

**Unidad Administrativa Especial Agencia del
Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC**

FUNDAMENTO PARA PROFERIR FALLO ABSOLUTORIO - Ausencia de ilicitud sustancial.

Los aquí disciplinados fueron absueltos toda vez que realizado el análisis probatorio se logró vislumbrar que el cargo endilgado a los disciplinados carecía de tipicidad por cuanto los hechos objeto de investigación obedecen a un error en la interpretación de las normas aduaneras referentes a la importación temporal a largo plazo (leasing)

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 4, 5, 13, 48.1, 55 párrafo 1 y 61 párrafo. Art. 413 CP.

PREVARICATO POR ACCIÓN / TIPICIDAD – atipicidad por tema interpretativo

“Valorados así los medios probatorios, entraremos a hacer un análisis de la conducta en rigor de la TIPICIDAD provisionalmente enmarcada, PREVARICATO POR ACCIÓN - conducta típica descrita en el artículo 413 del C.P, que en su descripción señala, que el servidor público profiera una resolución, manifiestamente contrario a la ley, elemento indispensable que no se configura en los hechos investigados, toda vez que del material probatorio ya analizado, se infiere que todo obedecía a un tema interpretativo, en tanto que para la fecha de los hechos las normas aplicables a la modalidad de importación estudiada, resultaban complejas o poco claras.

Situación que hace que resulte improcedente trasladar tal proceder a una sanción disciplinable, cuando nos hallamos ante decisiones que contienen criterios de interpretación y que son el resultado de inexactitud normativa.”

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 4, 5, 13, 48.1, 55 párrafo 1 y 61 párrafo.

PREVARICATO POR ACCIÓN / TIPICIDAD – atipicidad por controversia jurídica y ausencia de dolo

“Más aún, la conducta enmarcada, como lo ha reiterado la jurisprudencia y bien lo cita la defensa, para el delito de prevaricado por acción, no tiene que ver con el acierto o no de una decisión, toda vez que ante la eventualidad de una discrepancia hermenéutica, no resulta factible en sede disciplinaria su reproche, dado que el acto administrativo tiene presunción de legalidad y su expedición lo fue en cumplimiento de las funciones conferidas a los operadores administrativos... Los aquí funcionarios actuaron en cumplimiento estricto de las funciones a ellos investidas, resoluciones que se fundaron en razones jurídicas y tácticas producto de una interpretación de las normas, con un resultado final, que si bien resultó adverso a los intereses del Estado, se pretendió ajustar a la forma prevista en la ley, y que dada esa adversidad social de lo decidido, fue sometido a la declaratoria de nulidad ante la Autoridad Competente, autoridad que en primera instancia declaró la nulidad del acto de marras, bajo el escenario de un proceso jurisdiccional, de cuyo contenido y alcance se permite inferir que la controversia jurídica era razonable.”

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 4, 5, 13, 48.1, 55 parágrafo 1 y 61 parágrafo.

PREVARICATO POR ACCIÓN / TIPICIDAD – Ausencia de dolo

“si se aborda la presente problemática desde el aspecto subjetivo del tipo,... el prevaricato es un ilícito eminentemente doloso, no obstante, en el caso debatido se aprecia que el reproche del acto administrativo fue fruto de la interpretación, de un criterio jurídico de parte de los aquí disciplinados, esto es, la resolución administrativa bajo estudio fue producto de la desafortunada interpretación normativa.”

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 4, 5, 13, 48.1, 55 parágrafo 1 y 61 parágrafo.

Dependencia:	Subdirección de Investigaciones Disciplinarias
Número de proceso:	1704-01-2012-76
Número y fecha del fallo:	17413-13, del 7/05/2014
Asunto:	Fallo de Primera Instancia - Verbal
Criterio de Selección:	Fallo absolutorio

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Una vez concluida la presente investigación, el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, procede a proferir fallo de primera instancia, conforme a las exigencias del artículo 170 de la Ley 734 de 2002 y de acuerdo a los siguientes planteamientos:

CARGO FORMULADO

Por medio del Auto de fecha 30 de agosto de 2013, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, formuló pliego de cargos a los investigados XXXX y XXXX, bajo los siguientes argumentos fácticos y jurídicos:

CARGO ÚNICO

"Es por lo anterior que los cargos que presuntamente se endilgan están referidos así:

Proyectante: XXXX, en el ejercicio de funciones de sustanciadora Aduanero, proyectó y suscribió, valga decir, profirió la Resolución No. 1642 del 16 de julio de 2009, mediante la cual se revocó en todas sus partes la Resolución 1051 de mayo 05 de 2009 proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas Bogotá, en la cual se había declarado el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo, a la sociedad Cementos Tequendama, en el proceso PT040900043 adelantado en la División de Gestión de Liquidación de

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá. En síntesis, profirió la resolución No. 1642 del 16 de julio de 2009, ostensiblemente contraría a la Ley.

Jefe de división XXXX, en calidad de Jefe de la División Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de XXXX, profirió la Resolución No. 1642 del 16 de julio de 2009, mediante la cual se revocó en todas sus partes la Resolución 1051 de mayo 05 de 2009, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas Bogotá, en la cual se había declarado el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo a la sociedad Cementos Tequendama, en el proceso PT040900043 adelantado en la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá. Por lo cual, profirió la Resolución No. 035-070-2007-01-35-01-3220 del 11 de octubre de 2007, ostensiblemente contraria a la Ley.

En el presente asunto, la falta se manifestó al parecer en una acción, la expedición de una resolución que desconoce los preceptos legales que regulan la figura aduanera allí planteada (Importación Temporal a largo Plazo), acción que se ajustada a los contemplado en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, norma que relaciona las conductas consideradas como gravísimas. Así, el numeral 1 del citado artículo prescribe: "Son faltas gravísimas las siguientes: 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo".

Conducta que exige un ejercicio de adecuación típica penal, con el objeto que por remisión, corresponda a un tipo disciplinario de los considerados gravísimos, por lo cual necesario o es enmarcarlo a la norma penal, de tal suerte que partiremos del tipo penal del artículo 413 que reza:

"Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Ley, incurrirá en prisión..."

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

CASO CONCRETO

En atención a lo ordenado en el Artículo 142 de la Ley 734 de 2002, no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, cuya apreciación debe corresponder a las reglas de la sana crítica, según lo establece el Artículo 141 ídem.

De igual manera, deben reunirse de manera conjunta los requisitos de legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, reglados en los artículos 4, 5 y 13 de la Ley 734 de 2002, los cuales es menester se encuentren debidamente acreditados dentro del sumario, a partir de elementos de prueba legalmente allegados al proceso.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

Bajo los anteriores parámetros normativos, valga recordar el pliego de cargos proferido en contra de los aquí disciplinados, se profirió por encontrarse cumplidos los presupuestos que da cuenta el artículo 163 de la ley 734 de 2002, auto que hizo énfasis en cada uno de tales supuestos; y que a pesar de una cita numérica errada sobre la identificación del acto administrativo reprochado, en todo el contenido del auto de cargos se comprendió la conducta objeto de reproche, haciéndose así claro el cargo, por lo que la incongruencia aludida por la Defensa, no es tal para aseverar que por ello le impidió hacer una efectiva

Conocido es que el pliego de cargos es una pieza procesal en la cual se concretiza táctica y normativamente una imputación de naturaleza provisional, respecto de la ocurrencia probable de una conducta constitutiva de falta disciplinaria, con el fin de que se ofrezcan explicaciones sobre ello y así se señaló en su parte pertinente.

Ahora bien, valga mencionar que el desarrollo de la presente investigación, lo fue en estricto cumplimiento de los principios que rigen la ley disciplinaria (art. 20 CUD), entre otros, el derrotero de buscar la verdad material, propósito que se configuró en el desarrollo probatorio, con la debida imparcialidad a que debe someterse al funcionario a cargo.

En el marco de un Estado social de Derecho se caracteriza por el respeto estricto de las libertades fundamentales de los ciudadanos y de la dignidad que le corresponde a cada individuo por el simple hecho de ser persona, las decisiones jurídicas con efectos concretos y determinados, debe obedecer única y exclusivamente a las pruebas legalmente decretadas y recaudadas, como aquí efectivamente sucedió.

Bajo el anterior matiz, el procedimiento disciplinario debe buscar que la situación jurídica de los investigados dependa de criterios netamente objetivos (pruebas legalmente recaudadas), para lo cual se procede a continuación a exponer su respectiva valoración, atendiendo las reglas de la sana crítica.

Contundente fue la recepción de pruebas, de carácter documental y testimonial arrimadas a la actuación, realizadas en ésta última etapa procesal, las que valga mencionar constituyen el convencimiento de ésta instancia para adoptar la decisión que en derecho corresponde.

Veamos ahora su análisis, de los testimonios recibidos se desprende:

En su mayoría los testigos lo fueron respecto de conocimiento y experiencia en la DIAN, alrededor del tema Aduanero aquí debatido (Régimen de importación temporal a largo plazo leasing), de ellos tenemos: (XXX); todos y cada uno dieron una declaración sobre la aplicación de las normas debatidas, que condujeron al acto aquí cuestionado, obteniéndose de sus exposiciones un criterio objetivo, claro y concordante, logrando contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la verdad procesal.

Es así como podemos concluir a partir de las anteriores exposiciones:

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

1. - Que para la fecha de los hechos, año 2009 existía como normas aplicables, el Decreto 2685 de 1999 art. 153, la Resolución 4240 reglamentaria del Decreto y el artículo 9o del Decreto 4136 de 2004.
2. - Unánimemente aseveraron que las normas alrededor del tema, eran confusas; incluso, para determinar la procedencia de la acción de lesividad se debió conformar un comité en virtud del cual se suscitaron diferentes debates.
3. - Aseveraron que lo anterior conllevó a diversidad de interpretaciones, en razón a la falta de claridad de la norma.
4. ~ Para la fecha de importación (enero de 2004), las normas vigentes lo eran el Decreto 2685 de 1999, y en cuanto al Dto. 4136 de diciembre de 2004, no estaba vigente para el momento de la importación (enero de 2004), por lo que tal norma no se podía referir en la decisión cuestionada.
5. - Para la fecha existía ausencia de claridad en los conceptos de la Subdirección Normativa y Doctrina.

Ahora bien, lo anterior se refuerza aún más con las exposiciones de los testigos que conocieron el debate jurídico integrado para demandar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo quienes fueron unísonos al afirmar que para la época de los hechos existían interpretaciones confusas, particularmente en importaciones temporal a largo plazo leasing, siendo éste un tema complejo por lo que debieron hacer varios debates para analizar la viabilidad de demandar los actos administrativos, en acción de lesividad; concluyendo demás que tales actos administrativos gozan de presunción de legalidad;

Importante lo fue tener presente los extractos de la hoja de vida de XXXX y XXXX, para identificar la calidad de funcionarios públicos y las funciones a su cargo que les facultó para expedir los actos administrativos debatidos.

Así mismo, el contenido de las resoluciones No. 1051 del 5 de mayo de 2009 y la No.1642, del 16 de julio de 2009, presentan interpretaciones de las normas Aduaneras vigentes, hasta el punto que en el segundo acto administrativo, culmina aceptando los planteamientos jurídicos del recurrente, como consecuencia de interpretaciones de las normas vigentes, conllevando la revocatoria del acto inicial.

Para la Jefatura de Grupo Interno de Trabajo de Control de Garantías, constituyó tal malestar las anteriores resoluciones, que mediante documentos dirigido a la Jefatura de División de Liquidación, expresó que con la Resolución No. 1642, dejó sin efectos el incumplimiento de la Importación temporal por no cancelar los tributos causados, afirmando que la mercancía que ingresa al país está obligada por su importador a pagar las obligaciones fiscales durante el tiempo de su permanencia en el territorio nacional y en este evento se fue la mercancía sin cancelar lo adeudado.

Lo anterior condujo a la expedición de varios escritos alusivos a la inconformidad de parte de la jefatura de Control de Garantías, con un pleno desacuerdo en la resolución No. 1642 de julio 16 de 2009, por cuanto en ella no se hizo una debida aplicación de las normas vigentes, esto es, el

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

art. 146 del decreto 2685 de 1999 y la Resolución No. 4240 de 2000 art. 99 inciso 5°, que fijaban correctamente los parámetros del pago de las obligaciones fiscales en el caso en estudio.

Más aún, en la respuesta obtenida para fechas posteriores a los hechos, no existía claridad ni unanimidad de parte de la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina DIAN, sobre las normas vigentes en relación al Régimen de Importación Temporal a largo plazo leasing, sumado a las diferentes reformas y modificaciones que ha sufrido el Régimen Aduanero, tal como a continuación se observa:

Un primer concepto de la División de Gestión Jurídica; de mayo 5 del año 2005: "Con ocasión de la modificación efectuada por el Decreto 4136 de 2004, a los artículos 146 y 150 del Decreto 2685 de 1999, quedó sin vigencia el citado artículo 99 de la Resolución 4240..."

Posteriormente, con oficio de agosto de 2010, se responde a la Dirección Seccional de Aduanas: "...el último inciso del artículo 99 de la Resolución 4240 de 2000, se encuentra vigente, en atención a lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 153 de 1887, toda vez que con él no puede predicarse derogatoria alguna... se puede precisar que el último inciso de artículo 99 de la Resolución 4240 de 2000 se encuentra vigente".

Por virtud a lo anterior, la Dirección Seccional de Aduanas requiere a la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina, aclaración del oficio 033479 del 11 de mayo de 2010, informando que quedó sin vigencia el artículo 99 de la Resolución 4240 de 2000.

Para llegar a la conclusión que el asunto es producto de interpretación jurídica, tomamos como referencia el estudio realizado por la Subdirección de Gestión de Representación Externa Dirección Jurídica, que hace un análisis de las Resoluciones 1051 del 5 de mayo de 2009 y a 1442 de 16 de julio de 2009, para concluir que la primera adolece de falsa motivación y la segunda se encuentra indebidamente fundamentada por cuanto no es cierto que la obligación del importador se haya cumplido a cabalidad. Finaliza enfatizando: "... la interpretación que debe hacerse debe ser sistemática, tal como lo ordena el artículo 30 de código civil, y bajo la interpretación del artículo 157 del Dto. 2685 de 1999 y el artículo 99 de la resolución 4240 de 2000 reglamentaría de la citada debió aplicarse." (Negrilla del Despacho).

En igual sentido recoge el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre la Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Acción de lesividad) instaurada por la DIAN- División de Gestión de Liquidación contra la DIAN División de Gestión de Liquidación, contra la sociedad, de fecha 15 de noviembre del año 2013, mediante el cual se declaró la nulidad de la resolución No 03-241-201-216-656-5000-03-1642, del 16 de julio de 2009 y en consecuencia el restablecimiento del derecho; decisión que realiza un análisis sobre la aplicación de las normas vigentes en la materia, para llegar a concluir que el acto administrativo, la Resolución 1642 de julio 16 de 2004, adolece de falsa motivación, para ello determinó: "...toda vez que no fueron calificados correctamente las actuaciones a la luz de la normatividad aduanera vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos..." (negrillas y subrayado del despacho) Afirmación anterior que nos conduce inexorablemente al campo de la disquisición y aplicación de las normas vigentes.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

Finalmente, el documento allegado respecto de la carga laboral, el oficio No. 0103201- 00131 del 6 de marzo de 2014, relaciona las funciones asignadas a la disciplinada Georgina Hernández, para la fecha de los hechos y su carga laboral, muestran una carga laboral que resulta 'significativa, 2.103 investigaciones, para dicha calenda, entre ellas varias respecto del tema sub examine.

Valorados así los medios probatorios, entraremos a hacer un análisis de la conducta en rigor de la TIPICIDAD provisionalmente enmarcada, PREVARICATO POR ACCIÓN - conducta típica descrita en el artículo 413 del C.P, que en su descripción señala, que el servidor público profiera una resolución, manifiestamente contrario a la ley, elemento indispensable que no se configura en los hechos investigados, toda vez que del material probatorio ya analizado, se infiere que todo obedecía a un tema interpretativo, en tanto que para la fecha de los hechos las normas aplicables a la modalidad de importación estudiada, resultaban complejas o poco claras.

Situación que hace que resulte improcedente trasladar tal proceder a una sanción disciplinable, cuando nos hallamos ante decisiones que contienen criterios de interpretación y que son el resultado de inexactitud normativa.

Más aún, la conducta enmarcada, como lo ha reiterado la jurisprudencia y bien lo cita la defensa, para el delito de prevaricado por acción, no tiene que ver con el acierto o no de una decisión, toda vez que ante la eventualidad de una discrepancia hermenéutica, no resulta factible en sede disciplinaria su reproche, dado que el acto administrativo tiene presunción de legalidad y su expedición lo fue en cumplimiento de las funciones conferidas a los operadores administrativos.

Refuerza aún lo anterior, la siguiente la cita de la Procuraduría General de la Nación, en uno de sus conceptos, cuando acude a la definición de la palabra Prevaricato: " El tratadista Luis Carlos Pérez enseñaba que el término, latino, viene de varicare, con el significado concreto de "andar torcido" por un defecto anatómico, y luego pasó a designar 7a torcedura moral" del funcionario que adopta una resolución a sabiendas de su injusticia, de su contrariedad manifiesta con el orden jurídico vigente. Manifiesto es lo claro, evidente o declarado, con sentidos afines en lo exteriorizado y descubierto, y por todo esto no susceptible de interpretación. Y ninguno de esos dos elementos (un acto administrativo manifiestamente injusto y contrario a la ley) que son los esenciales del prevaricato, se demostraron en el caso sub examine.

Así es, las pruebas allegadas con posterioridad al pliego de cargos, no permiten inferir un proceder torticero e inmoral, tendiente a desconocer groseramente la ley.

Previo a finalizar ésta disquisición jurídica diremos, ciertamente estamos ante actos administrativos que tienen presunción de validez, como acertadamente lo señala la (XXX). Los aquí funcionarios actuaron en cumplimiento estricto de las funciones a ellos investidas, resoluciones que se fundaron en razones jurídicas y tácticas producto de una interpretación de las normas, con un resultado final, que si bien resultó adverso a los intereses del Estado, se pretendió ajustar a la forma prevista en la ley, y que dada esa adversidad social de lo decidido, fue sometido a la declaratoria de nulidad ante la Autoridad Competente, autoridad que en primera instancia declaró la nulidad del acto de marras, bajo el escenario de un proceso

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

jurisdiccional, de cuyo contenido y alcance se permite inferir que la controversia jurídica era razonable.

Ahora bien, si se aborda la presente problemática desde el aspecto subjetivo del tipo, resulta impropio dada la atipicidad del hecho, por lo que no entraremos en ello por descarte elemental, más aún, cuando sabido es que el prevaricato es un ilícito eminentemente doloso, no obstante, en el caso debatido se aprecia que el reproche del acto administrativo fue fruto de la interpretación, de un criterio jurídico de parte de los aquí disciplinados, esto es, la resolución administrativa bajo estudio fue producto de la desafortunada interpretación normativa.

Así las cosas, se hace ineludible la decisión de absolución, en razón a que no se encuentran reunidos los presupuestos del artículo 142 de la Ley 734 de 2002, por el contrario el análisis conjunto de las pruebas, testimonial y documental allegadas, bajo ta reglas de la sana crítica, así como los argumentos de ta defensa, conduce en que los aquí funcionarios no son responsables de los hechos investigados, por haberse establecido que no cometieron el hecho atribuido, de acuerdo a las razones antes plasmadas en la presente providencia.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA a (XXXX) y (XXXX), por el cargo formulado en el Pliego de cargos que da cuenta ésta actuación, conforme a los planteamientos expuestos en la parte motiva de esta decisión,

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión, de conformidad con lo establecido en los Artículos 101 102, 107 y 108 de la Ley 734 de 2002, a los aquí defensores, respecto de quienes se tiene en Secretaria, conocidos sus domicilios de notificación.

TERCERO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno al tenor de lo establecido en el artículo 107 del Código Disciplinario Único.

CUARTO: En firme la presente decisión, **INFORMAR** su sentido a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

QUINTO: NEGAR la solicitud de nulidad propuesta por el Doctor LUIS CARLOS VERGEL HERNANDEZ, como apoderado de la investigada (XXXX), así como la por la Dra. MARTHA YANNET QUIROZ BURGOS conforme lo expuesto en otras consideraciones.

SEXTO: NOTIFICAR la presente decisión, de conformidad con lo establecido en los Artículos 101 102, 107 y 108 de la Ley 734 de 2002, a los aquí defensores. Así mismo procédase conforme a lo establecido en el artículo 114 de la ley 734 de 2002.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-76

JORGE ADRIANO MORENO PONCE
Subdirector Investigaciones Disciplinarias -ITRC
Director del Proceso

Proyectó: Dra Merodríguez
Revisó: Andrés

Aprobó: Dr. Jorge Adriano Moreno Ponce y Apoderado (a) del (os) investigado (s)