lo anterior se consideró carente de soporte probatorio y jurídico el argumento del disciplinado conforme al cual “estos expedientes estaban devueltos a mi cargo, con todos los protocolos administrativos, para que se tomara la decisión correspondiente”, pues se reitera que su competencia funcional en dichas actuaciones había culminado con la expedición de los autos de pruebas proferidos el 10 de octubre de 2017, fecha en la cual había quedado agotada y materializada la fase probatoria, de manera que cuando las investigaciones aduaneras fueron devueltas a la División de Gestión de Fiscalización el 21 de diciembre de 2017, por solicitud del Jefe del GIT de dicha división para verificar presuntas inconsistencias, el disciplinado había perdido competencia funcional para efectuar trámite alguno sobre dichos procesos y solo se le facilitaron los expedientes en calidad de préstamo, pero de ninguna manera para proferir decisiones.

Sumado al desbordamiento funcional del disciplinado, la segunda instancia encontró acreditado que procedió de manera irregular a proferir en calidad de proyectista y revisor los cuestionados autos de archivos inhibitorios en las tres investigaciones aduaneras, los cuales como lo mencionó la primera instancia “se los auto revisó y auto aprobó”, es decir fungiendo como proyectista y a la vez como revisor, efectuando para cada rol firmas diferentes, pese a corresponder ambas a la misma persona, actuación con la cual inobservó el conducto regular aplicado en el Grupo Interno de Trabajo de Investigaciones I de la División de Gestión de Fiscalización al cual pertenecía, toda vez, que cada grupo de sustanciadores tenía asignado su revisor, quien era el funcionario encargado de verificar el contenido sustancial y formal de la providencia e impartirle su aprobación a través de la firma.

Tampoco fue de recibo para la segunda instancia el argumento conforme al cual el único camino que tenía el disciplinado para evitarle un perjuicio injustificado a la sociedad investigada, ante las supuestas inconsistencias que adolecían los Requerimientos Especiales Aduaneros, debido a la falta de pruebas sobre unas muestras específicas del producto importado aportadas por la sociedad XXXX, era el de proferir los autos de archivo inhibitorio, teniendo en cuenta que fue precisamente el disciplinado quien en los autos de pruebas emitidos el 10 de octubre de 2017 negó la práctica de la prueba técnica consistente en un nuevo estudio sobre las muestras aportadas por la sociedad XXXXX, al considerar que resultaba innecesaria e impertinente, por cuanto obraban los pronunciamientos expedidos por la Coordinación del Servicio de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera.

De lo anterior se concluyó que no era cierto que el auto de archivo inhibitorio fuera el único camino procesal para evitar un supuesto perjuicio a la citada sociedad importadora, como quiera que en la fase probatoria el disciplinado tuvo la oportunidad jurídica de dilucidar las dudas que tenía frente al tema probatorio a través de la facultad oficiosa, para efecto de verificar, a través de la prueba técnica, si la clasificación arancelaria utilizada por el importador era correcta o no; sin embargo obró con negligencia, y luego pretende valerse de ello aduciendo una supuesta inconsistencia probatoria, para justificar el desbordamiento de su ámbito funcional.

Se anotó que, si se aceptara en gracia de discusión que los Requerimientos Aduaneros Especiales contenían errores de carácter sustancial, la solución no era la de emitir un auto de archivo inhibitorio por fuera del marco funcional, como erróneamente lo pretende hacer valer el disciplinado para exonerarse de responsabilidad, como quiera que lo jurídicamente procedente era que dichas investigaciones pasaran a la

etapa procesal de definición de fondo en la División de Gestión de Liquidación, tal como lo señaló el Subdirector de Gestión de Normativa y Doctrina de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, en pronunciamiento emitido el 17 de febrero de 2020, del cual se desprende que también es equívoco el planteamiento del disciplinado, cuando aduce que no incurrió en extralimitación de funciones, toda vez, que el sistema informático ELMAR, a través del cual se define qué actos puede proferir cada División, permite que en el GIT de Investigaciones Aduaneras I se expidan autos de archivo inhibitorio, frente a lo cual el disciplinado indica: “por ejemplo, auto inhibitorio se usa para cuando no hay pruebas que permitan formular el Requerimiento Especial Aduanero, lo cual en el caso concreto de las investigaciones a mi cargo, sería cuando por falta de prueba no hubiere certeza sobre si la clasificación arancelaria utilizada por el importador es correcta o no”.

Para la segunda instancia no es de recibo la analogía planteada por el investigado en torno al auto de archivo inhibitorio, quien pretende hacerlo extensivo al momento procesal en que recibió las investigaciones aduaneras en las cuales se habían proferido los Requerimientos Especiales Aduaneros y se había propuesto formulación de Liquidación Oficial de Revisión.

Sobre el particular es relevante aclarar la naturaleza jurídica de la decisión inhibitoria, la cual alude al hecho de abstenerse de conocer de un asunto por las razones determinadas por el legislador; y, otra muy distinta, es la decisión que da por terminada una actuación que implica valoración del asunto y la toma de una decisión al respecto.

Para la segunda instancia resultó claro que en el evento de no existir material probatorio necesario para acreditar la existencia de una irregularidad presuntamente constitutiva de infracción aduanera, o cualquier otra circunstancia que impida la formulación de un Requerimiento Especial Aduanero, los funcionarios del Grupo Interno de Trabajo de Investigaciones de Aduanas I de la División de Gestión de Fiscalización, legalmente estaban facultados para emitir un auto de archivo inhibitorio. Sin embargo, se advierte que lo irregular en el presente caso fue haber emitido los autos de archivo inhibitorio con posterioridad a la formulación de cargos derivada de los Requerimientos Especiales Aduaneros, toda vez que ello implicó una decisión que dio por terminada la actuación sancionatoria, aspecto que notoriamente escapaba a la competencia funcional del disciplinado, quien estaba facultado únicamente para emitir actos de trámite encaminados a imprimir impulso procesal a las investigaciones hasta concluido el periodo probatorio; contrario a ello, de manera irregular y desbordando su competencia, emitió en cada uno de los procesos una decisión que conllevó un análisis probatorio, aspecto sustancial que claramente debía ser resuelto por la División de Gestión de Liquidación.

Concluyó la segunda instancia que de manera irregular el disciplinado, desbordando su marco funcional, utilizó la figura del auto de archivo inhibitorio para dar por terminada las actuaciones administrativas aduaneras en las cuales se habían formulado Requerimientos Especiales Aduaneros, situación que conllevó a resolver un aspecto sustancial en torno a presuntas falencias en el tema probatorio, cuyo análisis y definición estaba asignada a otra dependencia.

De otra parte, no se consideró aceptable el argumento de los sujetos procesales dirigido a demostrar que los autos de archivo inhibitorios correspondieron en el fondo a una revocatoria directa oficiosa, teniendo en cuenta que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la figura jurídica procesal de revocatoria

directa procede es frente a los actos definitivos, siendo éstos los que finalizan la actuación administrativa, al decidir el fondo del asunto, por contener una decisión que crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica, o lo que es lo mismo, la finalización del procedimiento de la formación y manifestación de la voluntad unilateral de la autoridad en ejercicio de funciones administrativas con efectos jurídicos, que son muy diferentes a los actos de trámite, por cuanto no generan los mismos efectos, razón por la cual sobre ellos no opera la revocatoria directa, ya que se encuentran instituidos con el fin de iniciar y finalizar el procedimiento de formación de la decisión administrativa a través de procedimientos administrativos especiales o el procedimiento administrativo general.

Se anotó que el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre los Requerimientos Especiales Aduaneros, reiterando la improcedencia frente a ellos de la revocatoria directa, por tratarse de actos administrativos de trámite, lo cual resulta consecuente con lo expuesto en el concepto emitido el 17 de febrero de 2020, por el Subdirector de Gestión de Normativa y Doctrina de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, en el sentido que el Requerimiento Especial Aduanero es un acto administrativo que por su naturaleza jurídica no es revocable, como quiera, que se trata de una decisión de trámite que impulsa la investigación, en el cual aún no existe una decisión de la administración que genere una situación jurídica particular y concreta, dado que se expide con el objeto de que el usuario rinda explicaciones sobre la posible ocurrencia de unos hechos que presumiblemente van en contra del orden legal aduanero.

Consideró también la segunda instancia que se debía tener en cuenta que el REA ni siquiera admite recurso en vía administrativa y al no contener una decisión definitiva es improcedente su revocatoria, motivo por el cual en el caso en estudio lo procedente era que las investigaciones aduaneras asignadas al disciplinado continuaran hasta la etapa de definición de fondo en la División de Gestión de Liquidación, competente para pronunciarse sobre el asunto.

Acogió la segunda instancia el planteamiento del A quo en cuanto a que si bien en la parte considerativa de los autos de archivo inhibitorios se menciona el artículo 93 del CPACA, que consagra la revocatoria directa de los actos administrativos, la parte resolutive no guarda concordancia, en tanto no se dispuso la revocación de los Requerimientos Especiales Aduaneros, como sería de rigor si se estuviera aplicando la figura de la revocatoria directa; por el contrario lo que se dispuso fue el archivo de los expedientes, que no es lo mismo, siendo la parte resolutive del acto administrativo la que resulta vinculante, no los considerandos.

Por todo lo anterior se consideró que el argumento planteado por los sujetos procesales conforme al cual los autos de archivos inhibitorios proferidos por el disciplinado desde el punto de vista sustancial correspondieron a una revocatoria directa, no encuentra respaldo jurídico ni probatorio por ende no tiene vocación de prosperidad.

En cuanto a los argumentos dirigidos a cuestionar por imprecisión el auto de formulación de cargos, consideró que no tienen vocación de prosperidad, por cuanto contiene la adecuada carga de precisión y claridad frente a los comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias imputadas al disciplinado, fue previamente notificado y oportunamente conocido por los sujetos procesales, no siendo esta la oportunidad procesal para efectuar reparos frente al mismo.

En torno a la culpabilidad, la segunda instancia consideró que el disciplinado en ningún momento estuvo incurso dentro del marco de un error invencible, toda vez que la invencibilidad implica que no hubiera podido superar por ningún medio el yerro, y por el contrario está probado que el disciplinado quiso seguir su particular interpretación, sin atender la competencia y los lineamientos funcionales establecidos por la DIAN, teniendo en cuenta que de la simple lectura de las resoluciones que fijan la competencia de las Divisiones de Gestión de Liquidación y Fiscalización de la Dirección de Aduanas Seccional Bogotá, se colige sin lugar a equívocos, ni interpretaciones, que su competencia en las investigaciones por infracciones aduaneras llegaba a proyectar actos de trámite hasta la culminación del periodo probatorio, lo cual le impedía adoptar decisiones de fondo que dieran por terminada la actuación.

Sobre este punto se consideró que las normas que fijan la competencia al interior de la DIAN no se prestan a una interpretación distinta, como la que quiere dar a entender el investigado, pues del curso de las investigaciones aduaneras se colige que no existía posibilidad, ni siquiera en sana hermenéutica, de que el disciplinado interpretara que ostentaba la facultad de expedir los autos de archivos inhibitorios.

Frente a los argumentos de la apelación en torno al incumplimiento de deberes, que se circunscribieron a señalar que no existe prueba que proporcione convencimiento absoluto, la segunda instancia los rechaza, por tratarse de una afirmación generalizada y difusa, sin desvirtuar la imputación efectuada por el a quo, la cual se encuentra debidamente soportada con los elementos de juicio allegados al plenario, que condujeron a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del disciplinado, corroborándose lo advertido en el informe de servidor público presentado por la Jefe de la División de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, sobre la negligencia en el cumplimiento de los deberes funcionales del servidor en relación con las tres investigaciones aduaneras en comento.

Igualmente compartió y acogió en su integridad la segunda instancia, la motivación expuesta por el a quo para fundamentar la culpa gravísima por desatención elemental, en la medida que la sustentó atendiendo la experiencia del disciplinado como servidor de la DIAN y su profesión de abogado, el conocimiento de las normas y de los principios que rigen la función pública, su trayectoria de más de dos décadas en la entidad y el conocimiento que tenía de las funciones, competencias y términos implícitos en la labor de sustanciación de las investigaciones aduaneras, que optó por desatender.

En torno a la ilicitud sustancial de las conductas, señaló la segunda instancia que en las mismas no sólo se verifica el incumplimiento de un tipo disciplinario, sino que también se advierte la vulneración de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública señalados por el operador disciplinario de primera instancia en el fallo definitivo, pues no hay duda que con la actuación cuestionada se alteró el correcto funcionamiento del Estado.

En cuanto a la forma de culpabilidad, se compartió la imputación a título de dolo de la falta gravísima atribuida al sancionado, por realizar la descripción típica consistente en abuso de función pública, teniendo en cuenta que dicha conducta es esencialmente dolosa, es decir que para la producción del acto por fuera del marco de la competencia, necesariamente debe mediar la conciencia del ejercicio de una función para la que no se está legalmente facultado, lo cual se acreditó en el expediente.

6. RESUELVE - 2º INSTANCIA

En virtud de lo todo anterior, mediante RESOLUCIÓN No. 007 de fecha 16 de noviembre de 2021 se resolvió:

“ **PRIMERO: CONFIRMAR** el numeral primero del fallo definitivo de primera instancia, a través del cual la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, declaró disciplinariamente responsable de los cargos formulados al servidor público JMRR, en calidad de Gestor II, Código 302, Grado 2 del Grupo Interno de Trabajo de Investigaciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, por las razones consignadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral segundo del fallo definitivo de primera instancia, mediante el cual la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, impuso al servidor público José Miguel Ramos Ruíz, la sanción disciplinaria de Destitución del cargo e Inhabilidad General para el ejercicio de función pública por el término de trece (13) años, conforme lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión “.