

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

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-01-2014-150
- PONENTE:	Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.
- INVESTIGADOS:	C.J.R.V – G.A.S.C
- CARGO:	Gestor I Código 301 Grado 01 y Gestor II Código 302 Grado 02.
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Medellín
- TEMA:	Omisión del deber relativo a cumplir y hacer cumplir los deberes contenidos, entre otros, en los manuales de funciones.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

Los hechos que fueron materia de esta actuación disciplinaria tuvieron acaecimiento en la división de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín, en donde se tuvo conocimiento que la empresa contribuyente **S.M.SAS** presentó solicitudes de devolución y/o compensación de diversos períodos correspondientes a los años 2009 y al primer periodo del año 2010; solicitudes que fueron tramitadas por la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Sincelejo mediante los expedientes DI XXX, DI XXX, DI XX y DI XXX. En igual sentido, el contribuyente **M.A.C.SAS** formuló requerimiento para la devolución y/o compensación, dando origen a los expedientes DI XXX y el DI XXX.

Tramitados los anteriores requerimientos y por tratarse de solicitudes amparadas con garantía, ambas actuaciones culminaron con la expedición de las resoluciones por las cuales la administración ordenó las devoluciones de los recursos a dichos contribuyentes.

Posteriormente en desarrollo del “**programa de post devoluciones**” ordenado dentro de uno de los expedientes radicados, correspondiente al contribuyente **M.A.C.SAS**, la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN de Sincelejo, se percató de que no era competente para conocer las solicitudes de devolución y/o compensación, habida cuenta que las declaraciones de impuestos habían sido presentadas por los contribuyentes ante la Dirección Seccional de Medellín, siendo además ese su domicilio legal, por lo cual ordenó remitir los expedientes a dicha seccional, decisión tomada mediante oficio del 16 de marzo de 2011 dirigido a la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín para que se analizaran los casos y determinaran si continuaban con la investigación de fiscalización.

Reseña procesal

- a. La actuación desarrollada tuvo inicio por el informe presentado por la abogada instructora del proceso disciplinario de la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en el que indico la posible existencia de irregularidades con trascendencia disciplinaria en la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín, por la inactividad en unos expedientes de devoluciones solicitadas por el contribuyente **S.M.SAS**, que les fuera remitido desde la administración de impuestos con sede en Sincelejo.
- b. Con base en esta información, se ordenó adelantar la correspondiente actuación disciplinaria mediante la formulación de auto de indagación preliminar expedido el 10 de julio de 2014.
- c. Agotada la fase, se inició investigación disciplinaria en donde se procedió a vincular al Jefe de la División de Gestión Fiscalización de la DIAN de Medellín para la época de los hechos **C.J.R.V** y al Jefe del GIT de Auditoria de la época **G.A.S.C**, decisión que fue notificada personalmente a dichos servidores públicos en enero de 2015.
- d. El 29 de diciembre de 2016, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias dispuso la acumulación del expediente radicado bajo el numero XXX a esta actuación disciplinaria. Esta determinación se produjo en razón a que, en el expediente acumulado, también habían sido vinculados los servidores públicos **C.J.R.V** y **G.A.S.C**, por hechos "similares" relacionados con devoluciones autorizadas al contribuyente **M.A.C.SAS** por parte de la Dirección Seccional de Sincelejo y cuyo expediente fue remitido a la Seccional en Medellín.
- e. El 27 de abril de 2017 mediante auto la subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC ordenó el cierre de la etapa de investigación disciplinaria. Luego, el 17 de noviembre de 2017, la Subdirección de Investigaciones formuló pliego de cargos a los servidores públicos **C.J.R.V** y **G.A.S.C**, por la presunta comisión de la falta disciplinaria descrita en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002, la cual fue calificada como grave culposa, con motivo de una presunta omisión del deber específico ordenado en el Manual de Funciones.
- f. El 27 de abril de 2018, mediante auto fue ordenado el traslado para alegatos de conclusión, luego de lo cual y habiendo sido debidamente notificado y presentados los respectivos alegatos por parte de la defensa de los disciplinados, el expediente ingresó al Despacho para la expedición del fallo definitivo. El 12 de septiembre de 2018, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias profirió fallo de primera instancia, por medio del cual declaró disciplinariamente responsable a los funcionarios por la comisión de la falta disciplinaria grave culposa consistente en el incumplimiento del deber consagrado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 73 de 2002 como lo consigna el pliego de cargos expedido el 17 de noviembre de 2017, sancionándolos con suspensión en el ejercicio del cargo por el termino de 2 meses.
- g. El 5 de octubre de 2018, la apoderada de confianza de los servidores públicos, conforme a las exigencias legales, interpuso recurso de apelación, el cual fue concebido mediante auto el 1 de noviembre de 2018.

(...)

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA – SUSTENTACIÓN DEL RECUSO – CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Frente a la competencia de la ITRC, el código Disciplinario Único, establece que el fallo sancionatorio procede cuando dentro de la actuación disciplinaria exista prueba que conduzca a la certeza de la falta y de la responsabilidad del disciplinado; entendida la certeza, como el valor epistemológico o

conocimiento particular que excluye la duda razonable, a lo que se llega mediante el proceso racional de valoración del material probatorio, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica.

Según el cargo formulado al disciplinado el 12 de septiembre de 2018, se planteó que:

"(...) de lo expuesto, se formulará auto de pliego de cargos en contra del servidor público **C.J.R.V.**, en condición de Gestor I Código 301 Grado 01, ubicado en la seccional de impuesto de Medellín, en funciones como jefe de la División de Gestión de Fiscalización y Dirección Seccional Encargado, entre los meses de abril de 2011 a enero de 2013, como presunto autor de falta grave culposa por incurrir en conducta generadora de infracción disciplinaria al tenor del artículo 23 de la Ley 734 de 2002 con **ocasión a la omisión del deber relativo a cumplir y hacer cumplir los deberes contenidos, entre otros, en los manuales de funciones**, frente a la ausencia de actuaciones en los casos de los contribuyentes **S.M.SAS** y **M.A.SAS**, inactividad durante la cual perdieron vigencia las pólizas de garantía que respaldaron las solicitudes de devolución y/o compensación autorizadas en cuantía de XXX y XXX, respectivamente, desaprovechando la administración cualquier posibilidad de recuperar los recursos (...). Del mismo modo, formular auto de pliego de cargos en contra el servidor público **G.A.S.C.**, en su condición de Gestor II Código 302 Grado 02, ubicado en la dirección seccional de Impuestos de Medellín, en funciones como jefe del Grupo interno de Trabajo Auditoría Tributaria I, quien presuntamente incurrió en conducta generadora de infracción disciplinaria al tenor del artículo 23 de la Ley 734 de 2002, **con ocasión a la omisión del deber relativo a cumplir los deberes contenidos , entre otros, en los manuales de funciones**, frente a la ausencia de actuaciones en los casos de los contribuyentes **S.M.SAS** y **M.A.SAS** desaprovechando la posibilidad ya mencionada (...)"

Observa este despacho que el comportamiento atribuido a los disciplinados fue tipificado, en cuanto se determinó que con el comportamiento pudieron haber quebrantado el régimen de deberes y obligaciones propios de los servidores y los manuales de funciones de sus respectivos cargos. La falta atribuida fue calificada por el a quo como grave a título de culpa, porque presuntamente si obró con violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, en lo que tiene que ver con las funciones a su cargo.

Para resolver el recurso interpuesto el despacho hace las siguientes consideraciones:

Naturaleza de las causales de nulidad propuestas en el recurso de apelación irregularidades de tipo sustancial que afectan el debido proceso.

Fueron dos los argumentos que sustentaron la petición de nulidad en el recurso de apelación frente al fallo de primera instancia, **i)** la primera relacionada con la falta de competencia de la Agencia ITRC para proferir el fallo, lo cual generaría nulidad por la consolidación de la causal 1 del artículo 143 del Código Disciplinario Único, es decir "la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo". Habida cuenta que, para el recurrente no se evidencia sustento jurídico alguno que establezca la competencia residual a la que hizo referencia el operador de primer grado para conocer y expedir el fallo objeto de impugnación, **ii)** la segunda se refiere a la existencia de incongruencias entre el sustento jurídico que operó como fundamento para la imputación en el pliego de cargos, frente a aquel que estructuró el fallo definitivo.

i. De la nulidad por ausencia de competencia

Con la expedición del auto de pliego de cargos, manifestó ser competente para el conocimiento de los hechos con base en lo regulado por el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 985 de 2012, la cual determina que “por medio del cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia del inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones parafiscales ITRC”, señaló como factor de competencia para la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias el de: “(...) sin perjuicio del poder referente del Procurador General de la Nación, asumir mediante decisión motivada, la competencia de la oficina de Control Disciplinario Interno de las entidades de que trata el artículo 2 del presente decreto, por otras conductas y faltas que atenten contra la integridad de la administración de tributos, aduanas, control del régimen cambiario de importaciones y exportaciones a cargo de la DIAN, contribuciones parafiscales a cargo de la UGPP y rentas de la nación a cargo de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, cuando resulte necesario para la defensa de los recursos públicos (...)”.

Para esta instancia, no existe elemento que deslegitime la competencia residual con el fin de proteger el patrimonio público asumida por la subdirección de investigaciones Disciplinarias para el conocimiento de la presente actuación disciplinaria y más aún para la formulación del fallo definitivo; este planteamiento del a quo se sustenta en que la normatividad que diera origen a la creación de la Agencia ITRC, el Decreto 4173 de 2011, se estableció con el fin de proteger el patrimonio público. Queda claro, que el argumento que se refiere a la competencia al que recurriera el fallador de primer grado para considerar que era competente para la expedición del fallo disciplinario proviene de un componente legal diáfano, en la medida que, en el caso particular, se encontraban involucrados los recursos de las devoluciones autorizadas por la administración de impuestos pudieron haber constituido un detrimento para los recursos del Estado.

Así las cosas, siendo el control disciplinario un medio que el legislador consideró procedente para la preservación y defensa de los mismos, este despacho no advierte la existencia de la causal de nulidad deprecada en el recurso de apelación en lo que respecta a falta de competencia de la Agencia ITRC.

ii. De la nulidad por incongruencias entre el pliego de cargos y el fallo.

El apelante planteó la existencia de incongruencias entre el fundamento que diera sustento al pliego de cargos respecto de aquel que constituyera la base del fallo de primera instancia, en efecto indicó que, mientras en el pliego de cargos se cuestionó a los disciplinados el no haber adelantado gestiones para hacer afectivas las pólizas que ampararon las solicitudes de devolución y/o compensación elevadas por los contribuyentes, en el fallo sustentó que la falta se produjo por no haber adelantado gestiones para continuar con el proceso de fiscalización.

Se debe considerar que los cargos no solamente comprenden el aspecto fáctico, sino también el jurídico y fueron edificados en normas legales preexistentes para el momento de los acontecimientos, bajo el presupuesto de la existencia de hechos irregulares, discriminándose en consecuencia, lo que para ese momento consideraba el operador jurídico disciplinado de primera instancia eran faltas de naturaleza grave, entre ellas la presunta vulneración del régimen de deberes de los servidores públicos.

(...)

Considera esta instancia que el argumento en torno a la incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo va aparejado, más allá de la nulidad deprecada, a un debate jurídico de fondo, toda vez que cuestiona el análisis que llevó el a quo a determinar la certeza de los requisitos sustanciales exigidos por el legislador para proferir el fallo sancionatorio, es decir, la demostración objetiva sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad de los imputados en la misma, por lo que será este el aspecto o eje central del análisis en segunda instancia, razón por la cual esta dirección desatenderá la solicitud de nulidad impetrada.

Consideraciones de fondo:

Sólo se podrá proferir fallo sancionatorio cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

(...)

De conformidad con el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, se erige como falta disciplinaria "(...) la inclusión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes (...)", por lo que constituye tal la inobservancia de los deberes contenidos en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, es decir "cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en (...), los manuales de funciones (...)"; siendo esta la imputación por la cual se impuso sanción a **C.J.R.V** y **G.A.S.C**.

(...)

El problema de fondo se centra en establecer si la conducta desplegada por **C.J.R.V** y **G.A.S.C** fue desconocedora del deber impuesto. El hecho que fuera objeto de investigación y la posterior imposición de sanción se centra en que entre el 5 de enero y el 16 de marzo de 2011, fueron trasladados a la dirección seccional de impuestos de Medellín, sin que se adelantara de parte de la seccional de Medellín impulso procesal alguno, lo cual tuvo como resultado, según el fallo de primera instancia, que operara la preclusión de vigencia de las pólizas de garantía.

El concepto de violación referido en el fallo objeto de cuestionamiento, se basó en el incumplimiento de deberes asignados a los disciplinados, al haber el adelantamiento de ciertas actividades tales como: "(...) una vez recibimos los procesos, en la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín, más concretamente en la División de Gestión de Fiscalización, no existe evidencia de haberse agotado alguna actividad, bien para asumir las actuaciones, regresarlas al despacho remitente o procurara la nulidad de sus actos por vía de la jurisdicción contencioso administrativa (...)". Es entonces que, a partir de esta fundamentación resulta procedente entrar a verificar la incidencia que, para el análisis disciplinario de los hechos con la falta de competencia de la Dirección Seccional de Sincelejo para dictar los actos administrativos de devolución, aspecto este que fue fundamental para la generación de la problemática surgida.

La falta de competencia de la Seccional de Sincelejo para proferir los actos administrativos de devolución solicitados por los contribuyentes **S.M.SAS** y **M.A.C.SAS** por concepto de IVA, circunstancia sobre la cual se debe discernir. En efecto, la competencia que puede ser definida como la jurisdicción que se tiene por autoridad de la ley para conocer de un determinado asunto, es de orden público y sólo puede ser fijada por el legislador. Para ello, estableció, al momento del reglamentar un asunto bien sea de índole constitucional, sustancial o procesal, los factores que la determinan, así como las autoridades encargadas y las consecuencias de omitir sus reglas, la

inobservancia de este elemento genera también la inobservancia del principio fundamental del debido proceso y es causal de la generación de una nulidad.

En el procedimiento administrativo que regula el trámite de devoluciones y/o compensaciones la competencia para expedir los actos administrativos que las ordenan, se encuentra definido por el factor territorial, al establecer la legislación que tal atribución corresponde adelantarla a la administración de impuestos donde se presentó la declaración inicial.

Para la época de los hechos, en el marco normativo regulatorio del proceso de devolución, era el Decreto 1000 de 1997, el cual establecía en el inciso segundo del artículo 4, que los contribuyentes o responsables "(...) deberán formular la solicitud ante la administración de Impuestos y Aduanas Nacionales donde se hubiere presentado la respectiva declaración tributaria utilizando el formato establecido por la dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (...)", por lo tanto, no cabe ninguna duda sobre la naturaleza del factor que define la competencia de la autoridad administrativa tributaria para recibir y decidir sobre las solicitudes de devolución.

En el caso específico, resulta entonces claro que no existe mayor controversia, toda vez que además de la contundencia de la normativa, la propia División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo reconoció en el Oficio externo, que en el caso en particular el trámite administrativo de las solicitudes de la devolución y/o compensación requeridos por las empresas contribuyentes, fue adelantado sin competencia, toda vez que fue presentada dicha solicitud en Medellín.

(...)

Ahora bien, en el escenario tributario, el factor de competencia territorial y funcional no solo es determinante para indicar que seccional es la responsable de devolver los saldos, sino también le corresponde adelantar las acciones de fiscalización posterior al reintegro de los impuestos son saldo positivo al contribuyente, por cuanto si la devolución corresponde a la seccional ante la cual se ha presentado la declaración inicial que genera el saldo a favor, la fiscalización también le corresponde a ésta, siempre y cuando haya sido la responsable de la emisión de los actos administrativos de reintegro al contribuyente, como se desprende de los conceptos allegados al proceso, en especial al concepto de la DIAN de 31 de Julio 1997.

Habiendo verificado este aspecto, resulta necesario proceder ahora con el análisis de la situación jurídica de los servidores públicos sancionados, donde el aspecto de la tipicidad resulta fundamental en el caso en concreto, toda vez, que se debe demostrar de forma contundente y certera el que la conducta o conductas que fueron sancionadas, encuentran correspondencia con la falta disciplinaria objeto de la imputación. Corresponde establecer si los disciplinados **C.J.R.V** y **G.A.S.C**, con base en los roles que les otorgaba su condición, tenían el deber de adelantar alguna actuación administrativa en procura de la recuperación de recursos, respecto de las solicitudes que en su momento fueron tramitadas por las sociedades **S.M.SAS** y **M.A.SAS**, ante la DIAN con sede en Sincelejo.

(...)

La posición jurídica traída por el operador de primer grado fue la siguiente: Manual de funciones de Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín: "(...) garantizar la aplicación de los procesos, procedimientos, manuales y demás

instructivos que garanticen el cumplimiento de las funciones de la dependencia a su cargo, de acuerdo con las directrices señaladas por las respectivas dependencias del Nivel Central y la Administración correspondiente. El a quo complementó la proposición con las funciones que asumiera el mismo disciplinado, cuando fue designado temporalmente como Director Seccional entre el 2 de mayo de 2011 al 8 de julio de 2011, fechas inmersas dentro del periodo en el que fueron recibidos los expedientes administrativos desde Sincelejo. Las funciones incorporadas según el anterior manual mencionado son:

"(...) 13. Prevenir, reprimir, investigar y sancionar las infracciones a la legislación tributaria, aduanera y cambiaria en su territorio, conforme a las normas vigentes.

(...)

15. adelantar las acciones encaminadas a prevenir, reprimir, investigar y sancionar, las infracciones a la legislación Tributaria, Aduanera y Cambiaria en su territorio (...)"

Basado en este planteamiento, el a quo concluyó que el disciplinado **C.J.R.V**, no obstante haber recibido los expedientes de devoluciones, en cumplimiento al traslado ordenado desde la Seccional del Sincelejo, no procuró adelantar alguna actividad tendiente a investigar los hechos, o a determinar impuestos a través de la aplicación de otro programa o el reenvío a Sincelejo para que se adoptaran alternativas como la de procurar la nulidad de los actos de devolución, con la cual se habría adelantado alguna gestión para la recuperación de los recursos a través de las pólizas que fueron constituidas para garantizar las solicitudes de devoluciones y/o compensación.

En lo que atañe a **G.A.S.C**, el fallador de primer grado efectuó similar consideración, pero adecuando las funciones del servidor público, con base en los roles que le correspondían como Jefe de Grupo Interno de Trabajo de Auditoría Tributaria I, es decir según el manual:

"(...)2. Promover bajo la dirección del Jefe de la División, la corrección voluntaria de los contribuyentes, responsables, agentes retenedores y declarantes en general dentro de los diferentes programas de fiscalización que sean de su competencia.

(...) 5. Adelantar las investigaciones según programas de fondo y las relacionadas con denuncias presentadas por los particulares, para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, proponer las sanciones y determinar el gravamen respectivo, incluyendo las acciones necesarias para diligencias de registro.

(...)7. Proferir emplazamientos para declarar, emplazamientos para corregir, requerimientos ordinarios de información, autos verificación o cruce, autos de apertura, autos declarativos, autos de traslado de pruebas, (...) y además actos preparatorios de la determinación de las obligaciones tributarias en relación con las investigaciones que estén a su cargo y de las funciones propias de la División (...)"

Las funciones que como área fueron asignadas a la División de Fiscalización incluyen el adelantamiento de las investigaciones para el cumplimiento de las obligaciones y de las acciones de penalización tributarias, la formulación de pliego de cargos, requerimientos, emplazamientos, etc; en tanto, que las funciones del Jefe de dicha área incluye la prevención, represión e investigación de las infracciones tributarias y de las acciones correspondientes para la prevención, represión e investigación.

(...)

Por consiguiente, es factible advertir que el ejercicio de adecuación deberá circunscribirse al contenido específico del manual de funciones cuyo deber de cumplimiento se encuentra asignado a cada funcionario disciplinado, de conformidad con el rol correspondiente.

(...)

La omisión en el cumplimiento de los deberes se enlazó por parte del operador disciplinario de la primera instancia bien porque hubo una inactividad que trajo como consecuencia el que no se hicieran efectivas las garantías constituidas y no se pretendiera recuperar los recursos objeto de devolución y/o compensación, tal y como fuera señalado en el pliego de cargos, o bien, por cuanto no se adelantaron gestiones a través de programas alternos para la fiscalización, como fuera plasmado en el fallo definitivo, lo que condujo a que se perdiera la oportunidad de hacer exigibles las garantías constituidas ante las aseguradoras.

(...)

El problema jurídico que subyace se relaciona más con la solidez del proceso hermenéutico efectuado por el a quo, en el ejercicio de adecuación típica, es decir, si la conducta endilgada a los disciplinados se subsumió de forma inequívoca en el tipo disciplinario por el cual se profirió sanción. En consideración a que la tipología disciplinaria, se caracteriza por corresponder a descripciones generales y abiertas que deben hallar relación lógica con las normas de cierre, ha de establecerse si en el caso específico, el cumplimiento de los deberes contenidos en manuales de funciones de los disciplinados fue omitido en razón a la inactividad que según el a quo, afectó los expedientes administrativos, luego de su arribo a la Seccional de Impuestos de Medellín.

Valga señalar que la prueba documental ha demostrado que los expedientes fueron remitidos físicamente a la Seccional de Impuestos de Medellín, mediante dos envíos efectuados por la dirección Seccional de Sincelajo. Por lo tanto, es a partir de las fechas en que fueron enviados (16 de marzo y el 19 de abril de 2011) donde se iniciará la conducta omisiva que les fuera imputada a los disciplinados. Se encuentra comprobado que, al momento de la remisión, los expedientes ya habían surtido tramites que, independientemente de la competencia para su adelantamiento, constituyeron unas decisiones por parte de la División de Gestión de Recaudo de la Seccional Sincelajo que se materializaron en actos administrativos por los cuales ordenó la devolución de unos recursos.

Durante la investigación se adelantó una inspección administrativa que comprobó en lo concerniente a las solicitudes presentadas por **S.M.SAS** se encontraron cuatro expedientes correspondientes a diferentes periodos de los años 2009 y 2010 donde se ordenaba compensar o devolver determinadas cantidades de dinero. En los tres primeros se hicieron bajo el programa post devoluciones, en cambio el último, la decisión de devolución fue ordenada mediante fallo de tutela expedido por el juzgado primero penal de circuito de Sincelajo, el cual fue revocado posteriormente por el tribunal superior de Sincelajo y no se vislumbra que se hubiese iniciado programa de post devoluciones.

En el caso del contribuyente **M.A.SAS**, igual obtuvo de la División de Gestión de recaudo de la dirección de Sincelajo la devolución de XXX cantidad, conforme a resolución expedida dentro del expediente DI XXX. El periodo solicitado correspondió al 2009.

Un aspecto por destacar se relaciona con el hecho de que en este último caso en particular y en desarrollo del programa post devoluciones, la seccional de Sincelejo se percató sobre la falta de competencia de su parte, siendo esta la circunstancia que determinó la decisión de formular los actos de archivo y ordenar la remisión de los expedientes a la Sección Medellín en el estado en que se encontraban; decisión que afectó a este expediente en particular, así como a los adelantados. Ahora, teniendo en cuenta que estas fueron las circunstancias que precedieron la conducta que se imputara a los disciplinados, resta por verificar si una vez recibidos los expedientes, les correspondía la obligación de adelantar alguna gestión, en consideración a las particularidades condiciones en que fueron recibidos los expedientes.

Llegando este punto, se evidencia que los trámites de pre-devoluciones, post devoluciones y el cobro de garantías, están sujetos a procedimientos, plazos y condiciones en cuya observancia y cumplimiento participan las de liquidaciones y recaudo. Este ejercicio a su vez se encuentra regalado por diferentes disposiciones que incluyen normas externas e internas que conforman un conjunto que determina la actividad funcional de los servidores que tienen a su cargo gestionar las tareas relacionadas con estos aspectos. Así las cosas, se ha de establecer si en el caso en concreto la omisión que se les endilgó y que fue objeto de pronunciamiento en el fallo, era susceptible de cumplimiento de su parte en virtud de las particularidades de la situación. Este despacho advierte que el fallador de primera instancia efectuó un juicio de responsabilidad sin analizar las particularidades propias del caso bajo estudio, como quiera que debió tener en cuenta las especiales circunstancias con las que venía el proceso desde la Seccional de Sincelejo.

Un primer aspecto normativo lo convoca el Estatuto Tributario, en su artículo 860, estableció las condiciones en las cuales resulta procedente el reclamo de las garantías por parte de la administración, tratándose de devoluciones que habían sido objeto de dicho respaldo, como en el caso en particular, al establecer que: “la garantía de que trata este artículo tendrá vigencia de 2 años. Si dentro de este lapso, la administración tributaria notifica el requerimiento especial o el contribuyente corrige la declaración, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de las acciones por improcedencia de la devolución (...)”

Esta regulación constituye parte de la fuente normativa que permite establecer el procedimiento que fija el derrotero para que la administración proceda a recuperar los recursos públicos en caso de la improcedencia de la devolución, habida cuenta que determina además del periodo de vigilancia de las garantías, el inicio formal del proceso de fiscalización mediante la expedición de un acto administrativo, como lo es el requerimiento especial.

En lo que respecta a **C.J.R.V**, en su condición de Jefe, se le endilgó el no haber garantizado la “(...) aplicación de los procesos, procedimientos, manuales y demás instructivos que garanticen el cumplimiento de las funciones de la dependencia a su cargo, de acuerdo con las directrices señaladas por las respectivas dependencias de Nivel Central y la Administración correspondiente (...)”, tal y como lo establece el numeral 11 de du Manual, no obstante, el fallo no tuvo en cuenta las particularidades del caso, frente a la especial situación en el trámite del proceso de fiscalización, al decidir acerca de una petición de devolución y/o compensación por la dirección Seccional de Sincelejo, pese a no tener competencia para ello.

Se advierte, si bien al deber de adelantar el proceso de fiscalización esta a su cargo en la misión funcional señalada de manera genérica en la respectiva disposición, esto no significa que deba haber un apego radical e irradical a esta, al punto de pretender la realización de actuaciones no enmarcadas en la esfera puntual de competencia del funcionamiento, toda vez que estas funciones están diseñadas para ser ejecutadas bajo el procedimiento ordinario de la Entidad y no bajo las circunstancias anormales en las que se presentaron los hechos, consistentes en una devolución otorgada en indebida forma.

En consecuencia, no se tuvo en cuenta particularidades dentro del trámite de Sincelejo, toda vez que se le reprochó a los funcionarios de Medellín negligencia por no haber efectuado actuaciones tendientes a la recuperación de recursos por intermedio del cobro de las garantías, cuando los actos se encontraban viciados de nulidad, por falta de competencia. En cambio, realizó un análisis general y somero de la conducta reprochada frente al deber que se asevera omitido.

Una situación, similar acaece respecto de los deberes establecidos en los numerales 13 y 15 del manual, donde la omisión fue endilgada a **C.J.R.V** durante la época en que fungió el cargo, toda vez que no estableció de forma precisa como dicho servidor público, durante el periodo en el que se le designó como Director, debía adelantar las labores específicas de prevención, represión, investigación e imposición de sanción en torno a la problemática particular presentada con los contribuyentes y si esas actividades estaban respaldadas por el procedimiento ordinario, teniendo en cuenta la irregularidad puntual generada por la actividad de la seccional de Sincelejo. Lo que no se encontró probado dentro del expediente fue la procedencia o no de las devoluciones hechas por la dirección sección de Sincelejo a los contribuyentes, autorizadas en cuantías de XXX y XXX, para entender la afirmación del a quo en el sentido que con la inactividad de los disciplinado la administración perdió la eventual posibilidad de recuperar las devoluciones autorizadas.

En lo que atañe al caso específico de **G.A.S.C**, se observa que el cargo por el cual fue finalmente sancionado por la inobservancia de los deberes contenidos en los numerales 2,5,7. El numeral 2 hace referencia al deber, del Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Auditoria Tributaria I de la División de Gestión de Fiscalización, deber que en el fallo se consideró omitido por la inactividad que se le endilga desde el momento en el cual fueron recibidos los expedientes.

Sobre este punto, advierte esta instancia, que el deber acá referenciado, se enmarca en un contexto funcional claramente definido, como lo es el que el programa de fiscalización debe ser ejecutado por el servidor, en este caso el Jefe, dentro de la órbita de su competencia. En el caso particular, se registró el accionar del disciplinado debido a la situación irregular presentada con la decisión de Sincelejo al emitir un acto administrativo sin competencia, para luego trasladar la actuación a Medellín, por cuanto aquel recibió un trámite afectado en principio por nulidad, en razón a que la competencia privativa recaía en la seccional donde se había presentado la declaración inicial, es decir, la seccional de Medellín para los dos contribuyentes, situación que era de total conocimiento de la Seccional de Sincelejo.

Ahora, independiente de la competencia, es un hecho que Sincelejo expidió los actos otorgando la devolución e inició proceso de determinación tributaria en sede de post-devoluciones sin haberlo

agotado o sin haber definido ante la irregularidad, causal que posiblemente le hubiese permitido acudir a la revocatoria directa, o en su defecto la acción de nulidad contra sus propios actos irregulares. Sobre este punto, si se realiza un análisis en sede de culpabilidad, se evidencia que se debe establecer la existencia de un juicio de reproche, es decir, la posibilidad de exigir un comportamiento diferente a los disciplinados teniendo en cuenta que, en este único y particular caso, se presentó una circunstancia anómala que evidencia la responsabilidad de la Dirección de Sincelejo al proferir los actos sin competencia y no realizar las actividades necesarias para eliminar su error.

Así las cosas, lo que a esta instancia le resulta posible vislumbrar conforme a los hechos y al marco normativo analizado, es que el margen de acción o el cumplimiento de la competencia funcional de los disciplinados frente a problemática del caso era restringido, e incluso, de improbable identificación, por lo que no resulta claro dilucidar cómo se fraguó la inobservancia de los deberes que les fueron endilgados, menos cuando se advierte que jurídicamente no tenían la competencia para enderezar o minimizar de alguna forma las falencias con las cuales fueron proferidos los actos administrativos en los que fueron ordenadas las devoluciones, por parte de la Seccional de Sincelejo. Se encuentra en entredicho en virtud de la compleja situación jurídica en que recibieron los expedientes. Además, observa que el hecho indicado en el fallo por el a quo referente a la no devolución o remisión del expediente, no fue objeto de formulación en el pliego de cargos. De este modo, ello no constituyó un deber que formara parte de la imputación, como para que pudiese ser objeto de cuestionamiento a los disciplinados.

Con base en lo anterior, tal señalamiento al no encuadrarse dentro de los deberes cuyo incumplimiento se adjudicó a los disciplinados, por virtud del artículo 34, numeral 1 y de la remisión a los manuales de funciones, no puede ser objeto de cuestionamiento, razón por la cual a esta instancia no le corresponde profundizar al respecto.

En conclusión, el incumplimiento que les fuera imputado a los disciplinados, tanto en el pliego de cargos como en el fallo definitivo, no se consolidó en grado de certeza desde la perspectiva disciplinaria, por cuanto se observa, de la situación fáctica, que los actos administrativos a los que se les debía efectuar gestión de fiscalización fueron proferidos por quien no era competente, siendo la competencia privativa y absoluta de la seccional de Medellín. Por tanto, no era exigible proseguir con la gestión. Esta conclusión genera, de acuerdo con la particular situación fáctica, que se impida adjudicar con certeza a los disciplinados la comisión de falta disciplinaria por el incumplimiento de unos deberes específicamente descritos en sus respectivos manuales de funciones, generando como directa consecuencia el que se desdibuje la imputación por la cual fueron llamados a juicio disciplinario.

(...)

Para esta instancia, no ha sido comprobada la existencia cierta e indefectible de la falta disciplinaria por la cual fueron objeto de sanción, por lo que la decisión ha de ser la de revocar el fallo de impugnación y como consecuencia absolver a los disciplinados de los cargos a ellos imputados.

(...)

4. RESUELVE - 2° INSTANCIA

PRIMERO: RECHAZAR la petición de nulidad por falta de competencia que solicitó la defensa, en razón a los argumentos señalados en esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo impugnado y en consecuencia absolver de responsabilidad disciplinaria a los señores **C.J.R.V** y **G.A.S.C**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR a los sujetos procesales de conformidad con las previsiones legales.

CUARTO: contra la presente decisión no procede recurso alguno.