

República de Colombia



Rama Judicial Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

Arauca, Arauca, 15 de junio de 2023

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 81001-3333-002-2023-00089-00
Demandante: Jose Rogelio Eslava
Demandado: Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Agencia del Inspector General de Tributos, rentas y contribuciones (UAE ITRC).

Antecedentes

La demandante interpuso recurso de reposición en contra del auto que corrió traslado de la medida cautelar a la demandada, tras considerar que no era procedente tal providencia dado que la medida solicitada era de carácter urgente, cuya regulación esta dada por el art. 234 del CPACA, el cual no exige como requisito de procedimiento, el traslado previo de la misma. Por ello solicita sea decidida de fondo.

Consideraciones sobre el recurso presentado

De cara al recurso presentado, sea lo primero indicar que no se requiere correr traslado del mismo a la contraparte, toda vez que la litis aun no se ha trabado. Lo segundo y ya para decidir el mismo, es que el auto que ordena correr traslado de una solicitud de medida cautelar se encuentra expresamente excluido de ser pasible de recursos ordinarios, tal como lo preceptúa el art. 243A de la Ley 1437 de 2011 adicionada por el art. 63 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia de lo anterior, se rechaza de plano, por improcedente el recurso interpuesto, dado que la anterior disposición referida es clara sobre el particular y por eso no cabe hacer ninguna otra interpretación o elucubración al respecto.

Consideraciones frente a la urgencia de la medida cautelar solicitada

Pese a la improcedencia del recurso instaurado, y como quiera que las medidas pueden solicitarse en cualquier estado del proceso, y que su decisión de fondo dependerá de la urgencia para evitar un perjuicio irremediable ante la inminencia de la ocurrencia de un hecho o acto que se estima agresor de los derechos del accionante, es dable emitir una decisión de fondo frente a la medida en este momento, prescindiéndose del traslado previo, dado que con el recurso de reposición se aportó una documentación que resulta importante en la medida que refleja actos tendientes a la ejecución de la sanción en días previos.

Bajo ese contexto, en la demanda se solicita como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos de primera y segunda instancia que sancionaron al señor Jose Rogelio Eslava con un mes de suspensión del ejercicio del cargo.

Argumenta que en este caso se causaría un perjuicio irremediable al actor si no se llega a decidir la medida cautelar con celeridad, el cual se representa de la siguiente manera:

-Afectación a la posibilidad de acceder concurso de ascenso: actualmente se encuentra en espera de poder participar en el concurso de ascenso de la DIAN, que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil y en el cual taxativamente se les exige a los participantes no haber sido objeto de sanción disciplinaria alguna.

-Afectación patrimonial: considera que se le afectaría el encargo que actualmente desempeña como Subdirector Administrativo y Financiero, incluso creando la posibilidad de perderlo, pues éste le permite nivelar su salario de Facilitador II, pasando de un salario de \$2.362.992 a \$ 5.362.992, además de que se verían disminuidas sus prestaciones sociales con lo cual se afecta correlativamente su mínimo vital, pues, sus obligaciones hipotecarias ascienden actualmente a \$3.800.000 mensuales con el Banco BBVA, además de los gastos propios de tarjetas de Crédito y la subsistencia de su hogar.

-Vulneración al buen nombre. Respecto de este no esgrime ningún argumento concreto con el que explique esta afectación.

Con el recurso de reposición anexó un correo electrónico enviado el 01 de junio de 2023 por la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Arauca al

demandante, en el que lo requiere para que, en cumplimiento de la sanción impuesta, entregue los asuntos a su cargo a otra funcionaria de la entidad. De igual manera, se aportó la Resolución No. 003803 del 15 de mayo de 2023 mediante la cual el director General de la DIAN hace efectiva la sanción disciplinaria de suspensión por un mes al señor Jose Rogelio Eslava, y se registra en la “Certificación Acto Administrativo”, también aportado, que la notificación de la resolución se hizo el 17 de mayo y su envío al área técnica y/o archivo se efectuó el 31 de mayo de 2023.

Adicionalmente, en el escrito de la medida cautelar, que dicho sea de paso es en extremo extenso y poco concreto para la solicitud de una medida de urgencia, los fundamentos que el actor expone son múltiples y se refieren tanto i) al hecho de haber suscrito un cumplimiento de una comisión de servicios para unas fechas distintas a las que correspondieron en la realidad, ii) como al hecho de haberse omitido el pago de los gastos de la comisión en la fecha correspondiente y haberlo efectuado en la vigencia siguiente a manera de subsanación del yerro cometido. Aunque el actor se centra mas que todo en dar argumentos respecto de este último hecho.

Los razonamientos esbozados abarcan cuestiones probatorias, procesales y sustanciales. En esta etapa se relacionarán aquellos argumentos que se identifican en el escrito medianamente claros en contra de los actos sancionatorios acusados:

- 1.** Desconocimiento del debido proceso: desde la etapa de indagación preliminar cuando sin justificación y con el pretexto de determinar unos sujetos, lo cual era falso, no se notificó como exige el art. 101 de la Ley 734 de 2002.
- 2.** Valoración selectiva de medios probatorios, puesto que de algunos se guardó silencio y no fueron tenidas en cuenta.
- 3.** Falsos raciocinios e inferencias absurdas y erradas relacionadas con el no pago de la comisión de servicios, efectuados en el acto sancionatorio de primera instancia.
- 4.** Ausencia de prueba de dolo en la comisión de la presunta falta disciplinaria.

5. Variación de la culpabilidad en una etapa procesal que no era procedente, ya no fundada en el dolo inicialmente endilgado al encarado, sino en una culpa grave.

Dicho lo anterior, lo que se advierte en este momento como relevante de cara a la medida solicitada, a partir de una revisión no minuciosa de las pruebas aportadas es lo siguiente:

-El señor Rogelio Eslava fue sancionado por la agencia ITRC con suspensión del ejercicio del cargo por el término de 1 mes a través de los actos administrativos acusados.

- La falta por la que fue sancionado el actor, según los actos administrativos acusados, fue la del numeral 1 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, tras suscribir dos documentos con información contraria a la verdad, la Resolución No. 023 del 31 de enero de 2020 en la cual se autoriza una comisión de servicios y el “cumplido de comisión” de fecha 12 de febrero de 2020. Estimó la agencia ITRC que estos hechos constituyeron una conducta que objetivamente se ajusta a la descripción penal de falsedad ideológica en documento público consagrada en el art. 599 de 2000.

-En el fallo de primera instancia la sanción de la falta le fue atribuida al señor Rogelio Eslava a título de culpa grave (archivo 28). Es decir, se varió en esta decisión la culpabilidad a título de dolo que le había sido atribuida en el auto que lo citó a audiencia por el procedimiento verbal.

-En el fallo disciplinario de segunda instancia, en cumplimiento de lo ordenado en una sentencia de tutela previamente emitida por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Arauca, confirmó la sanción de suspensión por la falta cometida a título de culpa grave (archivo 42).

Con base en lo anterior, se advierte que sí reposa, al menos en esta etapa procesal la apariencia de buen derecho del actor, en virtud a que se corrobora que la Agencia ITRC no obró conforme a lo regulado en el art. 165 de la Ley 734 de 2002, en lo atinente a la variación del elemento culpabilidad que hizo en la imputación de cargos.

Resáltese que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que son 2 los criterios que se constituyen en pilares fundamentales para la adopción de una medida cautelar, estos son: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el perjuicio de la mora (*periculum in mora*). El primero se configura “*cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho*”, mientras que el segundo “*exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho*”.¹ Estos elementos subyacen de igual manera del art. 231 num. 1, 2 y 4. Sin perjuicio de la ponderación de intereses que subyace del art. 231 num. 3 de la Ley 1437 de 2011.

Es así como el art. 165 mencionado habilita a la autoridad disciplinaria para que pueda variar el pliego de cargos cuando haya un error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. Pero lo limita a que se haga luego de concluida la práctica de pruebas y antes del fallo de primera o única instancia. Adicional a ello, la modificación se deberá notificar de manera personal al encartado y otorgarle un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.

Lo anterior sin lugar a dudas trasciende a aspectos sustanciales del debido proceso, puesto que tal procedimiento legal establecido permite que el afectado desarrolle sus garantías procesales en congruencia con los elementos que se le imputan. En este caso lo que ocurrió es que efectivamente la culpabilidad fue modificada a una mas favorable para el accionante. Pero lo cierto es que, en virtud del principio de congruencia este debía tener la oportunidad de igual manera para contradecir este nuevo elemento antes de que se adoptara una decisión definitiva en primera instancia. No es lo mismo ejercer la defensa y los elementos a probar y desvirtuar cuando se trata de un dolo a cuando se trata de una culpa grave. Y ya sea para la una o para la otra, el derecho de defensa debe

¹ Ver Consejo de Estado auto del 8 de agosto de 2022 de la Sección Primera radicado No. 11001-03-24-000-2021-00438-00 M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, en el cual se cita también a la providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, de la Sala Plena de lo contencioso administrativo, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

mantenerse incólume, puesto que así como se puede desvirtuar el dolo, también debe contar el disciplinado con la oportunidad de desvirtuar la culpa grave.

Con base en lo anterior, aunado a que el peligro en la mora también se encuentra demostrado, no respecto al buen nombre, pero sí por la imposibilidad de participar el concurso de méritos para ascender en la DIAN, dado que efectivamente se encuentra en desarrollo. Incluso, se había fijado hasta el 10 de marzo de 2023 la fecha para la venta de derechos de participación e inscripciones en el, de acuerdo a la información contenida en la pagina web de la CNSC en los avisos informativos del proceso de selección vigente “DIAN 2022”.

Y ciertamente el hecho de contar con una sanción disciplinaria constituye una causal de exclusión del concurso, de acuerdo con el art. 7 num. 8 de la norma regulatoria del concurso, el Acuerdo No. CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, publicado en la pagina web de la misma entidad. Con lo cual, el no poder participar en tal concurso sí representaría un perjuicio irremediable para el actor.

Así como también lo sería en el ámbito patrimonial puesto que no hay duda que la privación de un mes de salario, cuando se es trabajador dependiente, afecta significativamente los ingresos para solventar los gastos periódicos de subsistencia y pago de obligaciones. De modo que, no se requiere un análisis detallado de las finanzas del encartado para llegar a la conclusión de que su salario contribuye a su subsistencia, al menos de forma congrua. De modo que, la privación de un mes de salario claramente genera un impacto en su modo de vida, que no puede ser pasado por alto en esta providencia.

Dicho todo lo anterior, considera el despacho que sí hay lugar a decretar la suspensión provisional de los actos sancionatorios acusado, por los motivos expuestos en precedencia, hasta tanto se emita sentencia. Por consiguiente, se comunicará esta decisión a la DIAN para que se abstenga de ejecutar la sanción de suspensión impuesta al señor Jose Rogelio Eslava o en su defecto suspenda las órdenes dadas en la Resolución 003803 del 15 de mayo de 2023. En caso de haber materializado ya la orden, deberá de manera inmediata levantar a suspensión y reintegrarlo a su cargo con el pago consecuente de su salario.

En merito de lo expuesto se

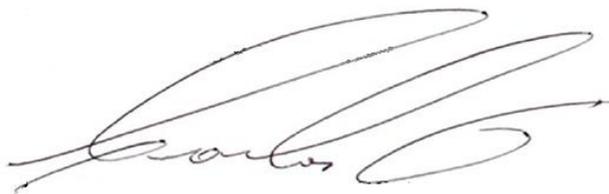
RESUELVE

PRIMERO: Rechácese por improcedente el recurso de reposición interpuesto por la parte actora.

SEGUNDO: Decrétese la suspensión provisional de la Resolución No. 17317-00017 del 29 de noviembre de 2021 y la Resolución No. 002 del 13 de diciembre del mismo año expedidas por la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC- hasta tanto se emita sentencia, por los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a la DIAN con el fin de que se abstenga de ejecutar la sanción de suspensión de 1 mes en el ejercicio del cargo impuesta al señor Jose Rogelio Eslava o en su defecto suspenda las órdenes dadas en la Resolución 003803 del 15 de mayo de 2023. En caso de haber materializado ya la orden, deberá de manera inmediata levantar la suspensión y reintegrarlo a su cargo con el pago consecuente de su salario.

Notifíquese y cúmplase,



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
JUEZ