

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No. 468

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81001318700120220016501
Accionante:	José Rogelio Eslava
Accionado:	Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC – Dependencias de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas -DIAN
Derechos invocados:	Debido Proceso, derecho de defensa y doble instancia.
Asunto:	Sentencia

Sent. 121

Arauca (A), catorce (14) de octubre dos mil veintidós (2022)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por el señor JOSE ROGELIO ESLAVA contra la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2022 por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA¹.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos relevantes.

El 30 de diciembre de 2020, ante la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Arauca, a través de un anónimo fueron denunciadas presuntas irregularidades cometidas en ejercicio de su cargo por servidores pertenecientes a dicha institución con el fin de facilitar la apropiación de la suma de \$803.961,00 correspondientes al pago de los viáticos de una supuesta comisión al Municipio de Saravena entre el 4 y 7 de febrero de 2020, con tal fin expedieron el acto administrativo 0023 del 31 de enero de 2020 para darle visos de legalidad.

¹ Jaime Enrique Bernal Ladino.

Así fueron sintetizados en el fallo sancionatorio del 29 de noviembre de 2021:

“[...] A través de la página web de la entidad, uno de los canales establecidos para la recepción de denuncias en la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, bajo el radicado 1-2020-010235 el 30 de diciembre del año 2020 se denunciaron unos hechos presuntamente irregulares en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Arauca, referidos a la apropiación de unos recursos de una comisión entre Endy Ruth Jiménez Reyes y José Rogelio Eslava, entre quienes supuestamente existía una relación extramatrimonial. En efecto, por Resolución Número 372 del 10 de diciembre del año 2019 el Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Arauca autorizó comisión de servicios al municipio de Saravena a la funcionaria Endy Ruth Jiménez Reyes, entre el 17 y 20 de diciembre de la misma anualidad, a fin de dar cumplimiento al indicador institucional número 102 presencia institucional DIAN correspondiente al IV trimestre 2019, gastos de viáticos a cancelar por cadena presupuestal con cargo al certificado de disponibilidad presupuestal 4019 del 20 de noviembre de 2019, actividad atendida en oportunidad por la funcionaria comisionada. Pese a lo anterior se presentaron fallas en el proceso de pago de los gastos de viaje a la señora Endy Ruth Jiménez Reyes con cargo al presupuesto y vigencia del año 2019, por lo que se expidió la Resolución Número 023 del 31 de enero de 2020, autorizando una supuesta comisión de servicios a la funcionaria al municipio de Saravena entre el 4 y 7 de febrero de 2020 para atender presunta solicitud de los gremios del municipio, además de emitirse un cumplido de comisión certificando el desplazamiento de la trabajadora oficial, cuando lo cierto es que la servidora en ese periodo estuvo laborando en la ciudad de Arauca [...]”.

Con fundamento en lo anterior, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, mediante auto del 18 de enero de 2021 ordenó indagación preliminar para establecer la identidad de los presuntos autores, practicó pruebas el 9 de abril de 2021 y el **16 de julio** siguiente citó a audiencia a los señores **PABLO ANTONIO HERNANDEZ CORREDOR Y JOSE ROGELIO ESLAVA**, *“como presuntos autores responsables de la infracción disciplinaria gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2022 en concordancia con el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, contentivo de la falsedad ideológica en documento público”* y les formuló los siguientes cargos:

*“[...] Colofón de lo expuesto hasta el momento, con base en los hechos expuestos, las pruebas recaudadas y su correspondiente análisis, se cita a audiencia a Pablo Antonio Hernández Corredor, como presunto **autor***

responsable a título de dolo de la falta disciplinaria del numeral 1° del artículo 48 de la ley 734 de 2002, por cuanto presuntamente realizó objetivamente una conducta descrita en la ley como delito sancionable de dolo en razón de sus funciones, al proyectar la Resolución 023 del 31 de enero de 2020 consignando información contraria a la verdad, situación que se ajusta a la descripción del tipo penal de falsedad ideológica en documento público.

Citar a audiencia a José Rogelio Eslava como presunto autor responsable a título de dolo de la falta disciplinaria del numeral 1° del artículo 48 de la ley 734 de 2002, en concurso homogéneo y sucesivo, por cuanto presuntamente realizó objetivamente una conducta descrita en la ley como delito sancionable de dolo en razón de sus funciones, al expedir la Resolución 023 del 31 de enero de 2020 consignando información contraria a la verdad, al igual que en el documento Cumplido de Comisión de fecha 12 de febrero de 2020, situación que se ajusta a la descripción del tipo penal de falsedad ideológica en documento público [...].

Agotado el período probatorio y el traslado a los sujetos procesales para la presentación de alegatos de conclusión, el 29 de noviembre de 2021, la entonces Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en audiencia pública, emitió fallo sancionatorio a través del cual declaró responsable disciplinariamente a PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ CORREDOR y JOSÉ ROGELIO ESLAVA, por la conducta consignada como cargo en el auto de citación a audiencia número 1741200002 de 16 de julio de 2021; actuar constitutivo de la falta disciplinaria del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, imputada inicialmente a título de dolo, culpabilidad que fue cambiada a título de culpa grave en el fallo de primera instancia No. 17317-00017 de 29 de noviembre de 2021. Como consecuencia de ello, impuso sanción a los disciplinados consistente en suspensión en el ejercicio del cargo, por el término de un (1) mes.

Respecto a la calificación de la falta, el fallo sancionatorio afirmó:

“[...] Al tenor de lo señalado en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la realización de una conducta descrita 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, desde el ámbito objetivo constituye infracción disciplinaria gravísima. Sin embargo, acorde con lo señalado en el numeral 9° del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, la realización típica

de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

[...] Advertida la variación de la forma de culpabilidad a favor de los disciplinados José Rogelio Eslava y Pablo Antonio Hernández Corredor, **la sanción a imponer corresponde a la suspensión**, que no será inferior a un mes ni superior a doce meses, en consonancia con el inciso 2º del artículo 46 de la ley 734 de 2002. Ahora bien, como los disciplinados no reportan antecedentes disciplinarios ni fiscales en el último lustro al servicio de lo público en la DIAN; se trata de personas diligentes y eficientes en el desempeño de sus cargos y funciones; además, con su conducta no se causó un grave daño social ni afectaron derechos fundamentales de terceras personas, **la sanción a imponer será el límite inferior previsto en la ley, es decir, suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un (1) mes [...]**”.

Por tanto, atendiendo a la degradación de la culpabilidad de dolo a culpa grave, la falta disciplinaria fuente de responsabilidad disciplinaria respecto de José Rogelio Eslava y Pablo Antonio Hernández Corredor **se califica como falta grave [...]**” (Transcripción literal)

Decisión que generó la inconformidad de los disciplinados a quienes concedió el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los disciplinados² y a su vez la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC mediante Auto número 015 de 20 de diciembre de 2021, corrió traslado para alegatos de conclusión conforme a lo ordenado en el inciso séptimo del artículo 180 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011.

El 7 de enero de 2022, la defensora de confianza del disciplinado PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ CORREDOR, presentó escrito de alegatos de conclusión en los cuales reiteró los argumentos contenidos en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio de primera instancia.

² Así mismo, la apoderada del disciplinado HERNÁNDEZ CORREDOR, junto con el recurso de apelación, interpuso nulidad del fallo sancionatorio de primera instancia, solicitud que fue resuelta negativamente, motivo por el cual presentó recurso de reposición, decidido por el fallador de primer grado confirmando la negativa, decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación, igualmente concedido en el efecto suspensivo.

El 23 de febrero de 2022, la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – instancia competente para resolver el recurso de apelación- mediante Auto No. 002 de 2022, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR de manera oficiosa la nulidad de lo actuado dentro del presente proceso disciplinario seguido contra PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ CORREDOR, en su condición de Gestor I, Código 301, Grado 01, adscrito a la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Arauca y JOSÉ ROGELIO ESLAVA, Director de la mencionada Seccional; a partir del fallo sancionatorio de primera instancia inclusive; contenido en la Resolución número 17317-00017 de 29 de noviembre de 2021, conservando la validez de las pruebas allegadas y practicadas legalmente, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este auto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de la determinación anterior, se ORDENA remitir el expediente a la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, para que reponga la actuación a partir del acto declarado nulo.

ARTÍCULO TERCERO: Por Secretaría Técnica de la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC, anteriormente Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, COMUNICAR esta determinación a los sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 109 de la ley 734 de 2002, advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso en la vía gubernativa”.

El 14 de marzo de 2022 la Directora General de la Agencia ITRC mediante Auto 004 rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto por el disciplinado JOSE ROGELIO ESLAVA contra el Auto No. 002 del 23 de febrero de 2022.

2.2. Fundamentos de la acción de tutela.³

El señor JOSE ROGELIO ESLAVA⁴, presenta acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales⁵ presuntamente vulnerados por la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC⁶, dentro del trámite del proceso disciplinario No. 1704-00-2021-U0008 adelantado en su contra porque no resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 29 de noviembre de 2021 que lo declaró

³ Radicada el 23 de agosto de 2022.

⁴ Ostenta el cargo de Facilitador II, Código 102, Grado 02 de la Dirección Seccional Arauca de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

⁵ Al debido proceso, defensa y doble instancia

⁶ – Dependencia de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas -DIAN

responsable disciplinariamente por una falta grave a título de culpa⁷, para en su lugar y en contravía del principio de *no reformatio in pejus* declarar oficiosamente únicamente la nulidad de la decisión de primera instancia. Cuestiona también la declaratoria de improcedencia del recurso de reposición⁸ que su apoderado judicial⁹, interpuso una vez conoció tal determinación que la demanda omitió notificarle.

Respecto de la solicitud de nulidad de lo actuado a partir del 20 de diciembre de 2021 que su apoderado presentó, reprocha que una empleada “sin competencia”¹⁰ haya respondido que la expedición del Auto No. 002, superó tal circunstancia.

Al mismo tiempo reclama, que la entidad demandada haya desatendido la petición y convocado audiencia para el treinta (30) de agosto de 2022, a pesar de su reiteración sobre su pretensión anulatoria¹¹

Pretensiones:

*“Se sirva TUTELAR mis derechos constitucionales fundamentales, al DEBIDO PROCESO, DERECHO DE DEFENSA y DOBLE INSTANCIA, que se vulneran en la fecha y desde el pasado 29 de noviembre de 2021, por parte de la Dirección General de la AGENCIA DEL INSPECTOR GENERAL DE TRIBUTOS RENTAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - ITRC – DEPENDENCIAS DE LA DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS -DIAN, con sus DECISIONES de * AUTOS No. 002 DE 23 DE FEBRERO DE 2022 y No. 004 DE 14 DE MARZO DE 2022; respectivamente, y proferidas DENTRO DEL RADICADO No. 1704-00-2021-008 (PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO ESPECIAL VERBAL).*

La TUTELA de mis derechos constitucionales violentados han de implicar sin duda , que ese Honorable Despacho, DEJE SIN EFECTOS LAS ACTUACIONES Y DECISIONES VIOLATORIAS DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL, y en consecuencia que ORDENE A LA AGENCIA ACCIONADA su reposición, convocando debidamente al Abogado defensor de JOSE ROGELIO ESLAVA y en 2ª instancia, a pronunciarse en el tiempo de Ley sobre las apelaciones incoadas, a PROFERIR LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA QUE EN DERECHO

⁷ Ostentaba el cargo de facilitador II, Código 102, Grado 02, pero se desempeñaba como Director Seccional de la Dirección Seccional Arauca de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

⁸ Auto No. 004 del 14 de marzo de 2022

⁹ Dr. Julio César Díaz Perdomo.

¹⁰ Del 17 de marzo de 2022

¹¹ El 22 de marzo de 2022.

CORRESPONDA con RESPETO DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES A MI VIOLENTADOS, Y A PRONUNCIARSE, -SI LOS HUBIERE, MEDIANTE EL FUNCIONARIO COMPETENTE, SOBRE LOS RECURSOS QUE EVENTUALMENTE SE incoen CONTRA LAS PROVIDENCIAS QUE SE EXPIDAN”.

2.3. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar¹², el *a quo* vincula al SUBDIRECTOR (A) DE INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS DE LA AGENCIA ITRC y, corre traslado a la accionada y vinculada para que en el término de dos (2) días rindan informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Requiere de la AGENCIA DEL INSPECTOR GENERAL DE TRIBUTOS RENTAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - ITRC – DEPENDENCIAS DE LA DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS -DIAN, el expediente disciplinario No 1704- 00-2021-008 adelantado contra el accionante.

Posteriormente, vincula¹³ a la SUBDIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES DE LA AGENCIA ITRC y al señor PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ CORREDOR¹⁴.

2.4. Respuestas.

La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC. Su apoderada judicial¹⁵, indica que, *“con la implementación del principio de división de roles en materia disciplinaria, se expidió el Decreto 074 de 2022 “Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de La Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales”, a través del cual se estableció que a la Subdirección de Instrucción Disciplinaria le corresponde adelantar la etapa de instrucción de los procesos disciplinarios contra los empleados públicos de las entidades vigiladas, por conductas que se relacionen con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 subrogados por la Ley 1952 de 2019 modificada por la Ley 2094 de 2021, y cuando resulte necesario para la defensa de los recursos públicos, también podrá conocer otras conductas y faltas disciplinarias que atenten contra la integridad de la administración de tributos, aduanas, control del régimen cambiaria 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. // A su*

¹² Auto de 23 de agosto de 2022.

¹³ Auto del 05 de septiembre de 2022.

¹⁴ Sujeto disciplinable dentro de la misma investigación.

¹⁵ Dra. Claudia Marcela Maldonado Avendaño.

vez, en materia disciplinaria misional, a la Subdirección de Asuntos Legales le corresponde adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos disciplinarios adelantados contra los servidores públicos de las entidades vigiladas, por las conductas referidas en el párrafo anterior, expresamente definidas en la ley”.

Afirma que través de sus canales digitales notificó a las partes los Autos No. 015¹⁶, 002¹⁷y 004¹⁸, negó la solicitud de nulidad¹⁹ presentada el 16 de marzo de 2022 por el apoderado judicial del señor JOSE ROGELIO ESLAVA y remitió el expediente a la Subdirección de Asuntos Legales, previa comunicación del 16 de junio de 2022.

Advierte que, como la contrariedad del señor JOSE ROGELIO ESLAVA versa sobre el trámite de un proceso disciplinario verbal en curso, es allí donde puede intervenir y controvertir las decisiones en los términos de la Ley 734 de 2002, aplicable en virtud de lo previsto en el artículo 263 de la Ley 1952 de 2019 y, sus inconformidades pueden ser objeto de debate en una eventual actuación judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Aboga por su improcedencia, por cuanto no procede por lo menos excepcionalmente, ya que el accionante no acreditó ni sustentó la misma, en la medida que no identifica ni demuestra la existencia de un perjuicio irremediable.

2.4. Decisión de Primera Instancia.²⁰

EL JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA, centró su atención en el devenir procesal que la entidad demandada imprimió a la actuación disciplinaria, mismo que encontró ajustado a las normas vigentes que regulan el tema y con tal fundamento negó la acción de tutela por improcedente.

Fue así como afirmó que: *“(i) el proceso estuvo arropado del principio de publicidad; (ii) se notificaron de manera personal y conforme lo determina la Ley cada uno de los autos allí proferidos; (iii) se le permitió el acceso al expediente al actor, a través de las plataformas dispuestas; (iv) el accionante estuvo siempre asistido por un apoderado de confianza, que tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción de cada una de las decisiones en sede de primera instancia como en segunda”.*

¹⁶ del 20 de diciembre de 2021

¹⁷ del 23 de febrero

¹⁸ del 14 de marzo de 2022

¹⁹ Mediante Auto No. 008 del 14 de junio de 2022

²⁰ Sentencia del 05 de septiembre de 2022.

En relación con la solicitud de nulidad formulada dentro del proceso administrativo y que también motivó esta acción constitucional advierte que fue resuelta a través de auto 008 de 14 de junio de 2022.

2.5. La impugnación.²¹

Solicita revocar la sentencia de primera instancia, porque a su juicio la acción de tutela procede como mecanismo preventivo en tratándose de actos de trámite que vulneran sus derechos fundamentales; adoptados en sede de apelación dentro del proceso disciplinario.

Reprocha que el *a-quo*, haya desatendido los hechos planteados en el escrito de tutela, puntualmente la declaratoria de nulidad a través del Auto No. 002 de 2022, su indebida notificación al apoderado judicial, el rechazo del recurso de reposición mediante Auto No. 004 de 2022 y, la omisión de resolver la solicitud de nulidad presentada el pasado 16 de marzo de 2022.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión rebatida.

3.2. Naturaleza de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En virtud de su naturaleza subsidiaria, la jurisprudencia ha descartado “*la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos*”²² y ha reconocido que tal calidad “*obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente*”

²¹ Presentado el 08 de septiembre

²² Sentencia T-603/15.

o instancia adicional de protección”. En cualquier caso, deberá verificarse si los mecanismos judiciales ordinarios resultan eficaces para la protección del derecho, pues en caso de que así no sea, la acción de tutela será procedente.

3.3. Procedencia de la acción de tutela. Legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

Tanto el señor JOSE ROGELIO ESLAVA quien actúa en causa propia, como la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC – Dependencias de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas -DIAN, se encuentran legitimados por activa y pasiva respectivamente.

En relación con el requisito de la inmediatez, resulta razonable el tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda [23 de agosto de 2022] y la decisión de nulidad [23 de febrero de 2022], concurriendo así este presupuesto.

Respecto de la **subsidiariedad**, sabido es que en tratándose de actos administrativos o preparatorios, que buscan dar impulso a la actuación administrativa, por regla general la acción de tutela es improcedente, porque tales decisiones pueden controvertirse ante la jurisdicción contencioso administrativa junto al acto definitivo que ponga fin a dicha actuación, excepto cuando dicho acto cierra un ciclo autónomo y define una situación jurídica, esto es, **“cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación ‘abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución’ (...).”**²³

Así mismo, la jurisprudencia constitucional habilita la procedencia del amparo constitucional de manera definitiva cuando el acto de trámite resuelve un asunto de naturaleza sustancial en el que la decisión adoptada sea irrazonable o desproporcional y, por ende, vulnere garantías constitucionales, siempre y cuando concurren los siguientes criterios:

“(i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y (iii) que ocasione la

²³ Sentencia SU-617 de 2013, reiterada en sentencia T-030 de 2015. Citadas en la Sentencia SU-077 de 2018.

vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental (...)²⁴;

exigencias jurisprudenciales que aquí se cumplen, si en cuenta se tiene que no ha concluido el mencionado proceso disciplinario y porque el Auto No. 002 del 23 de febrero de 2022 de la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC, que decretó la nulidad del fallo sancionatorio por la necesidad de proteger “*un interés constitucional relevante, como lo es la integridad y la transparencia de la administración, y en últimas, la protección del orden jurídico*”²⁵, sí afecta sustancialmente la actuación disciplinaria, porque ordena a la primera instancia calificar el comportamiento del señor ESLAVA como *falta gravísima a título de dolo* en los términos del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, criterio que indudablemente impacta de manera gravosa la decisión final, por lo que le asiste razón al señor JOSE ROGELIO ESLAVA cuando afirma que la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, transgredió el principio de *no reformatio in pejus*, y de contera sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

Siendo así, contrario a lo decidido por el señor Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la demanda de tutela sí supera el filtro de subsidiaridad y habilita un estudio de fondo en los términos solicitados por el señor JOSE ROGELIO ESLAVA.

3.4. Problema Jurídico.

Determinar si la DIRECCION GENERAL DE LA AGENCIA DEL INSPECTOR GENERAL DE RENTAS Y CONTRIBUCIONES OARAFISCALES -ITRC, quebrantó el principio de la *reformatio in pejus* y de contera los derechos fundamentales al debido proceso y defensa al señor JOSE ROGELIO ESLAVA con ocasión del proceso disciplinario que adelanta en su contra.

3.5. Supuestos jurídicos.

3.5.1. De los actos administrativos.

²⁴ Sentencia SU-077 de 2018.

²⁵ Porque a su juicio el auto apelado contiene una falsa motivación que configura la causal 3° de nulidad del artículo 143 de la Ley 734 de 2002²⁵.

En términos generales, los actos administrativos son declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos, que determinan el nacimiento, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones. Estos actos están destinados a producir efectos jurídicos generales o efectos subjetivos individuales.

Según la doctrina calificada sobre la materia²⁶, los actos administrativos según el contenido de la decisión que en ellos se articula y sus efectos, son de dos tipos. Los primeros denominados **actos de trámite, accesorios o preparatorios**, son los que se encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo, y salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situación jurídicas concretas; y los segundos llamados **actos definitivos**, son los que ponen fin a la actuación administrativa, es decir, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido.

También, encontramos los **actos administrativos de ejecución** que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa.²⁷

El Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en su artículo 43, señala que los **actos definitivos** son aquellos que resuelven directa o indirectamente el fondo del asunto o que hacen imposible continuar la actuación; por ende, aquellos actos que no refieran a ese contenido específico, se consideran como **actos de trámite** dentro de actuaciones administrativas o disciplinarias por ser meramente instrumentales.

Cabe resaltar que, los **actos de trámite**, son disposiciones instrumentales que permiten desarrollar en detalle los objetivos de la

²⁶ Entre otros: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo* Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*. Editorial Civitas, Madrid, 1992; y Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III. Editorial Macchi, Buenos Aires, 1979.

²⁷ José Antonio García – Trevijano Fos. *Los actos administrativos*. Segunda Edición 1991. Editorial civitas s. a. Madrid España. Pág. 191. El autor clasifica los actos administrativos de acuerdo a su inserción en el procedimiento administrativo y recurribilidad, en la cual establece: «El procedimiento administrativo no es más que una concatenación de actos que tienden a un resultado final. De aquí se deduce, sin ninguna violencia interpretativa, que existen dos tipos de actos: unos, la mayor parte, que sirven para el resultado final, y otros que suponen propiamente, la finalización. Actos de procedimiento o de trámite significan la misma cosa. Acto final o resolución son, también, términos equivalentes.»

administración; entonces la existencia de estos actos no se explica por sí sola, sino en la medida en que forman parte de una secuencia o serie de actividades unidas y coherentes con un espectro de más amplio alcance que forma una totalidad como acto. Por el contrario, **los actos definitivos** ponen fin de manera perentoria a la actuación administrativa, de modo que en ellos se agota la actividad de la administración, o tan sólo queda pendiente la ejecución de lo decidido.

Ahora bien, es cierto que los únicos actos susceptibles de la Acción Contenciosa Administrativa son los actos definitivos, es decir que se excluyen los de trámite, pues éstos se controlan jurisdiccionalmente como parte integrante del acto definitivo y conjuntamente con éste, es decir de aquel que cierra la actuación administrativa. No obstante, el que un acto sea definitivo, no depende siempre de hallarse situado en el final del trámite, pues puede ser que cierre un ciclo autónomo de la actuación administrativa claramente definido y que como tal pueda ser impugnado mediante la acción de nulidad²⁸.

3.5.2. De las nulidades procesales en los procesos disciplinarios

Las autoridades disciplinarias tienen la facultad de declarar nulidades y, de manera oficiosa como lo dispone el artículo 144 de la Ley 734 de 2002, que establece “En cualquier estado de la actuación disciplinaria, cuando el funcionario que conozca del asunto advierta la existencia de alguna de las causales previstas en la norma anterior, declarará la nulidad de lo actuado”. Precisamente, el artículo 143 ibidem señala las siguientes causales de nulidad: “1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo. 2. La violación del derecho de defensa del investigado. **3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso**”.

En tratándose de la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, expone el Consejo de Estado lo siguiente:

*“No toda irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. **Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de quien pueda resultar**”*

²⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 11001-03-25-000-2010-00011-00(0068-10). Actor: AMELIA MOSQUERA HERNANDEZ. Demandado: Procuraduría General De La Nación. Consejero ponente: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. Bogotá, D.C. 8 de marzo de 2012.

afectado con su expedición, es decir, que **la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso puede ser decretada únicamente cuando dentro del procedimiento para su expedición se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten las garantías constitucionales del administrado. Una irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo se considera sustancial**, cuando incide en la decisión de fondo que culmina con la actuación administrativa, contrariando los derechos fundamentales del administrado, es decir, que de no haber existido tal irregularidad, el acto administrativo que define la situación jurídica debatida hubiese tenido un sentido sustancialmente distinto. Por el contrario, las irregularidades o vicios, que no afectan el fondo del asunto discutido, esto es, que de no haber ocurrido, la decisión definitiva hubiese sido en igual sentido, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues, esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Entonces los vicios de procedimiento que no incidan en el fondo del asunto discutido, son considerados como irregularidades intrascendentes o irrelevantes, que no tienen la virtud de generar la nulidad del acto administrativo que define la situación jurídica objeto de discusión”.²⁹

Precisamente, la Constitución Política, consagra la prevalencia de los derechos y garantías fundamentales sustanciales de las personas, dentro de los cuales el derecho al debido proceso obtiene un reconocimiento especial y sobre el tema la Corte Constitucional en sentencia C – 540 de 1997 expresó:

*“(...) se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (arts. 29 y 85), que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiénolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, **de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica** en las resoluciones que allí se adopten.”*

3.5.3. **Del principio de la reformatio in pejus**

En relación con el principio de no reformar en peor en materia disciplinaria, el artículo 116 del C.U.D. establece que *“El superior, en la*

²⁹ Sentencia No. 76001-23-33-000-2014-00576-01 de Consejo de Estado (SECCION SEGUNDA) del 02-10-2019

providencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio, no podrá agravar la sanción impuesta, cuando el investigado sea apelante único”. Principio consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política respecto a las decisiones judiciales, que de acuerdo con la Corte Constitucional³⁰ también debe aplicarse en procesos de naturaleza sancionatoria; en efecto, señala el Alto Tribunal que “...no obstante que se trata en este caso de un régimen diferente del penal y que en su desarrollo no se imponga una condena ni una pena en sentido exacto, ni se produzca una sentencia judicial, sino apenas se surta un procedimiento administrativo y se impongan sanciones administrativas de naturaleza disciplinaria, a juicio de la Corte debe tenerse en cuenta el principio de la no reformatio in pejus...”³¹.

La Corporación estimó, que todos los principios y derechos que componen el debido proceso, entre ellos, la prohibición de la *reformatio in pejus*, “...tienen plena operancia *mutatis mutandi*, en las demás ramas del derecho procesal: procesal civil (que se extiende al laboral, etc.) y a la actividad administrativa que comprende tanto la actuación gubernativa como el contencioso administrativo...”³². Así mismo, al estudiar el alcance del principio de la *no reformatio in pejus* y su vinculación con la garantía del debido proceso exigible en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (artículo 29 de la Carta Fundamental), la Corte concluyó que: “...la prohibición de reformar la condena en perjuicio de apelante único no solamente es aplicable en materia penal, ni tampoco está limitada a las sentencias judiciales, sino que, por el contrario, cubre otras ramas del derecho y se hace exigible en las actuaciones administrativas....”³³

Por lo cual, la prohibición de la *reformatio in pejus* tiene plena aplicabilidad en materias administrativas, tanto en el agotamiento de la vía gubernativa como en el desarrollo del procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, circunstancia que se origina en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, logrando de esta manera hacer efectivo el derecho al debido proceso y por ende de los demás principios y derechos constitucionales que guardan correspondencia con dicha institución jurídica. De suerte que la congruencia y la prohibición de la *no reformatio in pejus*, limitan la actuación de la Administración en aras de la transparencia, legalidad y garantía en la actuación administrativa.

De tal manera que, cuando el administrado interpone un recurso en agotamiento de la vía gubernativa (reposición o apelación), mediante

³⁰ T-033 de 2002.

³¹ C-406 de 2005.

³² T-419 de 1992.

³³ T-233 de 1995.

el ejercicio del derecho de petición, se limita el poder decisorio de la Administración, de tal manera que no puede fallar más allá ni por fuera de lo solicitado, pues dicha actuación constituiría una clara vía de hecho por desconocer los derechos constitucionales al debido proceso y a la prohibición de la no *“reformatio in pejus”*³⁴.

3.6. Planteamiento del caso y solución del problema jurídico.

El señor JOSE ROGELIO ESLAVA a través de esta acción solicita la intermediación de un juez constitucional que restablezca los derechos fundamentales que la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales vulneró tras decretar la nulidad del auto del 21 de noviembre de 2021 mediante el cual, la entonces Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC lo suspendió en el ejercicio de su cargo por el término de un (1) mes; cuando su deber como segunda instancia era resolver la apelación que oportunamente interpuso y sustentó contra tal determinación, máxime que se trataba de un apelante único.

Contrastados los hechos, las respuestas y los elementos de prueba incorporados al trámite, probado está y no se discute que contra el señor JOSE ROGELIO ESLAVA y otro, se adelanta un proceso disciplinario dentro del cual la entonces Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC lo *suspendió* en el ejercicio de su cargo de Gestor I, Código 301, Grado 01, adscrito a la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Arauca por el término de un (1) mes y que la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – instancia competente para resolver la apelación interpuesta, decretó la nulidad únicamente del auto apelado y devolvió lo actuado a la Secretaría Técnica de la Subdirección de Asuntos Legales de la Agencia ITRC³⁵, para que allí lo sancione por la infracción disciplinaria gravísima a título de dolo contemplada en el numeral 11° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que conlleva *destitución*, por considerar que calificar el comportamiento del señor JOSE ROGELIO ESLAVA como falta grave conforme al numeral 9° del artículo 43 de la Ley 734 de

³⁴ T-033 de 2022.

³⁵ Anteriormente Subdirección de Investigaciones Disciplinarias

2002, contraviene “*un interés constitucional relevante, como lo es la integridad y la transparencia de la administración, y en últimas, la protección del orden jurídico*”³⁶.

Siendo así, como la nulidad cuestionada contiene una orden para que la primera instancia califique el comportamiento del señor ESLAVA como *falta gravísima a título de dolo* en los términos del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, tal decisión sí afecta sustancialmente la actuación disciplinaria, por cuanto tal criterio se proyectará de manera gravosa en la decisión final, motivo por el cual le asiste razón al accionante cuando afirma que la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, transgredió el principio de *no reformatio in pejus*, y de contera sus derechos fundamentales y como quiera que el único propósito de la Dirección del ITRC como superior funcional es agravar la situación jurídica del apelante único; se cierne sobre el señor JOSE ROGELIO ESLAVA una amenaza cierta que no es otra que ser destituido de su cargo de Gestor I, Código 301, Grado 01, adscrito a la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Arauca; por lo que amerita la aplicación de correctivos a efectos de conjurar la situación de amenaza.

Sobre el concepto de amenaza de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha puntualizado lo siguiente:

Resulta necesario que se haga una precisión conceptual de los conceptos de riesgo y de amenaza para evitar que toda probabilidad, eventualidad o contingencia que genere la posibilidad de peligro de vulneración de los derechos fundamentales, sea tutelable. En este sentido resulta pertinente diferenciar los conceptos de amenaza y de riesgo.

4.6 Como ya se estableció por esta Sala en la Sentencia T – 339 de 2010 de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, **el riesgo** es la “contingencia o proximidad de un daño”, y la contingencia es la “posibilidad de que algo suceda o no suceda” o “cosa que puede suceder o no suceder”. Por su parte, **la amenaza** es la “acción de amenazar”, y a su vez, amenazar significa “dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable”. En esta medida el riesgo es siempre algo abstracto y no produce consecuencias concretas, mientras que la amenaza supone la existencia de

³⁶ Porque a su juicio el auto apelado contiene una falsa motivación que configura la causal 3° de nulidad del artículo 143 de la Ley 734 de 2002³⁶.

señales o manifestaciones que hagan suponer que algo malo va a suceder de manera certera e inminente. En otras palabras, la amenaza supone la existencia de signos objetivos que muestran la inminencia de la agravación del daño, mientras que el riesgo está ligado a la noción de probabilidad y de eventualidad de aquel.

[...] 4.8 Hay que subrayar que los riesgos sobre un derecho fundamental, en virtud de su carácter abstracto de su falta de certeza, y la ausencia de elementos objetivos que permitan predicar su inminente lesión consumada, no se pueden proteger vía acción de tutela. Nadie puede reclamar del Estado una protección especial frente a un riesgo, ya que éste es inherente a la existencia humana y a la vida en sociedad. Sin embargo, se debe advertir que el juez constitucional debe ser cuidadoso en la determinación de la gravedad, la certeza y la inminencia de la vulneración del derecho amenazado, ya que la frontera entre el riesgo potencial y una amenaza cierta es muchas veces difusa. Por esta razón considera la Sala que en los casos de duda el material probatorio resulta determinante.

4.9 Por otra parte hay que subrayar que la amenaza es de por sí una etapa de la vulneración del derecho, pues en realidad ella misma supone comienzo de vulneración dentro de la cadena evolutiva que implica la violación de un derecho y que finaliza con la frustración definitiva del mismo, o con lo que el artículo 86 superior denomina simplemente como “vulneración” a secas. En efecto, la amenaza como elemento que envuelve ya de por sí vulneración constituye una alteración o perturbación en el goce tranquilo y pacífico del derecho y, por consiguiente, se reputa como una violación cierta del derecho, así aún no se haya consumado el daño completamente. Es decir, la amenaza de un derecho es por si misma daño.

*[...] 4.11 En suma, el riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, **la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho y se sitúa antes de que la violación inicie su consumación definitiva pero no antes de su existencia; es decir que la amenaza presenta datos reales y objetivos que permiten prever el agravamiento inminente que conlleva la vulneración del derecho.** La amenaza menoscaba el goce pacífico del derecho y, por lo tanto, es un inicio de vulneración en el sentido de que el ejercicio del derecho ya se ha empezado a perturbar. En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular. Hay que advertir que la acción de tutela solo es procedente*

en los casos de amenaza o peligro cierto de vulneración, pero no en los casos de riesgo.
(Sentencia T-1002 de 2010). Negrilla propia.

Así las cosas, no hay duda que la decisión de anular el auto sancionatorio y conminar a la primera instancia que imponga la sanción más gravosa porque a su juicio es la que corresponde, constituye un comportamiento irrazonable y desproporcionado que vulnera las garantías establecidas en la Constitución y la ley al sujeto disciplinable; lo que justifica revocar la sentencia impugnada y, en su lugar conceder el amparo solicitado.

En tal virtud, se ordenará a la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC – Dependencias de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas -DIAN, dejar sin efecto los Autos No. 002 , No. 004 del 23 de febrero y 14 de marzo de 2022 y subsiguientes y resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSE ROGELIO ESLAVA.

4. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2022 por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA y, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales al *debido proceso, defensa y doble instancia* del señor JOSE ROGELIO ESLAVA.

SEGUNDO: ORDENAR a la Dirección General de la Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC – Dependencias de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas -DIAN, dejar sin efectos los Autos No. 002 del 23 febrero de 2022, 004 del 14 de marzo y subsiguientes, que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSE ROGELIO ESLAVA.

TERCERO: Luego de las notificaciones correspondientes, **REMÍTASE** la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida archívese. Si es no es seleccionada, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada

(En comisión de servicios)

LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada