

FICHA TÉCNICA – SEGUNDA INSTANCIA**1. INFORMACIÓN PROCESO**

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2019-034
- DEPENDENCIA	Directora General Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC
- INVESTIGADO:	O.J.V.H. - W.R.T.A.
- CARGO:	O.J.V.H: Gestor III Código 303 Grado 03, W.R.T.A: Gestor I Código 301 grado 01
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	MAICAO-RIOACHA
- TEMA:	- Falta grave, artículo 35 Numeral 1 Ley 734 de 2002- extralimitación de funciones- Falta grave, artículo 34 numeral 2 Ley 734 de 2002. -Falta de competencia de la Agencia ITRC.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

La presente actuación tuvo su origen en la remisión a la Agencia ITRC, de los procesos disciplinarios No. 213-304-2018-487 y No. 213-304-2018-128, adelantados en la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, por considerar que se trataba de un asunto de competencia de esta Entidad según lo previsto en el Decreto 4173 de 20113, en razón a que se investigaron presuntas irregularidades en el ejercicio de funciones de O.J.V.H y W.R.T.A, al proyectar y proferir respectivamente la Resolución No. 0337 de 06 de septiembre de 2017, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado por el apoderado de la señora IDALILES DEL CARMEN OVIEDO HERNADEZ, propietaria de la Distribuidora ELITE INT, con ocasión al proceso de fiscalización adelantado en la Seccional Maicao en contra de la mencionada empresa.

Los antecedentes dan cuenta que mediante Resolución No. 085 de fecha 30 de marzo de 2017, el Jefe División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Maicao, impuso al importador, Distribuidora ELITE INT, multa por encontrarse inmersa en la conducta descrita en el artículo 551 del Decreto 390 de 2016, al no poner la mercancía importada a disposición de la División de Gestión de Fiscalización de la Seccional de Maicao, sanción equivalente a la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (\$ 896.653.204). Acto contra el cual procedía el recurso de reconsideración.

El 27 de abril de 2017, el apoderado de la importadora interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución No. 0085 del 30 de marzo de 2017, en el que solicitó revocar la misma y que se archivara el expediente.

Mediante Resolución No. 0000337 del 6 de septiembre de 2017, fue fallado el recurso de reconsideración por disciplinado OJVH en calidad de Director Seccional, confirmando la sanción impuesta a la Distribuidora ELITE INT, acto administrativo que fue proyectado por el funcionario WRTA, en calidad de profesional asignado al despacho del Director Seccional Maicao con funciones jurídicas; no obstante, al parecer quien tenía la competencia para resolver el recurso de reconsideración, era la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica del Nivel Central, en razón a que la cuantía del acto objeto de recurso, superaba el límite establecido para las Direcciones Seccionales.

El apoderado de la Distribuidora ELITE INT, mediante memorial radicado ante la Procuraduría, convocó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de ahora en adelante -DIAN- a conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad previo al ejercicio de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando entre otras prestaciones se le reconociera la violación al debido proceso por parte de la DIAN debido a que quien resolvió el recurso de reconsideración a través de la Resolución No. 0000337 del 06 de septiembre de 2017 no tenía la competencia para hacerlo, y en consecuencia solicitó el archivo del proceso.

El Comité de Conciliación de la DIAN, decidió acoger la recomendación del abogado ponente de presentar fórmula conciliatoria sobre los efectos económicos de la Resolución Sanción No. 085 del 30 de marzo de 2017 y No. 0000337 del 06 de septiembre de 2017, debido a que la DIAN Maicao no tenía la competencia para proferir este último acto administrativo, el cual afectó la legalidad del mismo y que por encontrarlo por fuera del término, quien sí tenía la competencia no pudo resolver dicho recurso, por tanto, la multa equivalente al 200% por la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (\$ 896.653.204), impuesta a la Distribuidora importadora, no pudo hacerse efectiva.

Reseña procesal

Página: 2 de 16

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

- Auto No. 1001-464 del 27 de septiembre de 2018, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, ordenó la apertura de la Indagación Preliminar.
- Auto No. 1047-20 del 15 de marzo de 2019, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, ordenó remitir por competencia a la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC.
- Auto No. 17404 00006 de fecha 29 de marzo de 2019, se avocó conocimiento y se ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra de los funcionarios O.J.V.H y W.R.T.A.
- Auto No. 1741000027 el 12 de diciembre de 2019, se ordenó el cierre de la etapa de investigación disciplinaria.
- Auto No. 17421-0001 del 14 de enero de 2020, el Despacho negó la solicitud de nulidad elevada.
- Mediante Auto No. 1740600009 de 11 de agosto de 2020, se profirió auto de cargos en contra de los investigados, y se les imputaron los siguientes cargos:
 - El cargo disciplinario formulado a OJVH resultó del siguiente tenor:
 - **CARGO UNICO:** OJVH en calidad de Director de la Seccional de Impuestos y Aduanas de Maicao -DIAN-, desde el 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre del 2017, incurrió en extralimitación de funciones al proferir y suscribir la Resolución 000337 de 6 de septiembre de 2017, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 0085 de 30 de marzo de 2017, sin tener competencia funcional para ello.
 - El cargo disciplinario formulado a WRTA resultó del siguiente tenor:
 - **CARGO UNICO:** WRTA, en su calidad de Gestor I Código 301 grado 01, ubicado para la época de los hechos en el Despacho de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Maicao de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, quebrantó su deber de cumplir con diligencia el servicio que se le ha encomendado, al proyectar la Resolución 00037 de 06 de septiembre de 2017, para firma del Director Seccional, sin atender los límites de competencia funcional de la DIAN.

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

- Auto No. 17414-00014 de 12 de noviembre de 2021, se resolvió el recurso de reposición.
- Auto No. 17414-00016 de 30 de noviembre de 2022, se resolvió el recurso de reposición
- Auto No. 17421-00001 de 16 de febrero de 2021, se corrió traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión.

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

Mediante Resolución No. 17317-00007 02 de julio de 2021, por la cual se profirió fallo de Primera Instancia, declarando la responsabilidad disciplinaria del servidor OJVH y WRTA por las conductas consignadas como cargos en el Auto No. No. 1740600009 de 11 de agosto de 2020 y en consecuencia imponerle sanción disciplinaria consistente en: para **OJVH**, sanción disciplinaria consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TERMINO DE CUATRO (4) MESES** y para **WRTA**, sanción disciplinaria consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TERMINO DE DOS (2) MESES**.

Frente al Fallo de Primera Instancia, los disciplinados OJVH y WRTA, a través de sus apoderados de confianza interpusieron recurso de apelación respectivamente.

Mediante auto No. 17401 de 13 de agosto de 2021 y auto No. 17401 de 21 de septiembre de 2021, se concedió el recurso de apelación a los disciplinados.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo de primera instancia se consideró que de las documentales remitidas y que obran en el procedimiento, se tiene el auto No. 139201238-063 del 01 de noviembre de 2016, mediante el cual el jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Maicao ordenó iniciar la investigación aduanera a la Distribuidora importadora, por estar presuntamente incurso en la sanción establecida en el artículo 551 del decreto 390 de 2016.

Como resultado de dicha investigación, le fue impuesta a la Distribuidora a través de la Resolución 085 del 30 de marzo de 2017, sanción equivalente a la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (\$896.653.204) por no poner a disposición la mercancía solicitada en el requerimiento ordinario No. 209 del 24 de junio de 2016. Teniendo en cuenta lo anterior, el abogado de la Distribuidora, con escrito con radicado No. 000756, presentó recurso de reconsideración, el día 27 de abril de 2017, ante la Dirección Seccional Maicao, contra la Resolución 085 de 30 de marzo de 2017, con la cual se impuso la sanción mencionada.

Seguidamente se demostró que el expediente fue entregado al disciplinado WRTA, por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección de Impuestos y Aduanas de Maicao, según se desprende de la *“planilla remisión expediente entre dependencias”* No. 0004 de fecha 06 de agosto de 2017, documento con firma de recibido por el mismo WRTA, con fecha 09 de agosto de 2017, con lo que se encontró probado que efectivamente el expediente de fiscalización en mención fue recibido por el disciplinado, en calidad de profesional del área jurídica de la Seccional Maicao.

Valga mencionar que dicha entrega se realizó atendiendo a la solicitud que hiciera el investigado WRTA mediante correo electrónico de fecha 08 de agosto de 2017, lo cual da valor a su dicho en sus argumentos defensivos, al indicar que en aras de evitar que se produjera el silencio administrativo, procuro realizar la

actuación de la manera más rápida posible atendiendo a todas las circunstancias que rodeaban la misma, su estado de salud y la falta de tiempo resolver el recurso.

Se tuvo como prueba de las actuaciones iniciadas por el disciplinado WRTA, el auto de admisorio del recurso de reconsideración No. 000763 de 16 de agosto de 2017, mediante el cual es admitido este, providencia que es suscrita por el otro disciplinado OJVH, en calidad de Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Maicao, con lo cual queda probado, el conocimiento que los dos funcionarios tuvieron del proceso de fiscalización y del recurso interpuesto contra la sanción proferida en el mismo.

Desde este momento procesal, inicia el reproche disciplinario respecto de la verificación de los requisitos legales exigidos para recibir y determinar la competencia de la Seccional para conocer y continuar con el trámite del recurso de reconsideración, dentro de los cuales se encuentra la cuantía, por lo que el funcionario encargado de proyectar y/o decidir sobre la procedencia del recurso de reconsideración, que para el caso, era el señor WRTA, debió revisar la competencia de la Seccional para resolver lo pedido en el recurso de reconsideración y actuar de conformidad, de lo contrario remitirlo al competente para que atendiera el trámite, independientemente del tiempo con el que contaba para decidir dicho recurso; igual requisito debió verificar quien suscribía el auto admisorio correspondiente, es decir el Director Seccional de Maicao, OJVH, al hacer una lectura inicial de la providencia, evidenciando el monto elevado de la cuantía, lo que por lo menos debió llamar la atención a los dos funcionarios.

Uno de los argumentos del señor WRTA, es que contaba con muy poco tiempo para decir el asunto, argumento no aceptado por la primera instancia, ya que de un análisis inicial pudo establecer que la cuantía del recurso superaba ampliamente la cuantía de competencia de la Seccional Maicao, o por lo menos indagar al respecto tratándose de un valor tan elevado y remitirlo inmediatamente al competente para que en el tiempo que quedaba, el nivel central resolviera el recurso.

Como bien se señala en el pliego de cargos, pudo advertirse que en auto admisorio del recurso de reconsideración objeto de estudio, existe un acápite referido al valor recurrido, en el cual se consigna como valor el de “\$896.653.204”, como cuantía del acto, momento en el cual los disciplinados, tuvieron la posibilidad de revisar si efectivamente dicha cuantía no excedía los límites de competencia establecidos en la normatividad aplicable al caso y en caso de duda, actuar como cualquier persona del común lo hubiera hecho, interrogar con otras instancias, Seccionales, funcionarios, cuál sería el procedimiento a seguir, mostrando un actuar diligente y de cuidado, sin embargo se observa que dicha revisión y actuaciones fueron pasadas por alto por los disciplinados WRTA y OJVH, en su afán de dar trámite al recurso.

Como consecuencia de lo anterior, se profirió la Resolución No. 000337 de 06 de septiembre de 2017, suscrita por OJVH, en calidad de Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Maicao y proyectado por el señor WRTA, documento que obra en las documentales y con el cual quedo probada la conducta de los investigados, al proyectar y proferir respectivamente, el acto administrativo, Resolución No. 000337 del 06 de septiembre de 2017, por medio del cual se decidió el recurso de reconsideración dentro del expediente No. AA-2016-2016-00063, en contra de la Resolución Sanción No. 0085 de fecha 30 de marzo de 2017 de la Distribuidora importadora, sobre una multa equivalente al 200% del valor de la suma de la

OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO Y TRES MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (896.653.204).

Equívoco, que inmediatamente evidenció el abogado de la Distribuidora ELITE INT, quien una vez notificado, mediante memorial radicado ante la Procuraduría, convocó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad previo al ejercicio de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando entre otras prestaciones se le reconociera la violación al debido proceso por parte de la DIAN debido a que quien resolvió el recurso de reconsideración a través de la Resolución No. 000337 del 06 de septiembre de 2017 no tenía la competencia para hacerlo y en consecuencia solicitó archivar el procedimiento sancionatorio aduanero.

Por lo que también se tiene como prueba, la certificación No. 7048, del Comité de Conciliación de la DIAN en donde se decidió acoger la recomendación del abogado ponente de presentar fórmula Conciliatoria sobre los efectos económicos de la Resolución Sanción No. 085 del 30 de marzo de 2017 y No. 000337 del 06 de septiembre de 2017, debido a que la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Maicao no tenía la competencia para fallar este último acto administrativo el cual afectó la legalidad de la Resolución Sanción y que por encontrarlo por fuera del término quien sí tenía la competencia no pudo resolver dicho recurso, por tanto, la multa equivalente al 200 % por la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO Y TRES MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (\$ 896.653.204), a la Distribuidora importadora no se hizo efectiva. Siendo preciso anotar que dicha certificación es el resultado de un estudio de una reunión de unificación de criterios a la cual asisten los abogados de la Coordinación de conciliaciones la Subdirectora de Representación Externa de la DIAN, junto con su asesora y con otra serie de filtros, en donde se adopta la decisión final.

Es evidente que el estudio de la falta de competencia para proferir la Resolución 000337 de 2016, fue realizado en varias instancias, y finalmente en todas se llegó a la misma conclusión que llega esta Despacho, motivo por el cual no hay duda alguna que la conducta desplegada por los funcionarios afectó sus deberes funcionales como Director Seccional en el grado de gestor III y abogado del despacho del director, en el cargo de gestor I, respectivamente, de la Dirección Seccional de Aduanas de Maicao, al proferir y proyectar un acto administrativo sin competencia para ello.

De los testimonios allegados al proceso, funcionarios y abogados sustanciadores, quienes en ejercicio de sus funciones conocían de recursos de reconsideración, y relataron sobre el trámite que se da a los mismos, la verificación de requisitos formales y sustanciales del recurso de reconsideración, lo que debían realizar para la proyección de los autos a proferir para resolver los recursos que les fueran asignados, adoptando una actitud activa y diligente al realizar la verificación de todos los requisitos para dar continuidad al recurso presentado, que si bien es cierto los abogados no pertenecían a la misma regional, es la actitud que se espera de cualquier profesional de derecho al definir un tema asignado a su cargo.

También se expuso, la existencia de un presunto vacío en la normatividad en cuanto a la competencia en materia aduanera se refiere, al indicar que el Decreto 4048 de 2008, por el cual se modificaba la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-, en su artículo 40, es confusa porque hace referencia exclusivamente a las actuaciones que se profieren en materia

tributaria, que la competencia funcional establecida en dicho artículo, era aplicable a los temas tributarios y no así a los temas aduaneros o cambiarios, porque el Decreto mencionado, establecía que se fijaban reglas de competencia para los efectos del artículo 560 del Estatuto Tributario, lo cual había generado que a nivel nacional, las opiniones estuvieran divididas y que se considerara que en materia aduanera el tema de competencia en razón a la cuantía no fuera verificable para efectos de resolver los recursos de reconsideración. Argumento que también fue mencionado en los argumentos defensivos del investigado WRTA.

Seguidamente se realizó un análisis sobre la normatividad aplicable para el caso en la época de los hechos, que, dicho sea de paso, fue invocada por los investigados en el acto administrativo objeto de cuestión, Resolución 000337 de 06 de septiembre de 2017.

El Decreto 4048 de 2008, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el capítulo V, artículo 40, establecía la “*Competencia funcional del recurso de reconsideración*”, y definía las reglas de competencia para conocer y resolver los recursos de consideración.

Asimismo, el artículo 560 establecía que son competentes para proferir las actuaciones de la administración tributaria los funcionarios y dependencias de la misma, de acuerdo con la estructura funcional que se establezca y respecto de los recursos cuya competencia no esté otorgada a determinado funcionario o dependencia. Lo anterior significa que dicha competencia debía aplicarse a los recursos de reconsideración en general, sin distinción alguna, ya que como bien el artículo lo menciona la competencia es para proferir las actuaciones de la administración tributaria, y en Colombia la entidad encargada de la Administración Tributaria es la DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), organismo creado con el fin de velar y garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, razón por la cual, queda establecido claramente que dicha norma era aplicable a los recursos de reconsideración en general, sin distinguir si eran de naturaleza tributaria, cambiaria o aduanera, ya que el centro o foco de dicha competencia es la cuantía.

En tal sentido las normas en mención establecían topes para el conocimiento del recurso de reconsideración, y en las dos se establecía un límite por debajo del que tenía la Resolución sanción objeto del recurso de reconsideración, lo cual independiente de si se trataba de un recurso de tipo aduanero o tributario debió tenerse en cuenta.

Si bien es cierto, los abogados que rinden su testimonio, pertenecen a una Seccional diferente a donde se profirió el acto administrativo, la misma era dirigida por el disciplinado OJVH y llevaba suficiente tiempo a cargo de la misma, entonces si hay una situación de duda respecto de la competencia que deben asumir las Seccionales, lo correcto o lo que indica la sana crítica, es realizar una consulta previa a la División Jurídica del nivel central con el fin de aclarar las dudas, tal y como fue manifestado por los testigos, asumir una actitud activa al respecto, dejando el antecedente de las actuaciones realizadas en aras de proyectar y proferir un acto administrativo acorde a la normatividad vigente, tal como lo exige el manual de funciones correspondiente.

Se suma a lo anterior que los investigados tenían conocimiento del contenido del Decreto 40408 de 2008, en razón a que fue colocado en el acápite que habilita a la Seccional para conocer del recurso, lo cual infiere que efectivamente saben su contenido.

En este orden de ideas, quedó claro que la competencia en razón a la cuantía de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Maicao, estaba determinada por la norma que establecía que cuando la cuantía del acto objeto del recurso, fuese igual o superior a veinte mil (20.000) UVT, serán competentes para fallar los funcionarios y dependencias del Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de acuerdo con la estructura funcional que se establezca, esto es el artículo 560 del Estatuto Tributario, desarrollado por el Decreto 4048 de 2008 y la Ley 1819 de 2016.

Teniendo claro lo anterior, se verificó el límite de competencia atendiendo al precio fijado para la Unidad de Valor Tributario, de ahora en adelante -UVT- a la fecha de los hechos, fijado en la Resolución 0071 de 21 de noviembre de 2016¹, en la cual se fijó el valor de las UVT para el año 2017, en treinta y un mil ochocientos cincuenta y nueve (\$31.859) pesos.

Resolución de conocimiento público, de fácil consulta y base para las decisiones que se adoptan en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- y todas sus Seccionales.

En ese sentido, teniendo que la Resolución No. 085 de 30 de marzo de 2017, impuso una sanción en valor de \$ 896.653.204 pesos, siendo este valor la cuantía de acto, valor que, al dividirlo entre el valor de la UVT, es decir \$ 31.859 pesos, arroja un resultado total de 28.144 UVT, superando ampliamente el límite establecido en todas las normas.

Si la cuantía es igual o superior a los 2.000 UVT e inferior a 20.000 UVT (equivalente a \$63.718.000 y \$637.180.000 para el año 2017, respectivamente) la competencia recae sobre los funcionarios de las dependencias de las Direcciones Seccionales de impuestos, de aduanas o de impuestos y aduanas nacionales de la capital del departamento en el que esté ubicada la administración que profirió el acto recurrido.

Cuando la cuantía **sea igual o superior a 20.000 UVT**, serán competentes para fallar los recursos de reconsideración, los funcionarios y las dependencias del nivel central de la DIAN, como ya explicó.

No obstante, los disciplinados acudieron a la competencia atribuida por el Decreto 4048 de 2008, por lo que la primera instancia consideró que lo procedente era declararse incompetente para conocer del recurso de reconsideración en mención, no proferir auto admisorio del recurso sino remitir por competencia a la Subdirección de Recursos Jurídicos del nivel central para que atendiera el mismo, en razón a que la cuantía establecida en el artículo 40 del Decreto 4048 de 2008, era de 20.000 UVT para la Seccional Maicao, evidenciándose un margen de diferencia considerable, pero no ocurrió de tal manera, y se decidió continuar con el conocimiento del expediente.

¹ Ver folios 115 y 116 Cdo 1

En virtud de lo anterior se tuvo por acreditada la ocurrencia de los hechos, además de verificarse los elementos constitutivos de la falta, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, se declaró la responsabilidad de los disciplinados.

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Recurso presentado por el apoderado del disciplinado ORLANDO JAVIER VILORIA HENRÍQUEZ.

El defensor del investigado inició el recurso solicitando la nulidad del fallo de primera instancia por considerar que se presentó una violación al derecho de defensa, toda vez que este, se fundó en la declaración rendida el 20 de septiembre de 2018, por el señor abogado de representación externa de la Subdirección de Gestión Jurídica – Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, la cual omitió comunicar a su defendido por lo que fue realizada sin intermediación de las partes durante su práctica, lo que significa una flagrante transgresión al debido proceso y al derecho a la defensa del disciplinado.

Por otro lado, sustentó argumentando el eximente de responsabilidad de caso fortuito y fuerza mayor por excesiva carga laboral de su investigado, exponiendo que en el caso en concreto, la posible negligencia en el actuar del disciplinado encuentra su sustento en la confusión a la hora de aplicar la normatividad idónea para resolver el recurso de reconsideración, toda vez que, en su entendimiento jurídico, se le dio el trámite de un tema de naturaleza aduanera y por ende no requería estudiar el tema de la cuantía para determinar su competencia. Por lo tanto, la conducta se cometió sin conocimiento y voluntad de estar actuando en contra a derecho. Alegando que la excesiva carga laboral, es un factor que debe ser valorado a la hora de determinar la existencia o no de culpabilidad más no es el grado de intensidad de ésta.

De igual manera, el apoderado argumentó que su defendido actuó bajo el “[...] III. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD: QUIEN REALICE LA CONDUCTA CON LA CONVICCIÓN ERRADA E INVENCIBLE QUE SU CONDUCTA NO CONSTITUYE FALTA DISCIPLINARIA [...]”, exponiendo que la Subdirección del ITRC considera que no se cumple con el requisito de la invencibilidad del error, dado que no se encuentra acreditado dentro del proceso que no se trató de una decisión autónoma y deliberada, sino que por el contrario fue un tema que se consultó con otros profesionales conocedores de la materia, tal como lo manifiestan los disciplinados en sus alegatos.

Termina el apoderado el recurso, solicitando que se declare la nulidad por violación al debido proceso y se revoque la sanción impuesta al señor ORLANDO JAVIER VILORIA HENRÍQUEZ dentro del fallo de primera instancia proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC mediante Resolución No. 173137-00007 de 2 de julio de 2021.

Recurso de apelación presentado por el apoderado del funcionario WILLIAM RODOLFO TERÁN AGUIAR.

Inició el recurso de alzada argumentando que en la actuación adelantada no se tuvo en cuenta que el disciplinado recibió el RECURSO DE RECONSIDERACION, cuando ya habían transcurrido tres (3) meses

Página: 9 de 16

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA

Código	PE03-GJU-PR06-FT04	Versión	01	Fecha emisión	08/07/2021
--------	--------------------	---------	----	---------------	------------

y once (11) días desde su presentación, hecho que el Despacho no investigó, para poder establecer o determinar de quien fue la responsabilidad disciplinaria por haber recibido el RECURSO DE RECONSIDERACION el cual obviamente debía remitirlo, por competencia, a quien le correspondía admitirlo o rechazarlo en el término de 10 días, no lo hizo, y en cambio sí lo ocultó, entrapapeló cuando menos o lo extravió temporalmente por un largo tiempo.

ORLANDO JAVIER VILORIA, también investigado, ha reconocido y aceptado, para llegar a la conclusión que, lo más conveniente era PROFERIR EL FALLO confirmando la sanción y que se le ordenó por parte de dicho Director, como superior jerárquico de la Dirección Seccional de la DIAN de Maicao, proyectar el fallo lo antes posible y notificarlo, trámite que no pudo ser realizado inmediatamente debido al quebranto de salud, plenamente demostrado dentro del expediente, indico la defensa que su defendido obró de buena fe, bajo la certeza que le daba su íntima convicción de estar aplicando en debida forma el Decreto 390 de 2016, en su Art. 603, que determinó las competencias y por ello fue que proyecto de la RESOLUCION para la firma del Director, quien también expuso en su defensa estar en el mismo grado de convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria.

Continuo manifestando que el Despacho NO QUISO HACERLO Y NO REALIZÓ LA INVESTIGACION INTEGRAL A LA QUE ESTABA OBLIGADO, según la cual, la indagación que se efectúe dentro del proceso disciplinario, no solo debe apuntar a probar la falta del servidor público, sino además, a encontrar las pruebas que desvirtúen o eximan de responsabilidad al mismo y a determinar quien o quienes pudieron ser los autores o partícipes de los hechos investigados y su grado de participación, afectándose en esta forma NO solo el derecho a la igualdad, sino también el debido proceso que le asisten a mi representado, puesto que al funcionario de la DIAN seccional de MAICAO encargado de RECEPCIONAR EL RECURSO DE RECONSIDERACION y de DARLE EL TRAMITE correspondiente a la dependencia que es competente de la DIAN y no lo hizo, no se lo VINCULO A LA INVESTIGACION, quedando éste servidor público, inexplicablemente sin reproche alguno.

Que el disciplinado, actuó de forma diligente y acuciosa, y que ha observado un excelente cumplimiento de su deber, que no tiene tacha alguna y mucho menos sanciones en su contra, tuvo no solo que avenirse, a pesar de su situación personal de debilidad manifiesta a tener que cumplir la orden impartida por el superior jerárquico para proyectar el recurso de reconsideración, en un tiempo récord, cuando ya los términos, en su mayor parte habían transcurrido, para admitir o rechazar el recurso y para resolverlo, sin que obre constancia en el expediente disciplinario que justifique por qué el Director Seccional de la DIAN de Maicao le interrumpió la situación administrativa de su incapacidad, teniendo que, además de la fuerza mayor precisada, el tener que cumplir la orden impartida por su Jefe, de reintegrándose a trabajar en pleno estado de INCAPACIDAD pues ES EL UNICO ABOGADO con el que contaba la DIAN SECCIONAL DE MAICAO, y de allí la sobrecarga laboral que le impedían, realizar las consultas a las que se refiere el Despacho en su fallo, puesto que no se le dio inducción y mucho menos capacitación.

Adujo la defensa que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta lo manifestado por los funcionarios de la Seccional, en el sentido que nunca se había recibido la inducción o entrenamiento y menos la capacitación dada desde el nivel central de la DIAN y que, por esa razón se dieron muchas interpretaciones y confusiones en torno a la COMPETENCIA POR RAZÓN DE LAS CUANTÍAS a efectos de conceder,

conocer y fallar los recursos en materias aduanera, cambiaria y tributaria, pues las normas consagradas sólo aplicaban para aspectos puramente tributarios, más no para los aduaneros y cambiarios.

Manifiesta el defensor su desacuerdo con lo expuesto por la primera instancia frente a la causal excluyente de responsabilidad disciplinaria por fuerza mayor o caso fortuito del numeral 1 del Artículo 28 de la Ley 734 de 2002, por cuanto lo argüido en el fallo en el sentido de que mi representado debió haberle puesto en conocimiento al superior inmediato esta situación, antes de que ocurrieran los hechos es absolutamente inverosímil debido a que el Director también sabía y conocía de antemano y con suficiente antelación que en la Dirección Seccional de Aduanas de Maicao no había sino un solo abogado asignado y que para el momento de los hechos le resultaba imposible al mismo Director el poder solucionar este aspecto, teniendo que recurrir precisamente a INTERRUMPIRLE su incapacidad para que mi representado se reintegrara a colaborar con la proyección de la Resolución, por medio de la cual se fallaba el recurso de reconsideración presentado, dado lo apremiante del escaso término que les quedaba para que el acto administrativo impugnado adquiriera firmeza, por razón del silencio administrativo positivo, y que debía de resolverse dentro del término legal.

Aduce el defensor que el fallador de primera instancia desconoció el fallo de la Contraloría General de la República, que tiene carácter de cosa juzgada exponiendo que se invadió las órbitas de competencia del proceso fiscal, aduciendo una extralimitación de funciones, toda vez que no se respetaron las competencias de ese organismo de control. -

Trae el defensor, como argumento el numeral 3 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, que establece como eximente de responsabilidad disciplinaria, cuando el servidor público actúa “[...] En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales [...]”, argumentando que el disciplinado no tuvo otra alternativa, que tener que darle cumplimiento estricto a la orden impartida por su superior jerárquico, cuando perfectamente se encontraba amparado por la incapacidad que le fue otorgada por razón de su intervención quirúrgica y aun así, tuvo que obedecer la orden impartida de presentarse a trabajar para proceder a elaborar el proyecto de resolución, por medio de la cual el Señor Director Seccional de la DIAN de Maicao, desataba el recurso de reconsideración y ello lo hizo, como quedó demostrado, en cumplimiento de la orden legítima de autoridad competente, emitida con las formalidades legales.

5. CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

La segunda instancia inicio con un recuento normativo y una vez analizadas las normas de que trata el presente caso y su aplicabilidad, resolvió los argumentos de los recursos de apelación presentados por los abogados defensores de los disciplinados.

Del recurso de OJVH,

En primer lugar, el defensor del investigado elevó solicitud de nulidad del fallo de primera instancia por violación al derecho de defensa, argumentando que no fue citado al testimonio del abogado ponente ante el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Subdirección de Representación Externa de la Dirección

de Gestión Jurídica de la DIAN, circunstancia que considera una violación al derecho de defensa y contradicción.

Revisados los documentos obrantes en el expediente, se observa la declaración juramentada rendida por el señor abogado de Jurídica nivel central, ante la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN; de la cual se puede establecer que dicho testimonio fue obtenido en virtud de lo ordenado en el auto de indagación preliminar No. 1001-464 de 27 de septiembre de 2018, proferido por la oficina de control interno disciplinario de la DIAN dentro del proceso disciplinario DIAN No. 213-304-2018-487, en donde se ordenó esta etapa procesal conforme al artículo 150 de la Ley 734 de 2002, contra funcionarios por establecer.

Es de considerar, entonces, que, para el momento de la práctica del testimonio mencionado por el defensor, el disciplinado OJVH no se encontraba vinculado formalmente al proceso disciplinario, estableciéndose que el investigado sólo fue hecho parte como sujeto procesal hasta el auto de investigación disciplinaria proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, luego de la remisión por competencia realizada por la Subdirección de Control Interno de la DIAN.

No fue de recibo para la segunda instancia, el argumento del recurrente respecto a que su defendido no tuvo la oportunidad de controvertir el testimonio precitado, pues si bien es cierto el disciplinado no participó en su práctica, también es cierto que esto se debió, a que en dicho momento procesal no contaba con la calidad de investigado dentro del proceso adelantado por la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN; observándose que la defensa tuvo la oportunidad durante la actuación de solicitar la ampliación del testimonio, circunstancia que no se evidenció en el transcurso del proceso, se fundamenta la decisión a la vez en el artículo artículo 91 de la Ley 734 de 2002, que establece en cuanto a la calidad de investigado, lo siguiente:

“[...] ARTÍCULO 91. CALIDAD DE INVESTIGADO. La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso. El funcionario encargado de la investigación notificará de manera personal la decisión de apertura, al disciplinado. Para tal efecto lo citará a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca registrada en su hoja de vida. De no ser posible la notificación personal, se le notificará por edicto de la manera prevista en este código. El trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del disciplinado. Con todo, aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado [...]”.

A su turno, el artículo 138 de la Ley 734 de 2002, expone: “[...] ARTÍCULO 138. OPORTUNIDAD PARA CONTROVERTIR LA PRUEBA. Los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria [...]”.

En consecuencia, una vez revisado el expediente se pudo constatar que el señor OJVH y su abogado fueron enterados de todas las decisiones de manera oportuna desde el momento de su vinculación, es decir

a partir del auto de investigación disciplinaria proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC el 29 de marzo de 2019, observándose que en sus intervenciones dentro del proceso se refirieron a los medios de prueba allegados desde la indagación preliminar, anotándose además que los funcionarios que adelantaron la actuación de primera instancia dieron respuesta a las peticiones elevadas garantizando el ejercicio del derecho de defensa, por lo que resulta sin fundamento la afirmación del defensor, en cuanto que refiere que el disciplinado no pudo hacerlo. En consecuencia, se decidió desfavorablemente la pretensión anulatoria del defensor por carecer de fundamento fáctico y jurídico.

En cuanto lo invocado por el defensor respecto de la excesiva carga de trabajo que tenía el disciplinado como un eximente de responsabilidad disciplinaria consagrado en el numeral 1 del artículo 28 – Por fuerza mayor o caso fortuito-, se dijo que no puede confundirse la causal de eximente de responsabilidad disciplinaria, con conceptos como la negligencia o la incompetencia, puesto que sólo se puede considerar fuerza mayor o caso fortuito a aquellos hechos a los que el disciplinado no le es posible resistirse o que escapen a las posibilidades efectivas de previsión de quien alega un evento que se pueda configurar como eximente. La aplicación de la mencionada causal, conlleva a que se presente en la conducta endilgada una ausencia de elementos que configuren un comportamiento doloso, o cuando menos culposo y por otro lado, que no sea posible realizar un juicio de reproche, toda vez que los hechos resultado de la conducta sean atribuidos a una causa extraña y ajena al comportamiento del disciplinado, de la cual no le fue posible resistirse o que no se encontraba en su alcance tenerlas como previsión.

Se acudió a los artículos 23 y 28 de la Ley 734 de 2002 y conceptos de la Procuraduría General de la Nación, que definen los conceptos de invencible e irresistible, concluyendo que la excesiva carga laboral con la que contaba la Seccional, no justifica la extralimitación de funciones atribuida al disciplinado y no puede eliminarse la antijuridicidad de la misma, toda vez, que como jefe de dicha dependencia pudo haber tomado las medidas de choque tendientes a sortear la crisis que estaba atravesando la dependencia y no es óbice, para desconocer y no dar cumplimiento a las normas y leyes que regulan el ejercicio de sus funciones; además que dicha circunstancia no esta establecida en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002 como eximente de responsabilidad.

De otra parte dicha carga laboral excesiva, no fue acreditada en el proceso, y tampoco habia sido puesta en conocimiento de la Dirección General de la DIAN, antes de la ocurrencia de los hechos, para que se hubieran adoptado las medidas pertinentes; lo que además no daba razón al disciplinado para excusarse de no conocer la norma, como era su deber y aplicarla en debida forma, teniendo en cuenta que contaba con los conocimientos profesionales en derecho y el alto cargo que ostentaba en la DIAN.

Además de lo anterior, dentro de la presente actuación disciplinaria no se endilgó una omisión de funciones, la cual se podría explicar con una excesiva carga laboral, sino, se endilga una extralimitación de las mismas, toda vez que el disciplinado no verificó, ni realizó una revisión de fondo del acto administrativo objeto del recurso de reconsideración, profiriendo y suscribiendo una Resolución sin tener la competencia funcional para ello, comportamiento antijurídico que no puede convertirse en jurídico y dar paso a la configuración de la causal de fuerza mayor o caso fortuito, pues, como ya se vio, al autor de la conducta le era exigible y previsible un comportamiento diverso, que hace que el juicio de reproche se torne sancionatorio, razón por la que la causal de exclusión de responsabilidad invocada por el apelante, no está llamada a prosperar.

Por otro lado, con relación al argumento de la defensa, sobre la existencia del error como eximente de la responsabilidad disciplinaria de conformidad con el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, que consagra que el servidor público estaría exento de responsabilidad disciplinaria, cuando actúe con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria debe precisarse, para que se configure la mencionada causal ésta debe ser insuperable, lo cual se encuentra probatoriamente desvirtuado en el caso bajo estudio, como quiera, que mediante correo electrónico de 21 de diciembre de 2020, el Director de Gestión Jurídica (E) de la DIAN, informó de las capacitaciones sobre el contenido de la Ley 1819 de 2016 y comunicó el Memorando No. 000032 de 6 de febrero de 2017, que definió la competencia de las dependencias de la Entidad, el cual se socializó el 16 de febrero de 2017, a los correos de los directorios de la Entidad, a los Jefes de Gestión Jurídica, Direcciones Seccionales, y Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos, incluidas las Direcciones Seccionales de Impuestos y Aduanas de Maicao y Riohacha⁴¹. Por tal motivo, el investigado no puede alegar falta de capacitación que lo llevara a un error invencible al respecto o desconocimiento de la norma, ya que el memorando referido al tema de las cuantías fue socializado a los directores Seccionales de la DIAN.

Recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor WILLIAM RODOLFO TERÁN AGUIAR.

El defensor del disciplinado argumentó que este actuó de buena fe, sin embargo la segunda instancia considero probado que el citado funcionario, desplegó una competencia que no le estaba asignada, pues la competencia funcional para proyectar los recursos de reconsideración le imponía verificar las normas legales e internas, las cuales en este caso por la cuantía recaían en otra dependencia de la DIAN.

Se dijo que esa buena fe, no exime de responsabilidad al servidor que al asumir un cargo, está en la obligación de conocer mínimamente, las normas que regulan las actividades para el desempeño de sus funciones; que no se puede perder de vista que el principio de la buena fe, no se aplica por el sólo hecho de que un servidor actúe sin la intención de causar un daño, puesto que para que se considere que una persona actuó de buena fe, se debe demostrar en su comportamiento un mínimo de cuidado a fin de evitar ese daño.

frente a la causal de exclusión alegada por la defensa contenida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, consistente en haber obrado con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, estableció la segunda instancia que no se configura ya que para que esta se acredite debe haber error en el conocimiento, lo cual claramente no se evidenció en los hechos. Considero el Despacho que el accionar del disciplinado no puede atribuirse a una falta de capacitación como lo afirma el recurso de apelación, sino que su comportamiento debe adecuarse a lo que le dicta el mandato asumido como funcionario público, pese a que el funcionario dio cumplimiento a su función, elaborando el proyecto de la Resolución 000337 de 2017, su actuar lo realizó sin el debido cuidado al no tener en cuenta la normatividad vigente y los procedimientos establecidos para establecer la competencia por factor cuantía dada por la sanción impuesta en la resolución objeto de recurso; sumado a ello, es deber de todos los servidores públicos actualizar su conocimiento para el cumplimiento de sus funciones, razón por la cual el disciplinado podía eliminar alguna duda presentada en el trámite.

Por otro lado, la defensa del disciplinado, solicitó igualmente al Despacho, tener en cuenta el numeral 1 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, que contempla que está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta por fuerza mayor o caso fortuito, argumentando que para el momento de los hechos se encontraba en incapacidad médica la cual fue suspendida por el Director de la Seccional, a lo cual la segunda instancia reitero los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito los cuales no se encontraron presentes en el actuar del disciplinado ya que no se advirtió la presencia de un evento que pudiera ser considerado caso fortuito o fuerza mayor, pues el estado médico del disciplinado, no se trata de una causa extraña y externa a la conducta endilgada, tampoco es ajeno ni exterior a la actividad que causó el daño, pues la conducta recaía sobre el ejercicio intelectual adquirido por la formación profesional del disciplinado.

El hecho tampoco resulta ser irresistible, por cuanto no es inevitable, toda vez que la no aplicación de la norma al caso en concreto podía evitarse, realizando varias acciones entre ellas la mera consulta a su superior o a las diferentes dependencias de la DIAN para poder adoptar las medidas que en derecho correspondían y que redujeran el riesgo de la ocurrencia de la conducta. Por lo anterior, no está llamada a prosperar la causal de eximente de responsabilidad alegada por el defensor del disciplinado respecto a la fuerza mayor o el caso fortuito.

Otro argumento defensivo se soportó indicando que la primera instancia, no tuvo en cuenta el fallo de la Contraloría en el cual se indicaba que no había detrimento patrimonial, argumento que tampoco apoyo la segunda instancia al indicar que el control fiscal es una función pública que tiene como propósito la vigilancia sobre los recursos o bienes de naturaleza pública, la responsabilidad fiscal es la atribución jurídica que recae sobre un servidor público o particular, por la acción u omisión en el ejercicio de la gestión fiscal que le ha sido asignada, generando un daño al patrimonio público.

Se hizo énfasis en la distinción entre el proceso fiscal y el proceso disciplinario, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos tutelados y los fines son diferentes, señalando que habrá lugar al proceso de responsabilidad fiscal cuando se demuestre la existencia el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado, y al proceso disciplinario cuando se observe la incursión en falta disciplinaria conforme al artículo 23 de la Ley 734 de 2002.

También trae la defensa del investigado, en el recurso de alzada la configuración de la causal contenida en el numeral 3 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, que establece como eximente de responsabilidad disciplinaria cuando el servidor público actúa “En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”, no dio paso a la misma, porque considero que el disciplinado en cumplimiento cabal de sus funciones, tenía el deber de realizar un estudio de las normas legales e internas de la DIAN aplicables al caso en concreto de la sanción impuesta mediante acto administrativo.

6. RESUELVE - 2º INSTANCIA

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

PRIMERO. NEGAR la nulidad propuesta por el defensor del disciplinado ORLANDO JAVIER VILORIA HERNÁNDEZ, de conformidad con la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO. CONFIRMAR el fallo sancionatorio No. 17317-00007 de 2 de julio de 2019, en su integridad, proferido contra el disciplinado ORLANDO JAVIER VILORIA HERNÁNDEZ, de conformidad con la parte motiva del presente fallo.

