



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-11)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Temas: Sanción disciplinaria, destitución

SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

Se decide la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó Rodrigo Ortiz Calderón contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor Rodrigo Ortiz Calderón, por intermedio de su apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de las Resoluciones 01 del 16 de febrero de 2006, 05614 del 15 de mayo de 2007 y 06808 del 12 de junio de 2007, a través de las cuales se le declaró responsable disciplinariamente y se le



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

impusieron las sanciones de destitución e inhabilidad, por el término de trece años, para el ejercicio de funciones públicas, se confirmó y ejecutó tal decisión.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó ordenar su reintegro al cargo que venía ocupando antes de ser separado del servicio o a otro de igual o superior jerarquía, con requisitos y funciones afines; declarar que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio durante el tiempo en que permanezca cesante y, por ende, ese tiempo sea tenido en cuenta para efectos salariales y prestacionales; ordenar el pago de todos los emolumentos que dejó de recibir entre la fecha del retiro y la del reintegro, con los ajustes legales a que haya lugar; actualizar la condena con base en el índice de precios al consumidor; reconocer perjuicios materiales y morales causados con ocasión de los actos acusados; dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y condenar a la entidad demandada a pagar las agencias en derecho.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

Laboró al servicio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde 1993 y entre los cargos que ha ocupado está el de administrador delegado de Girardot.

En enero de 2004, fue ubicado en el Despacho de Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Yopal y, en septiembre de ese año, se aclaró la resolución que así lo dispuso, para determinar que su sede de prestación de servicios sería en Bogotá, por lo que tomó posesión el 16 de febrero de 2004; más adelante, fue reubicado en el grupo interno de trabajo vía gubernativa de la División Jurídica Tributaria de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Personas Naturales de Bogotá y permaneció en el servicio, hasta cuando se hizo efectiva la sanción disciplinaria, por hechos ocurridos cuando se desempeñaba en la ciudad de Girardot.

Las circunstancias que dieron origen a la investigación disciplinaria se suscitaron cuando conoció un caso de embargo a la Clínica San Sebastián, en el que no se atendieron los oficios que la dirección de ese centro de salud había radicado en la



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Dian, orientados a que se tuviera en cuenta un proceso de compensación y tampoco se consideró que se trataba de una prestadora de salud y que se podría perjudicar gravemente a sus pacientes.

Por ello, al conocer tal situación, emitió el Auto 070 del 16 de octubre de 2003, a través del cual ordenó desembargar las cuentas corrientes, de ahorros y a cualquier título que tuviera la clínica, y, como soporte de su decisión, citó el oficio del 23 de septiembre de 2003, emitido por el representante legal de esa sociedad, en el cual señaló que para solucionar sus obligaciones con la Dian, presentaría solicitud de compensación de saldo a favor generado en la declaración de renta por el año gravable 2002.

Producto de lo anterior, mediante Auto 035 del 27 de julio de 2004 se ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en su contra, y se le formularon cargos por la conducta consistente en incurrir en el delito de prevaricato, pues, se consideró que había actuado contrariando las disposiciones legales, al dictar el auto de desembargo a bancos fundado en causales que no estaban contempladas taxativamente por el legislador, para levantar medidas preventivas.

El operador disciplinario adujo que el auto de desembargo de bancos reflejó la manifestación de la voluntad del implicado, de dejar sin vigencia jurídica la orden de embargo que se había adoptado, a causa del incumplimiento de las obligaciones fiscales por parte del contribuyente y, por ello, calificó de reprochable la decisión, en cuanto las obligaciones fiscales que se cobraban, no habían sido canceladas en su totalidad por parte de la sociedad y tampoco se había expedido un acto, facilitando a la entidad el pago o concediendo fórmulas de compensación sobre los saldos a favor, de manera que se cubrieran todas las deudas pendientes; por ello, consideró que la decisión de desembargo resultó ilegal.

La conducta descrita se imputó a título de dolo, pues se concluyó que el agente tenía conocimiento de que con ella se producirían consecuencias antijurídicas y, pese a ello, orientó su voluntad a su comisión. Con lo anterior, la autoridad disciplinaria sostuvo que el implicado sabía que su comportamiento era constitutivo de delito, en particular, del tipo previsto en el artículo 413 del Código Penal vigente.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Una vez se contestaron los descargos y se solicitaron las pruebas, con miras a ejercer cabalmente el derecho de defensa, se surtieron las demás etapas del proceso, se corrió traslado para alegar de conclusión y, finalmente, el jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Dirección Regional Centro de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, profirió fallo mediante el cual declaró su responsabilidad disciplinaria y, producto de ello, lo destituyó e inhabilitó para ejercer cargos públicos por el término de trece años.

La fundamentación de la decisión sancionatoria consistió en que hubo desapego, por su parte, de las disposiciones legales vigentes relativas al proceso de cobro y, de paso, de las normas disciplinarias. Adicionalmente, consideró apresurada la decisión de despojar a la entidad de la protección que el área competente le había procurado; por lo que esa gestión se consideró imprudente y demostrativa de abuso del cargo, en la medida en que eliminó las posibilidades de recaudo en el proceso que se estaba tramitando contra ese contribuyente, cuando el tema relativo a las medidas cautelares, su levantamiento y la extinción de las obligaciones está suficientemente regulado en la ley; por ello la calificó como falta gravísima.

En lo que se refiere a la forma de culpabilidad, la autoridad de control consideró que como se trató de la inobservancia de normas y reglas, pues la actuación de desembargo no se soportó en las causales permisivas para el efecto, el acto que así lo dispuso constituía una evidente desviación de poder.

Interpuso recurso de apelación contra tal decisión, que fue resuelto por el director general de la Dian, quien la confirmó íntegramente, aduciendo, como sustento, los supuestos desarrollados por la Corte Suprema de Justicia en materia de resoluciones que se consideran emitidas con prevaricato y precisando que el reproche disciplinario consistió en que la conducta no se ajustó a las disposiciones legales, en materia de acción de cobro, máxime si con su proceder lo que buscaba era garantizar principios como la vida en conexidad con la salud. Finalmente, tal sanción se hizo efectiva a través de la Resolución 06808 del 12 de junio de 2007.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Como tales se señalaron los artículos 4, 5, 6, 13, 15, 17 y 29 de la Constitución Política; 4, 6 y 14 de la Ley 734 de 2002.

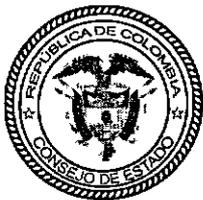
El demandante formuló los cargos de violación de las normas superiores, desconocimiento del derecho de defensa y expedición irregular, y los argumentos que sirvieron de soporte, se resumen en los siguientes términos:

Aseguró que el poder punitivo del Estado está sometido al respeto de las garantías individuales y la seguridad jurídica, controles que hacen parte del principio de legalidad, el cual traza los límites al ejercicio del poder para configurar hechos punibles y para determinar sus consecuencias jurídicas, excluyendo la arbitrariedad y los excesos en el cumplimiento de la tarea de represión penal.

Agregó que el Estado, como principal garante de los derechos fundamentales de los asociados, debe dar una interpretación restrictiva a la ley disciplinaria y, por ello, en lugar de intentar encajar un comportamiento en un tipo en el que no se enmarca, debe liberar todas aquellas conductas respecto de las cuales se genere duda en su configuración, todo ello, en atención al principio de legalidad, en cuanto busca controlar el poder punitivo del Estado.

Sostuvo que la acción típica tan solo surge a partir del contenido de la voluntad del procesado y del enjuiciamiento del hecho, en la manera en que realmente se haya producido. Además, precisó que el tipo, como descripción de la conducta prohibida, tiene una triple función: i) seleccionar los comportamientos humanos disciplinariamente relevantes; ii) garantizar que solo las conductas que se subsumen en él, pueden ser sancionadas disciplinariamente; y iii) motivar a los servidores públicos para que se abstengan de realizar la conducta prohibida que esta descrita en el tipo.

Señaló que el derecho disciplinario es una modalidad del *ius puniendi* y, en ese orden, ningún hecho puede merecer sanción, sin que una ley lo haya declarado previamente como punible y, por ello, el artículo 23 «del Código Disciplinario Único anterior» prevé que las faltas disciplinarias «se estructuran por el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones,



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses». A la luz de lo anterior, sin la existencia de un deber legal y su consecuente desconocimiento, no se puede predicar la existencia de la infracción disciplinaria, pues se configuraría la atipicidad de la conducta.

Destacó que el derecho punitivo se debe desarrollar con total apego al principio de legalidad, pues de él depende la legitimidad de las decisiones; por ello, las normas en que estas se fundamentan, no se pueden interpretar y aplicar arbitrariamente.

En lo que respecta al proceso de tipificación, sostuvo que, en primer lugar, es necesario que exista una norma que describa los elementos esenciales del hecho y, en segundo lugar, que el que se impute al disciplinado corresponda, exactamente, con la descripción que hace la norma. Con base en ello, aseguró que en el caso bajo análisis se incurrió en una inadecuada tipificación de los hechos, toda vez que lo previsto en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 734 de 2002 no guarda exacta correspondencia con la conducta que desplegó, ni con los presupuestos descritos previamente en la norma disciplinaria -artículo 48, numeral 31, *ibidem*-.

Explicó que la conducta investigada se podía subsumir en el tipo disciplinario consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y las prohibiciones establecidas en los numerales 1 y 7 del artículo 35, de la aludida norma, las cuales, a lo sumo, podían ser calificadas como falta grave, mas no una gravísima, como erróneamente se tomó para el proceso de adecuación típica.

En consecuencia, indicó que el operador disciplinario, en aplicación el principio de consunción, debió tener como centro de imputación las infracciones contenidas en los deberes y prohibiciones mencionados, ante la protuberante falta de correspondencia con el tipo consagrado en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Agregó que la formulación de cargos también fue imprecisa, toda vez que en el análisis y soporte probatorio del cargo se le atribuyó el haber incurrido en la descripción objetiva del delito de prevaricato, al ordenar el desembargo de los dineros en bancos de la Clínica San Sebastián, pues para esa decisión no se apego a los



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

cánones legales ya que, de un lado, las obligaciones pecuniarias no se habían cancelado en su totalidad y, de otro, no se habían concedido a esa sociedad, por resolución debidamente notificada, las facilidades de pago y compensación sobre los saldos a favor que cubrieran las deudas pendientes. Lo anterior quiere decir que el tipo disciplinario que se aplicó no se corresponde con la situación ni la verdad que se demostró en el trámite y, por ende, se desconoció el principio de tipicidad.

Aludió que un hecho disciplinable que no se puede demostrar no es susceptible de sanción y ello fue lo que ocurrió en el proceso que dio origen a los actos acusados, en la medida en que nunca incurrió en la descripción objetiva del delito de prevaricato, pues pese a que su conducta no se ajustó a las disposiciones legales que regulan la acción de cobro, con su actuar no se configuró una manifiesta violación de la ley, ni que se puso en riesgo la función recaudadora de la administración tributaria.

Precisó que la gestión del disciplinado estuvo orientada a integrar el principio de buena fe, la calidad del contribuyente, su situación, sus funciones y los servicios a su cargo; por ello el marco jurídico que consideró fue más amplio y la decisión que se cuestiona fue el resultado de una interpretación que se adecuaba a los fines y funciones de la entidad; de manera que, aunque pudo incurrir en error al no ajustarse a los requisitos de forma previstos en los artículos 837 y 841 del Estatuto Tributario, en estricto sentido, no se enmarcó en la descripción objetiva del prevaricato ni de otro delito; además, insistió que no puso en riesgo la función recaudadora de la entidad. Así las cosas, si acaso, pudo incurrir en el incumplimiento del deber de diligencia en cuanto adoptó una interpretación normativa diversa a la predominante, pero no en el delito del que disciplinariamente se le acusó.

Aseguró que se incurrió en la violación del artículo 5 de la Ley 734 de 2002, que consagra el principio de ilicitud sustancial, pues, en últimas, se le reprochó la «supuesta intención de evitar que la Administración cumpliera con su deber de garantizar el pago de las obligaciones pendientes del contribuyente», es decir, que el operador disciplinario incurrió en grave contradicción pues «si la orden de embargo de los dineros en Bancos, desembocó en el pronto pago de las obligaciones a cargo de la Clínica San Sebastián, el supuesto obstáculo al deber de



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

garantizar el pago de aquellas, se tornó irrelevante para fines disciplinarios porque el objetivo final era el pago» y, bajo ese entendido, no hubo afectación del deber funcional a su cargo; con ello, se desestructura el principio citado, pues la conducta no podría resultar antijurídica y menos aparejar una sanción.

Sobre lo anterior agregó que en el trámite disciplinario se demostró que la orden de embargo recayó en dos cuentas bancarias de la Clínica que, según certificación de esas entidades, carecían de fondos; por lo tanto, la medida de embargo no conllevó ningún costo de oportunidad negativo para la Dian, en lo que se refiere a la afectación del deber funcional del cargo que ocupaba.

Manifestó que hubo violación de los artículos 29 constitucional y 13 de la Ley 734 de 2002, en lo que respecta a la estructuración de la culpabilidad, pues la conducta se atribuyó a título de dolo, entendido como el conocimiento que tuvo el agente, de que la conducta que asumía producía consecuencias jurídicas, lo que quiere decir que dio por sentado que el disciplinado sabía que su comportamiento constituía una conducta delictual que se adecuaba al tipo previsto en el artículo 413 del Código Penal.

Además, indicó que la calificación que se dio a su conducta, en sentir del operador disciplinario, rayaba en la imprudencia y el abuso del cargo, pues constituía un obstáculo para eliminar las posibilidades de recaudo, pero en el fallo de primera instancia se adujo que la conducta investigada derivaba de la inobservancia de las normas legales que regulan taxativamente el levantamiento de medidas cautelares dentro de la actuación de cobro, de ahí se concluyó que la gestión desplegada a través del Auto 070 del 16 de octubre de 2003 constituía una evidente desviación de la ley.

Sostuvo que lo anterior quiere decir que la calificación del aspecto subjetivo no va en consonancia con la realidad probatoria pues el ente investigador «indistintamente salta de elementos del dolo a elementos de la culpa grave y a modalidades de la culpa gravísima, dificultando el derecho de defensa y poniendo en evidencia una protuberante violación al principio de congruencia»; agregó que tal variación, que se hizo evidente a lo largo de las providencias cuya anulación se pretende, originó la



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

violación del principio de culpabilidad y dificultó el ejercicio del derecho de defensa, pues los cambios introducidos se tornaban en sorprendidos y desnaturalizaban las descripciones legales que sobre las modalidades subjetivas de la conducta están descritas en la ley disciplinaria.

Con todo, señaló que en caso de que se aceptara que la conducta fue dolosa, se debe considerar que la trayectoria del disciplinado, así como su conocimiento del proceso de cobro y las reacciones frente a la entidad, fueron determinantes para concluir que la mejor forma de lograr el objetivo de cobro era proceder en los términos en que lo hizo y, en efecto, obtuvo el cumplimiento de la obligación por parte del contribuyente, pese a que el operador disciplinario se empeñó en desconocer ese hecho.

Finalmente, planteó el desconocimiento del artículo 29 constitucional, en consonancia con el 20 de la Ley 734 de 2002, pues la finalidad del proceso disciplinario es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías de los involucrados, pero, en este caso, las decisiones disciplinarias desconocieron los argumentos dados por el procesado, así como la inexistencia del daño al deber funcional y a los fines y funciones del Estado; además, la conducta censurada, en lugar de evitar el recaudo, logró que este se produjera de manera más pronta.

Por todo lo anterior, concluyó que el operador disciplinario omitió el deber de investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestran la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, como aquellos que tendían a demostrar su inexistencia o daban lugar a eximirlo de responsabilidad. De manera que ante la falta de certeza de los hechos investigados debió absolver al disciplinado, resolviendo a su favor la duda que se había generado en torno a los hechos imputados.

1.2. Contestación de la demanda



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242:2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda¹, para lo cual expuso que el accionante confunde el ámbito del derecho penal con el disciplinario y desconoce que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que surjan con ocasión de los hechos investigados.

En lo que respecta al presunto desconocimiento del derecho de defensa del implicado, precisó que en el trámite de la investigación se cumplieron todas las etapas previstas en la ley disciplinaria, se le formuló pliego de cargos, se le permitió solicitar, aportar y controvertir pruebas, se le comunicaron oportunamente las decisiones adoptadas, se le permitió interponer recursos y se resolvieron los que se plantearon, se le escuchó en su exposición libre, entre otras garantías propias de ese trámite.

Frente a la falta de prueba que demuestre la comisión de la conducta, citó un aparte de la decisión disciplinaria de primera instancia, según la cual el actor, en su condición de administrador de impuestos nacionales de Girardot, decidió levantar la medida de embargo que recaía sobre las cuentas de la sociedad Clínica San Sebastián, determinación que fue contrastada con los artículos 837 y 841 del Estatuto Tributario, que tratan sobre el levantamiento de las medidas cautelares, así como el 815 de esa normativa, que se refiere a la compensación con saldos a favor, y de allí se concluyó que con el actuar del demandante se desatendieron tales previsiones.

Adicionalmente, en el trámite disciplinario hubo una correcta valoración del acervo probatorio, esto es, de manera conjunta y de conformidad con las reglas de la sana crítica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, con la única finalidad de obtener certidumbre sobre los hechos materia de investigación².

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

¹ Folios 563 a 569.

² Se precisa que en el memorial, el apoderado de la entidad, incurrió en error al referir que la conducta que fue investigada y que dio lugar al correctivo disciplinario fue la de incremento patrimonial no justificado; no obstante lo anterior, se hace mención a los argumentos que, en forma general, tendían a desvirtuar los argumentos formulados por la parte accionante.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El apoderado de la entidad demandada descorrió el término para alegar³ y solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, teniendo en consideración que aun a pesar de que el artículo 837 del Estatuto Tributario establece lo relativo a las medidas previas que se pueden adoptar respecto de los bienes del deudor, que el artículo 841 *ibidem* prevé que tales medidas pueden levantarse previo acuerdo de pago con la administración y que el artículo 815 de esa normativa determina que la compensación con saldos a favor procede previa solicitud del contribuyente, el actor, en los hechos materia de investigación, desconoció tales procedimientos y requisitos legales, olvido que resulta extraño, proviniendo de un funcionario con más de 10 años de experiencia en la entidad.

Con lo anterior y como en el trámite disciplinario no reposa prueba de la existencia de alguna causal de exculpación de su conducta, concluyó que había mérito para imponer el reproche disciplinario. En todo caso, aclaró que durante la actuación se recibieron pruebas de toda índole, entre ellas, testimonios de servidores de la entidad que refirieron el trámite para el levantamiento de medidas cautelares y la decisión disciplinaria se basó en todos esos elementos de juicio.

1.3.2. El demandante

El señor Rodrigo Ortiz Calderón, por intermedio de su apoderado, descorrió el término de traslado y solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, en consideración a que la sanción impuesta fue injusta, en la medida en que la entidad no resultó perjudicada con su actuar y, lejos de incumplir sus deberes funcionales, su gestión dio lugar a que la institución se beneficiara, pues le ahorró el despliegue de mayores esfuerzos para lograr el pago de las obligaciones por parte del contribuyente.

Aseguró que el único objetivo del disciplinado consistió en ser eficiente y dar paso a una política de cobro persuasivo con el propósito de evitar mayores desgastes a la administración. Finalmente, insistió en el argumento invocado en la demanda, según el cual, el interés del operador disciplinario no fue otro que sancionar la supuesta intención, en abstracto, de evitar que la administración cumpliera el deber de

³ Folios 631 a 633.



Radicado: 11001 03 25'000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

garantizar el pago de las obligaciones del contribuyente, sin considerar que lo que hizo el servidor fue acudir a un medio idóneo para lograr que el pago se realizara en un periodo más corto.

1.4. Concepto del Ministerio Público

La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto⁴ en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, en consideración a que las pruebas demuestran, sin lugar a dudas, que la falta disciplinaria objetivamente sí se configuró, pues se estaba tramitando un proceso de cobro coactivo por parte de funcionarios que hacían parte de una dependencia específica de la Dian cuyo personal tenía, dentro de las herramientas de trabajo, todas las previsiones de ley para realizar ese tipo de actuación, en las cuales radica la competencia para adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar el recaudo de los tributos al fisco; por ello, resulta extraño que un servidor ordene el desembargo, sin ser parte del proceso.

Ahora bien, aunque en el expediente disciplinario está demostrado que las deudas del contribuyente fueron pagadas en su gran mayoría, producto de las resoluciones de compensación y, bajo esa óptica, se podría asegurar que a causa de la conducta del actor se resolvió en buena parte el objeto que tenía el proceso de cobro coactivo, no se puede desconocer la evidente contradicción en el comportamiento desplegado por este, en cuanto autorizó un desembargo evidentemente irregular, pero, a su vez, logró un recaudo en beneficio del fisco, que propendió por desarrollar los fines del Estado; además, liberó al contribuyente de la carga de llevar a cargo una medida cautelar. Por ello, se puede considerar que se logró optimizar la función administrativa, pese a que se hubieran sacrificado las ritualidades de proceso de desembargo.

Así las cosas, sí hubo ilicitud sustancial, pero esta fue parcial; de manera que, aunque la falta existió, el aspecto subjetivo se debió calificar como grave culposo y, en ese entendido, imponer la sanción de suspensión, en lugar de la destitución, atendiendo

⁴ Folios 638 a 645.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

los criterios de graduación consagrados en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual la jurisdicción debe adecuar la decisión de la administración, en aplicación de lo previsto en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si con la expedición de los actos censurados, la entidad demandada incurrió en: (i) violación de los principios de legalidad, tipicidad y defensa; (ii) violación del artículo 5 de la Ley 734 de 2002, por falta de ilicitud sustancial de la conducta; (iii) error en la estructuración de la culpabilidad; y (iv) desconocimiento del artículo 20 de la Ley 734 de 2002.

2.2. Marco normativo

El régimen de responsabilidad de los servidores públicos está delimitado por lo previsto en el artículo 6 de la Constitución Política, según el cual «los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones»⁵.

El artículo 125, inciso 4, constitucional establece que el retiro del servicio en los órganos y entidades del Estado se produce por «calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley»⁶.

Entre tanto, el artículo 2 de la Ley 734 de 2002 prevé que la titularidad de la acción disciplinaria está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio del poder preferente, y también, entre otros, en las Oficinas de Control Interno de las diferentes ramas, órganos y entidades del Estado; y, según el libro I, del título I,

⁵ Negrilla de la Sala.

⁶ Negrilla fuera de texto.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

ibidem, el ejercicio del poder disciplinario se debe regir por los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, favorabilidad, proporcionalidad, motivación, entre otros; además, la actuación procesal debe estar sujeta a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción, al tenor de lo dispuesto en el artículo 94 *ibidem*.

Valga aclarar que la protección del derecho al debido proceso deviene del artículo 29 de la Constitución Política y que, en materia disciplinaria, esta garantía comprende, entre otros, los siguientes elementos: «(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de *non bis in idem*, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la *reformatio in pejus*.»⁷; adicionalmente, comporta el respeto de los principios de tipicidad, reserva legal y proporcionalidad.

En lo que respecta al principio de legalidad, la Corte Constitucional⁸ ha sostenido que comprende una doble garantía; de una parte, material y de alcance absoluto, según la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores que contengan la conducta infractora y las sanciones que conllevan su realización, y, de otra parte, formal, de la que deriva la necesidad de que exista una norma de rango legal, que convalide el ejercicio del poder sancionatorio en manos de la administración⁹.

Ahora bien, dentro de las finalidades del aludido principio están las de «(i) otorga[r] certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del Legislador; (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1034 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, que, a su vez, cita las Sentencias C-013, C-175 y C-555 de 2001. M.P. María Victoria Sáchica Méndez, Alfredo Beltrán Sierra y Marco Gerardo Monroy Cabra, respectivamente.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ *Ibidem*.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado»¹⁰.

En el caso del demandante, el juzgador disciplinario, al referirse a las faltas reprochables, le endilgó la gravísima contenida en el artículo 48, numeral 1, que es del siguiente tenor literal:

Artículo 48. Faltas gravísimas. 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.

Y el tipo penal que se le atribuyó, fue aquel consagrado en el artículo 413 del Código Penal, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 413.- Prevaricato por acción. El servidor público que **profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley**, incurrirá en prisión de [...] (Se resalta).

Asimismo, le endilgó el desconocimiento del deber consagrado en el artículo 34, numeral 2, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 23 *ibidem*, que rezan:

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

[...]

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

2.3. Hechos probados

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2002, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. Sobre la relación laboral del demandante

El 30 de agosto de 2007¹¹, el subsecretario de personal de la Dian expidió el extracto de la hoja de vida del señor Rodrigo Ortiz Calderón en el que consta que laboró en la entidad desde el 30 de agosto de 1991 hasta el 12 de junio de 2007, durante ese lapso desempeñó varios cargos y el último de ellos fue el de especialista en ingresos públicos II, nivel 41, grado 31.

2.3.2. En relación con la actuación disciplinaria

El 27 de julio de 2004¹², la jefe de la división de investigaciones disciplinarias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales profirió auto mediante el cual abrió investigación disciplinaria en contra del actor y ordenó la práctica de pruebas, por «actuaciones y hechos aparentemente irregulares, surtidas y advertidos dentro del proceso de cobro seguido por la DIAN – GIRARDOT, al contribuyente CLÍNICA SAN SEBASTIÁN – NIT: 800.197.829».

El 28 de junio de 2005¹³, la jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Dian expidió auto de formulación de cargos, en el que se endilgó el siguiente:

[...]

Con arreglo a las consideraciones antes arriba [sic] expresadas, el Despacho concluye que los hechos investigados son efectivamente irregulares, pues se tiene que el funcionario RODRIGO ORTIZ CALDERÓN [...] quien para el 16 de octubre de 2003, se desempeñaba en el cargo de Especialista en Ingresos Públicos II Nivel 41 Grado 31, con funciones de Administrador de Impuestos Nacionales en la Local de Girardot, *habría* incurrido en la falta gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, pues que en la dicha data, ordenó y suscribió el Auto No. 070, mediante el cual dispuso el desembargo a bancos a favor del contribuyente “CLÍNICA SAN SEBASTIAN LTDA”, Nit. 800.197.829, sin el estricto cumplimiento de los requisitos de procedencia que la Ley prevé al respecto y abusando de su cargo, al tiempo que *habría* quebrantado el deber establecido en el numeral 2º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002. Tal conducta de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria, [...]¹⁴

¹¹ Folios 15 al 18 cuaderno principal.

¹² Folio 392 a 395 cuaderno principal.

¹³ Folios 232 a 276 cuaderno principal.

¹⁴ Mayúsculas, negrillas, comillas y cursivas propias del texto.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El 14 de julio de 2005¹⁵, el señor Rodrigo Ortiz Calderón presentó sus descargos.

El 28 de julio de 2005¹⁶, la jefe de la división de investigaciones disciplinarias de la Dian ordenó la práctica de pruebas de oficio y las solicitadas por el investigado en los descargos.

El 26 de octubre de 2005¹⁷, se practicó diligencia de inspección administrativa sobre los expedientes del contribuyente Clínica San Sebastián, en la cual se relacionaron los documentos encontrados y se dejó constancia de que dentro de ellos no aparecía constancia de actas en las que se hubiera tratado el tema relacionado con procesos de cobro a instituciones prestadoras de salud dentro de la jurisdicción de la Administración de Impuestos Nacionales de Girardot, ni de acuerdos suscritos entre el administrador de impuestos de ese municipio y la Clínica San Sebastián.

El 23 de noviembre de 2005¹⁸, se practicó diligencia de inspección administrativa sobre los expedientes del contribuyente Clínica San Sebastián.

El 9 de diciembre de 2005¹⁹, se profirió auto de cierre de la etapa de instrucción del proceso y se ordenó correr traslado al disciplinado para que presentara alegatos de conclusión.

El 16 de febrero de 2006²⁰, la jefe de la división de investigaciones disciplinarias de la Dian profirió decisión de primera instancia mediante la cual declaró responsable al señor Rodrigo Ortiz Calderón y lo sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de trece años por las siguientes razones:

[...]

De acuerdo con la transcripción y la reseña que le precede, debe convenirse en que el **embargo de los bienes corporales e incorporales del contribuyente deudor, como medida preventiva para el pago de las obligaciones, puede perfectamente producirse antes de librarse mandamiento ejecutivo a su respecto**, esto es, en etapa persuasiva si es que se llevó a cabo, o antes de que inicie el cobro coactivo

¹⁵ Folios 288 a 311 cuaderno principal.

¹⁶ Folio 312 a 313 cuaderno principal.

¹⁷ Folios 314 a 322 cuaderno principal.

¹⁸ Folios 343 a 345 cuaderno principal.

¹⁹ Folios 375 a 376 cuaderno principal.

²⁰ Folios 78 a 138 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

propiamente dicho, que como se ilustró profusamente en el pliego de cargos, principia justamente con la emisión y notificación de la orden de pago, momento a partir del cual, es posible hablar desde el punto de vista de la técnica procesal, de la existencia de un proceso, que en el caso que nos ocupa, ostenta la calidad de coactivo.

- f De suerte, que los varios llamados de atención del procesado, en el sentido de que el embargo a las cuentas bancarias de la CLÍNICA SAN SEBASTIÁN LTDA, fue dispuesto en etapa persuasiva, etapa en el que según él, tales medidas no proceden, y la insistencia suya de que el proceso de cobro examinado, al momento de disponer él el levantamiento de la cautelar estaba en etapa persuasiva, a manera de indicación de la no aplicabilidad de las normas tributarias regulatorias de las medidas preventivas, por estar contenidas en el título referido al cobro coactivo, y siguiendo el mismo derrotero, la **procedencia y hasta necesidad de levantar las así adoptadas, como forma de justificar su incumplimiento al deber funcional, no están llamados a prosperar, pues que como se explicó en el punto de análisis del artículo 837 del Estatuto Tributario, sí es posible disponer la adopción de medidas preventivas, antes de librar orden de pago, porque así lo quiso el legislador [...].**

En lo que tiene que ver con las manifestaciones del disciplinado, según las cuales el proceso de cobro seguido a CLÍNICA SAN SEBASTIÁN LTDA, tal como lo adelantaba el área de cobranzas de la DIAN – GIRARDOT, adolecía de falencias, que en términos generales resume en que no se dieron al contribuyente las garantías y medios para que cumpliera con sus obligaciones, sin acudir al embargo de sus cuentas, como argumento para insistir en la improcedencia jurídica de la medida preventiva de embargo que dispuso la jefe de la dependencia de cobro, dirá el fallador que aun cuando el mismo no hubiera surtido todos los pasos que conforman la gestión persuasiva de recuperación de cartera, tal como fueron entendidos y planteados por las áreas comprometidas con tal actividad, esto es, en primer lugar Subdirección de Cobranzas, y en segundo término la Oficina Jurídica, ello no significa en manera alguna, que la medida cautelar así adoptada, no pudiera serlo, pues como se ha señalado insistentemente, **el embargo tenía y tiene cabida en cualquier etapa del proceso de cobro**, pues la legislación establece, que bien puede decretarse previamente a la emisión del mandamiento de pago, o simultáneamente con ésta, e incluso es procedente con posterioridad a que se haya librado la orden ejecutiva.

[...]

Si bien las argumentaciones del contribuyente le convencieron para proceder como lo hizo, desembargando dos de sus cuentas, **era su deber obrar si así estaba convencido que debía hacerlo, acatando la ley, e ilustrando al contribuyente sobre las posibilidades que a su juicio se le habían negado hasta entonces, señalándole para ello, si no estaba en sus posibilidades cubrir directamente la obligación, que podía suscribir un acuerdo de pago, o intentar una compensación, respetando eso sí los términos que no por capricho dispuso el legislador para la última de las gestiones mencionadas**, dado el análisis que ella entraña antes de su definición, que valga recordar, tampoco es definitiva, y luego sí, tras ello, ordenar el desembargo en legal y debida forma.

[...]

En este punto es menester precisar también, que contrario a lo manifestado por el disciplinado en su defensa, [...] al momento de disponerse el embargo, NO se contaba con solicitud de compensación, **sino con un comunicado que refería a la intención de pedir la misma**; y aun cuando hubiera existido en estricto sentido la dicha solicitud de compensación, se insiste, **ella no tenía vocación de dar por extinguidas las obligaciones adeudadas**. Más aún, el comunicado contentivo de la referencia que



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

señala la intención de presentar solicitud de compensación por parte de CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA., y que es del 23 de septiembre de 2003, registra la anotación de que "... estaremos en la próxima semana ante sus instalaciones presentando la solicitud de compensación de un saldo a favor que tenemos en la DECLARACIÓN DE RENTA DEL AÑO GRAVABLE 2002...", pese a ello, **la radicación de la dicha solicitud, se verificó sólo el 24 de octubre de 2003, esto es, un mes después del comunicado que anunciaba su formulación, y en todo caso, una vez producida la medida de embargo de cuentas bancarias, y cristalizado el levantamiento de parte de la misma.**

Para el despacho no resulta ajeno, que en el terreno de las probabilidades se encuentre, la circunstancia de que si hubiera sido conocida por el gestor, o su superiora, la comunicación del contribuyente, manifestando su "intención" de solicitar la compensación de obligaciones debidas con un saldo a favor liquidado en su denuncia rentística, otro hubiera sido el obrar del área de cobranzas; no obstante lo cual, **el no haber conocido de tal comunicación, y haber ordenado la medida de embargo, no desaparecen del escenario jurídico, el que su levantamiento tuviera que sujetarse a las prescripciones que sobre el particular consagran la ley y el reglamento, entre las que desde luego no se cuenta, el no haber conocido de un comunicado en que el obligado manifestaba su intención de solicitar la aplicación de la figura de la compensación.**

Dicho de otro modo, e insistiendo sobre lo ya expresado en la providencia contentiva de los cargos, **una vez producido el embargo, cualesquiera hubieran sido las condiciones en que este se adoptó, su levantamiento debía someterse al imperio de la ley, sin que en consecuencia, pudiera estar sujeto a apreciaciones personales de un servidor de la contribución, aún con autoridad, por una sencilla razón, cual es, el que el embargo como figura jurídica, encuentra su creación y regulación en la ley, mientras que el tema de la gestión persuasiva de cobro administrativo, constituye apenas un desarrollo de política de la entidad, y se recoge en manifestaciones de la voluntad de ésta, de carácter administrativo y/o reglamentario, tales como circulares, memorandos y demás, que no alcanzan el nivel legal, y en consecuencia resultan de menor entidad que la ley, al punto que no tienen vocación de desplazarla, y contrario a ello, le deben acatamiento.**

[...]

Al respecto encuentra el fallador, **que si bien el investigado aduce como uno de los motivos determinantes de su comportamiento, su preocupación por la calidad del contribuyente deudor, en lo que toca con el servicio que presta, y llama la atención sobre la protección constitucional del mismo, debe decirse que ya desde los cargos, el Despacho había manifestado que pese a la protección constitucional alegada por el disciplinado, el deber de la Administración y en especial de quien fungía de gerente y máxima autoridad dentro de ella, era garantizar el cumplimiento de una de las funciones que el legislador encomendó a la DIAN, función de la entidad a la que sirve y pertenece, sin que con ello se desestime el que se actué en acatamiento del espíritu de justicia que consagra la legislación, en su artículo 683 del Estatuto Tributario; por esta razón, no encuentra el despacho que con el ejercicio de la función administrativa de cobro se cause un perjuicio a una función o servicio constitucionalmente protegido, pues que el proceso demostró, que el contribuyente CLÍNICA SAN SEBASTIÁN LTDA., pese a su especial objeto y función, es un contribuyente con los mismos deberes y obligaciones, así como derechos de que goza cualquier otro, lo que implica que se le aplique la misma normatividad que a cualquier contribuyente, haciendo del embargo de sus cuentas, una gestión permitida.**



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

[...]

Vistas las cosas como las plantea el investigado, sería imperativo concluir que según sea el objeto social desarrollado por el contribuyente, la DIAN debe perdonar o consentir el incumplimiento de las obligaciones tributarias nacionales en que incurra, otorgándole cada vez especiales prerrogativas, incluida la del levantamiento de medidas preventivas adoptadas, aun cuando no se haya verificado la total satisfacción de las deudas, o se haya por lo menos suscrito un acuerdo de pago que las contemple, lo cual definitivamente no es de recibo para el fallador.

3. El desembargo se produjo sobre dos de 24 cuentas embargadas.

[...]

Por otro lado, en cuanto toca con la afirmación de que con la medida de desembargo adoptada no se causó perjuicio alguno a la Entidad, representado en el hecho de que no se ordenó devolver ningún dinero, y que además las cuentas bancarias respecto de las cuales se levantó la preventiva, fueron reportadas con saldos en rojo por los bancos, se dirá que obviamente no se dispuso la devolución de dinero de las cuentas desembargadas a favor del contribuyente, por cuanto de una parte su exclusión del comercio, fue reversada en forma prácticamente inmediata por parte del disciplinado RODRIGO ORTIZ CALDERÓN, y por otra, que se deriva de la anterior gestión, el dinero que hubiera podido estar en ellas, no alcanzó a ser puesto a disposición de la DIAN. De lo dicho se deriva también, la lógica conclusión de que la Administración Tributaria Nacional, posterior a la adopción de la medida de desembargo de dos cuentas bancarias, fuera informada por parte de los bancos a las cuales pertenecían, que ellas no contaban con recursos, pues es de suponer que a la altura de rendición del informe, el dinero en ellas contenido ya hubiera sido objeto de retiro.

4. Facultad de la Administración de corregir errores.

[...]

Ahora bien, para el fallador es claro que en el caso que ocupa su atención, no se configuraba causal que permitiera válida y legalmente revocar el acto administrativo por cuya virtud la Jefe de la División de Cobranzas de la DIAN-GIRARDOT dispuso la adopción de una medida de embargo sobre las cuentas bancarias de CLÍNICA SAN SEBASTIÁN LTDA., y más aún, debe indicar que **el acto administrativo que debió revocarse, fue el expedido por el doctor RODRIGO ORTIZ CALDERÓN, esto es el número 070 del 16 de octubre de 2003, mediante el cual dispuso el levantamiento de la medida de embargo a que se aludió, dado que su motivación no se correspondió con las exigencias que para tomar determinaciones de tal naturaleza, estableció el legislador.**

5. Las obligaciones no tenían peligro de prescripción cercana.

Frente a este argumento, estima el despacho, que precisamente por estar lejana la prescripción de la acción de cobro, respecto de las obligaciones a cargo de CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA., era no solo procedente, sino prudente, que se invitara al contribuyente a suscribir una facilidad de pago, o incluso a gestionar prontamente su solicitud de compensación, poniendo para ello los medios a disposición de la Administración, tales que eran más cercanos a quien tenía la autoridad para poner en contacto al contribuyente con las áreas competentes, y eventualmente solicitar la celeridad posible y requerida para la gestión de tales trámites, en cambio de optar, por ir contra la norma, desembargando cuentas que respaldaban las obligaciones



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

a recaudar, sin más fundamento que el que el contribuyente tenía la intención de adelantar el trámite de la compensación.

[...]

6. *El contribuyente tenía intención de pago y no es comparable con otros contribuyentes agiotistas o verbigracia comerciantes de zapatos renuentes a pagar sus impuestos.*

La diferenciación que hace el disciplinado entre unos y otros contribuyentes, no viabiliza su comportamiento, y más bien lejos de ello, se constituye en una motivación inaceptable para obrar como lo hizo, dado que **las normas tanto tributarias, como disciplinarias que nos ocupan, entrañan la condición de objetividad**, y en consecuencia el actuar de todo servidor público que deba ser operario de las mismas, debe sujetarse a tal calidad; **por lo que dar un tratamiento diferente, apartándose además del imperativo legal, y poniendo de relieve manifestaciones descalificadoras respecto de otro sector o sectores de contribuyentes, para legitimar su conducta, no puede tenerse de recibo como argumento de defensa** para este despacho, aun cuando en la formulación de referencias de semejante naturaleza, se indique que se contaba con manifestación del contribuyente CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA., en el sentido de tener intención de pago, para mostrarlo como un obligado serio, porque se insiste, si su intención era de tal entidad, perfectamente hubiera podido optar, para zanjar las consecuencias que entrañaba el embargo de sus cuentas, por uno de los medios establecidos por la ley y el reglamento, que cambiaran la situación de exigibilidad de los títulos ejecutivos que sirvieron de base para imponer la cautelar, verbo y gracia, [sic] accediendo a un acuerdo de pago, ya que a esta altura, aún no había puesto en marcha el aparato administrativo tributario, en el sentido de que se estudiara su saldo a favor del denunciado rentístico del año 2002, que de resultar positivo, permitiera la declaración de compensación de obligaciones.

[...]

7. *No hubo favorecimiento al contribuyente, ni perjuicio, pues las obligaciones se cancelaron con intereses.*

Frente al tema del favorecimiento, se dirá que sí lo hubo, pues que **la gestión desplegada por el implicado, se representó en la concesión de prerrogativas a CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA, no posibles en las circunstancias en que se encontraban los títulos ejecutivos que servían de base a la acción de cobro, y que fueron soporte de la medida cautelar adoptada; las prerrogativas a que alude el fallador, se tradujeron en el levantamiento de la medida preventiva, sin que previamente se hubiera verificado la cancelación total de las obligaciones objeto de cobro, o el favorecimiento para su pago, a través de facilidad.**

Más aun, para obrar como lo hizo, al disciplinado le bastó contar con la intención manifestada por el contribuyente, de presentar una solicitud de compensación con cargo a un saldo a favor, que había asegurado elevaría hacia la primera semana del mes de octubre de 2003, y que obviamente a la fecha del embargo no había iniciado su trámite.

Ni que decir para sustentar la convicción del fallador, de que el disciplinado obró favoreciendo al contribuyente CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA, cuando se topa en el plenario, que **el memorial que sustentó la petición de levantamiento de la medida de embargo, fue extendido un día después de obtenido el beneficio de la reversación [sic] de la cautelar, esto es, que se escribió para formalizar un hecho cumplido**, al punto que en su cuerpo se lee, que fue recibido en la DIAN-GIRARDOT apenas el 22 de octubre de 2003, y además su texto registra la petición de



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

levantamiento de la medida, apelando para el efecto, a la autorización de que trata el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, que refiere a la consignación de sumas de dinero para obtener tal beneficio, y pese a estar en la certeza de que tal norma no iba a ser operada, o aplicada realmente, se cita como fundamento de la solicitud.

[...]

8. Convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria.

[...]

Señálese en este punto de la reflexión, que el disciplinado ostentaba el más alto de los cargos en la DIAN - GIRARDOT, esto es, el de Administrador de Impuestos Nacionales, el cual al momento de comisión de la falta, venía siendo ejercido por él, hacía no pocos años, por lo menos nueve (9), circunstancias éstas que por sí mismas, hacían demandable de él, actuaciones de alta calidad, esto es, permeadas por precisión jurídica y de facto, la eficiencia y la eficacia, entre otras tantas características, pues que fue en consideración a la posesión de tales atributos, que debió la Administración Pública, honrarle y de hecho lo hizo, con el nombramiento en tan importante dignidad pública. En tal sentido, y como ya se anunció, atendiendo a las especiales calidades que le eran propias, **dado el cargo que desempeñaba, el tiempo que llevaba ejerciéndolo, y la trayectoria y experiencia adquiridas durante el período de prestación del servicio, bien hubiera podido superar la convicción que hoy se alega, valiéndose de la opinión de autoridades expertas, o de la realización de un juicioso comité, en el que se hubieran valorado todos los elementos de la situación que se le ponía a consideración, y planteado las alternativas por las cuales optar;** en cambio de eso, arguyendo contar con la más alta autoridad en materia de impuestos nacionales en su jurisdicción, y basándose en su propio conocimiento del tema, decidió aceptar sin más, la petición de levantamiento de medida por parte del contribuyente, en las condiciones conocidas por el proceso, que como ya se dijo, no permitían la adopción de una decisión de semejante naturaleza.

[...]

9. Nulidad por basar cargos en proceso disciplinario sobre norma del derecho penal.

[...]

Al respecto baste señalar que la conducta observada por el aquí disciplinado, de acuerdo con todas las consideraciones presentadas, enmarca en la descripción **OBJETIVA** del prevaricato por acción a que se refiere la ley sustancial penal, y precisamente por ello, atendiendo a la redacción de la norma disciplinaria que arriba se transcribió, es que se formulan cargos al encartado en dicho sentido, los cuales en este proceso, le son exclusivamente para los efectos disciplinarios y únicamente para ellos. Se anota categóricamente por parte del fallador, que en lo delictivo de la conducta investigada en este proceso y también denunciada en la Fiscalía, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria, determinar su alcance, conforme a la dogmática que le es propia, lo cual además explica el que el mismo comportamiento sea objeto de investigación por virtud del ejercicio de acciones independientes, una propia de la jurisdicción, y otra de la Administración Pública.

[...]

10. Los cargos violan su derecho a la defensa, a la contradicción de pruebas y al debido proceso.

No encuentra el despacho fundamento real, ni legal, para la apreciación descrita por el disciplinado en su defensa, pues que el proceso cuenta con su versión libre y espontánea, un escrito con nuevos argumentos, descargos y una posibilidad procesal



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

de defensa sin emplear, cual fue la de los alegatos de conclusión que no presentó el implicado, con lo que no puede aducirse violación a su derecho a la defensa. En el mismo sentido, toda prueba practicada de oficio o a petición de parte, le fue comunicada oportunamente, en cuanto a fecha, lugar y hora de realización, al punto que participó en algunas activamente al momento de practicarse, o se refirió a ellas, por ejemplo al tiempo de presentar sus descargos. Finalmente, el proceso disciplinario se há surtido en sus etapas y términos con sujeción a lo reglado por la ley que le es aplicable, es decir la ley 734 de 2002, con lo que no encuentra asidero el despacho para aceptar tales argumentos. [...] ²¹ [Resalta la Sala].

El 8 de marzo de 2006²², el disciplinado presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión.

El 15 de mayo de 2007²³, el director general de la Dian al resolver el recurso de apelación, confirmó la decisión de la primera instancia. Para el efecto señaló:

[...]

Para resolver estos argumentos [se refiere a los invocados para sustentar el argumento de violación de las normas en que debía fundarse por falta o errónea aplicación], es preciso primero determinar si el tipo penal contenido en el artículo 413 del Código Penal es aplicable a la conducta desplegada por el disciplinado, consistente en la expedición del Auto de desembargo a bancos No. 070 de Octubre 16 de 2003, cuando solo existía la intención por parte del contribuyente CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA, de compensar un saldo a favor del año anterior por el impuesto sobre la renta y por mayor valor de lo adeudado, para lo que se tendrá en cuenta la literalidad del artículo bajo análisis [...].

[...]

El sujeto sobre quien recae el tipo penal descrito es el servidor público, calidad que ostenta el señor RODRIGO ORTIZ CALDERÓN, tal como se observa en la hoja de vida [...]. Otro aspecto que regula esta disposición es el relativo a cual [sic] es el acto que debe proferir el funcionario (servidor público) en desempeño de sus funciones oficiales sujeto a considerarse manifiestamente contrario a la ley, para lo cual ha de tenerse en cuenta lo señalado por la doctrina [...].

[...]

Bajo este esquema **no cabe duda que el Auto de Desembargo No. 070 de Octubre 16 de 2003 proferido por el disciplinado, hace parte de los elementos descriptivos del tipo penal que aquí se estudia. Ahora el acto reprochado a este sujeto penalmente es que se profiera una resolución, dictamen o concepto contrario a la ley y es sobre este supuesto de hecho que se construye la responsabilidad que hoy se discute, ya que el disciplinado profiere un Auto de desembargo fechado el día 16 de octubre de 2003, sin que para llevar a cabo tal actuación se cumplieran los presupuestos jurídicos contenidos en el Estatuto Tributario Artículo [sic] 837 y 841 relativos a las causales de levantamiento de las medidas preventivas:**

[...]

²¹ Mayúsculas y cursivas propias del texto transcrito.

²² Folios 378 a 391 cuaderno principal.

²³ Folios 33 a 71 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Acorde con estos presupuestos legales y revisado el expediente esta agencia disciplinaria observa que en la etapa del proceso de cobro en la que el disciplinado adoptó la medida de desembargo **no existía la resolución de compensación o acuerdo de pago suscrito por la Administración Tributaria, que en el caso bajo examen únicamente existía un oficio enviado por el Gerente de la CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA LTDA el día 23 de septiembre de 2003 [...]** en los siguientes términos:

"...estaremos la próxima semana en sus instalaciones presentando la solicitud de compensación de un saldo a favor que tenemos en la declaración de renta del año gravable 2002, [...]"

De este oficio pudiera extractarse la intención de compensar un saldo a favor del año gravable 2002, sin embargo la literalidad y la intención de la norma es clara ya que no se puede decretar el desembargo por meras expectativas de pago, puesto que tal comportamiento puede ocasionar un gran perjuicio a la función pública de la Administración Tributaria encaminada al recaudo efectivo de los tributos. Ahora bien, la posibilidad que la administración tributaria tiene para efectuar oficiosamente la compensación es la existencia de una solicitud de devolución y que existan deudas fiscales a cargo del solicitante, presupuesto que tampoco se observa en el presente caso. (Parágrafo del artículo 816 del Estatuto Tributario). Así las cosas, es la simple comparación entre la norma tributaria y el proceder del disciplinado la que sirve para determinar que tal comportamiento fue **manifiestamente** contrario a la ley, en la medida que no se ajusta a los presupuesto [sic] jurídicos aquí descritos y que por el contrario pone en riesgo la función recaudadora de la Administración Tributaria [...].

[...]

Bajo este esquema, **no puede el disciplinado revocar un acto administrativo de embargo que seguía los lineamientos de la normatividad tributaria respecto de los procesos de cobro persuasivo, mediante la expedición de otro totalmente contrario a dichos lineamientos, en la medida que el auto de Desembargo No. 070 de octubre 16 de 2003, no constituía una solución jurídica viable en el proceso de cobro adelantado** contra el HOSPITAL SAN SEBASTIÁN, en la medida que no se realizara un acuerdo de pago o se formalizara la compensación por los saldos a favor a la que tenía derecho el contribuyente.

[...]

De modo que **no puede hablarse de aplicación analógica cuando la ley es expresa, para el caso particular, en determinar las condiciones bajo las cuales procede el levantamiento de las medidas cautelares** adoptadas en el proceso de cobro, sin que para ello pueda siquiera asimilarse la sanción de clausura de establecimiento consagrado en el artículo 657 del estatuto Tributario, ni los supuestos para su improcedencia como sería la existencia de un saldo a favor (bajo los parámetros consagrados en el literal f del citado artículo) o cuando se trate de entes que prestan servicios públicos (supuesto antecedido de la situación fáctica señalada por el literal a) ibídem), por ende, es absolutamente contrario a derecho en el caso particular intentar una interpretación analógica de disposiciones fiscales tan disímiles.

[...]

• **AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO Y DE VIOLACIÓN A UN INTERÉS JURÍDICAMENTE TUTELADO.**

[...]

Sobre el argumento planteado es oportuno referirse a **la conducta reprochada al disciplinado la que se calificó como dolosa, ya que el disciplinado tenía el**



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

conocimiento de cuál era el procedimiento que debía seguirse conforme a la normatividad tributaria que regula el levantamiento de las medidas cautelares y sin embargo su voluntad se encaminó contra derecho, vulnerando las disposiciones referidas [...].

[...]

Por lo que a esta agencia disciplinaria no le queda duda que el disciplinado **conocía la normatividad en torno al tema de cobranzas, adecuando su conducta dolosamente.** En este orden de ideas y para revisar la falta disciplinaria que particularmente se investiga no sobra referirse a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional cuando señala que la conducta desplegada por el disciplinado debe adecuarse a cada derecho pues la finalidad de cada uno es distinto [...].

[...]

Así las cosas, la adecuación típica en la normatividad disciplinaria, referida a la falta gravísima no exige un desarrollo minucioso del tipo penal en tanto que la alusión es de carácter objetivo a los títulos penales sancionables a título de dolo, lo que involucra la enunciación legal o la determinación de los elementos de manera objetiva y si estos comprometen el ejercicio de la función pública; de ahí que basta agregar que para la configuración normativa que señala el artículo 48 numeral 1 corresponde a la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como conducta sancionable a título de dolo, que para el caso particular lo estructuró el prevaricato por acción, tipo penal ya analizado en forma precedente.

[...]

• **FALSA Y ERRÓNEA MOTIVACIÓN**

[...]

El criterio a determinar la existencia o no del desmejoramiento de las garantías de cobro a la administración tributaria se entiende en la medida que con la decisión adoptada por el disciplinado consistente en desembargar las cuentas al contribuyente CLÍNICA SAN SEBASTIÁN CIA LTDA, sin tener un acuerdo de pago o sin haberse efectuado la respectiva compensación de los saldos a favor, la administración no cuenta con la garantía que se estructura mediante el embargo ya sea de bienes muebles o inmuebles, de modo que **es cierto que se ve afectado el embargo (garantía) efectuando su levantamiento sin que se reúnan los presupuestos jurídicos para ello.**

[...]

Sobre el particular es preciso tener en cuenta que la **Administración Tributaria no puede oficiosamente ordenar la compensación de los saldos a favor a menos que exista una solicitud de devolución y que existan deudas fiscales a cargo del solicitante,** presupuesto que tampoco se observa en el presente caso (Parágrafo del artículo 816 del Estatuto Tributario), estructura que ve indispensable la manifestación de voluntad del contribuyente como garante en los procesos de cobro adelantados por el fisco. Por ende, el oficio enviado por el contribuyente CLÍNICA SAN SEBASTIÁN CIA LTDA no puede entenderse como la manifestación actual (para ese momento) de la voluntad puesta que como ha sido ya analizado por esta instancia, ese escrito manifestaba la voluntad futura de solicitar la compensación de los saldos a favor, sin que de ella se concluyera la certeza sobre un comportamiento futuro, de modo que lo que corresponde a la realidad es el análisis aquí descrito.

[...]

Respecto de este motivo de impugnación es preciso anotar que para que la falta disciplinaria contenida en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, se tipifique ha de ser



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

cometida a título de dolo; en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, ello para indicar que **es necesaria la relación funcional al efectuar la incriminación y el acto reprochado al disciplinado surgirá como consecuencia del incumplimiento de las tareas o cometidos oficiales de la entidad en que labora o de las que devienen del ejercicio del cargo que se ostenta y es en este esquema conceptual que el pronunciamiento del censor de instancia se ajusta a derecho**, cuando el fallo recurrido desarrolla las normas quebrantadas en las que se encuentra el artículo 34 numeral 2 ibídem, de los deberes; momento en el que refiere al abuso del cargo pues con su conducta se desbordó el imperio de la ley, al proferir el Auto de desembargo No. 070 de octubre 16 de 2003, sin que, como quedó demostrado en la presente investigación, se reunieran los requisitos de la normatividad tributaria [...].

[...]

• **FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN**

[...]

Así, bajo las premisas descritas en este estudio sobre el principio de proporcionalidad de la pena (sanción), se confirma el análisis que respecto de la sanción realizó el a-quo, pues de conformidad con el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, adecuó típicamente la conducta reprochada al disciplinado y en concordancia con lo señalado por el numeral 1 del artículo 44 ibídem la sanción que corresponde a las faltas gravísimas es la de **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL**, respetando el aspecto cualitativo que debe tener la sanción. Y el estudio cuantitativo de la misma obedeció a los parámetros señalados por la normatividad disciplinaria en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, así: [se cita la norma]

[...]

En este orden de ideas la sanción impuesta al disciplinado reúne tanto cualitativa como cuantitativamente la proporcionalidad de la misma, por ende el argumento que sobre el tema expone el recurrente no será atendido por esta instancia, [...]

• **ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA CAUSAL EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD INVOCADA Y DE GRADUACIÓN DE LA CULPA.**

[...]

En este orden de ideas, no es admisible, para esta instancia que un conocedor de los procesos de cobro al interior de la DIAN, con una amplia experiencia, en el que la confianza depositada era tal que asumió la Administración en Girardot, expidiera un acto administrativo de desembargo, sin que para ese momento se encontrara en una situación tal que le impidiera realizar otra actuación jurídica conforme a derecho como las antes referidas (acuerdo de pago o compensación), máxime cuando en el proceso disciplinario aquí desarrollado no se encontró prueba alguna de cual [sic] fue el hecho o situación que llevara el proceder del disciplinado a actuar con error.

• **TÉRMINO ADICIONAL PARA PRACTICAR PRUEBAS**

[...]

Ahora bien, lo que pretende el apelante es plantear la existencia de una posible causal de nulidad por violación al debido proceso, en la medida que a su juicio las pruebas decretadas en el Auto No. 049 de fecha 28 de julio de 2005 y no practicadas, consistentes en allegar al proceso fotocopias de las actuaciones llevadas en el expediente de cobro seguido al Hospital San Rafael, relacionadas con el procedimiento ordenado por el disciplinado con respecto del embargo y desembargo y en escuchar la



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

declaración juramentada del funcionario que recibió el escrito radicado No. 00477 suscrito por el señor JORGE LARA SALINAS, para que esclarezca lo sucedido con el escrito de la referencia desde su recibo, vulnera dicho principio, de acuerdo con el precepto legal enunciado, el investigador actuó acorde con la situación fáctica probatoria y a la ley.

[...]

En este sentido el carácter sustancial del vicio se encuentra íntimamente ligado con su trascendencia, la cual constituye principio orientador de la declaratoria de las nulidades, por lo que no basta acreditar la configuración de irregularidades, sino que es necesario demostrar que ellas afecten derechos de los sujetos procesales o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, El recurrente debe demostrar un perjuicio cierto para que prospere la solicitud de anulación que para el presente caso no resulta aplicable [...] ²⁴ [Negrilla fuera de texto].

El 12 de junio de 2007²⁵, el director general de impuestos y aduanas nacionales expidió la Resolución 06808, a través de la cual hizo efectiva la sanción disciplinaria impuesta al demandante.

2.3.3. Pruebas valoradas por la autoridad disciplinaria

2.3.3.1. Documentales

El 23 de septiembre de 2003²⁶, el gerente general de la Clínica San Sebastián y CIA Ltda. le comunicó a la jefe de división de recaudación y cobranzas de la Dian de Girardot, que para solucionar la acreencia que tenía por concepto de ventas y retención en la fuente «estaremos la próxima semana ante sus instalaciones presentando la solicitud de compensación de un saldo a favor que tenemos en la DECLARACIÓN DE RENTA DEL AÑO GRAVABLE 2002».

El 15 de octubre de 2003²⁷, la jefe de división de recaudación y cobranzas de la Dian Girardot expidió la Resolución 167 mediante la cual ordenó el embargo de los dineros depositados en las cuentas corrientes y/o de ahorros y a cualquier título, en bancos, corporaciones de ahorro y compañías de financiamiento comercial en todo el país a nombre del contribuyente Clínica San Sebastián.

²⁴ Mayúsculas y cursivas propias del texto citado.

²⁵ Folios 23 y 24 cuaderno principal.

²⁶ Folio 7 cuaderno principal.

²⁷ Folios 396 a 197 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El 16 de octubre de 2003²⁸, el administrador de impuestos nacionales en Girardot mediante Resolución 070 ordenó el desembargo de las cuentas corrientes y/o de ahorro y a cualquier título, en bancos, corporaciones de ahorro y compañías de financiamiento a nombre del contribuyente Clínica San Sebastián, para lo cual invocó, entre otros, los siguientes fundamentos:

2.- Que mediante oficio de fecha septiembre 23 de 2003 radicado en esta Administración bajo el número 004771 del 24 de septiembre de 2003, el señor JORGE E. LARA SALINAS, representante legal de la CLÍNICA SAN SEBASTIÁN Y CIA. LTDA, [...] informa que para dar solución a la acreencia que tiene el deudor en mención, **presentara [sic] una solicitud de compensación de un saldo a favor que existe en la declaración de renta año gravable 2002** por valor de [...]

3.- **Que mediante orden impartida a la División de Cobranzas por parte del Administrador de Impuestos Nacionales de Girardot [...]** siendo las 3:00 pm del 16 de octubre de 2003, autoriza levantar el Embargo de las sumas de dineros depositados en cuentas corrientes y/o de ahorro y a cualquier título, en bancos, corporaciones de ahorro y vivienda y compañía de financiamiento comercial de todo el país, a nombre de Propiedad de: CLÍNICA SAN SEBASTIÁN [...] [se resalta].

El 16 de octubre de 2003²⁹, el señor Rodrigo Ortiz Calderón, en calidad de director de impuestos de Girardot expidió los oficios números 232-8508067-8060 y 232-8508067-8061 mediante los cuales ordenó a los Bancos de Occidente y Colmena el desembargo de las cuentas de la clínica aludida.

El 17 de octubre de 2003³⁰, el gerente general de la Clínica San Sebastián y CIA LTDA le solicitó a la Administración de Impuestos de la Dian en Girardot el desembargo de las cuentas a nombre de la mencionada entidad hospitalaria.

El 20 de octubre de 2003³¹, el subgerente administrativo del Banco de Occidente informó a la jefe de la División de Recaudación y Cobranzas de la Dian, que la clínica en referencia estaba -para esa época- vinculada a través de una cuenta corriente que registraba un saldo en rojo por la suma de \$10.879.169,01. En esa fecha, la central de embargos del banco Colmena también certificó que la institución de salud era titular de una cuenta corriente y que reportaba un saldo en sobregiro por \$45.113.639.

²⁸ Folios 398 a 399 cuaderno principal.

²⁹ Folios 3 y 4 cuaderno principal.

³⁰ Folios 400 a 402 cuaderno principal.

³¹ Folios 5 y 6 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El 22 de octubre de 2003³²; el gerente general de la Clínica San Sebastián y CIA LTDA le solicitó a la Administración de Impuestos de la Dian en Girardot el desembrago de las cuentas a nombre de la mencionada entidad hospitalaria.

2.3.3.2. Versión Libre

El 30 de marzo de 2005³³, el señor Rodrigo Ortiz Calderón rindió su versión libre y espontánea, de la cual se extracta lo siguiente:

[...] En primer lugar, reafirmo de manera categórica que no hubo ninguna irregularidad en mis actuaciones como Administrador de Impuestos Nacionales de Girardot, y que por el contrario mi actuación fue diligente y transparente, con el fin de favorecer los intereses de la Dian y del Estado, frente a una posible demanda por daños y perjuicios a una entidad encargada de prestar un servicio público fundamental, como es el de la salud, amparada por la misma Constitución Nacional, y que goza de especial protección el Estado por sus características sociales dirigidas al grueso de la población Colombiana, respaldo lo anterior en todas la irregularidades y negligencias que se presentaron durante el proceso de cobro persuasivo iniciado el día 23 de abril de 2003, a dicho contribuyente y los cuales puse de manifiesto [sic] en el escrito de fecha 30 de marzo de 2003, de 6 paginas [sic] que le hice entrega en este momento [...] previamente al embargo decretado de manera arbitraria por la jefe de la División de Cobranzas de ese momento, se volaron unos pasos previos de obligatorio cumplimiento en el proceso de cobro persuasivo, en el cual se señala que el funcionario gestor debe realizar las siguientes funciones básicas dentro del proceso de cobro persuasivo antes de tomar unas medidas de las características del embargo a bancos. En primer lugar debe comunicarse con el deudor para recordarle la obligación y el cumplimiento que debe darle a los avisos de cobro, Estas [sic] función se cumple personal o telefónicamente, indicando el monto de la deuda por capital y sanciones, advirtiéndole que los intereses dependerán de la fecha de cancelación, suministrando para el efecto la tasa necesaria para su determinación y advirtiéndole de las consecuencias de no atender oportunamente el cobro persuasivo, En segundo lugar debe el funcionario gestor persuadir al deudor para obtener el pago o para lograr que se acoja al beneficio de plazos para el pago. Así mismo, se debe plantear la [sic] deudor la compensación con saldos que tenga a su favor, como forma de extinción de la obligación, o la viabilidad de obtener un plazo para el pago, bajo el cumplimiento de las disposiciones que se disponga reglamentariamente, como acciones que le reportan beneficios frente a las coactivas de ejecución que son las siguientes en el proceso. En tercer lugar, ante los resultados negativos de la anterior gestión, el gestor debe realizar la investigación de bienes del deudor con el fin de proferir las medidas cautelares que fueran procedentes, de las cuales habiendo acierto en el expediente debe pasar al cobro coactivo, para que se proceda su perfeccionamiento y ejecución, como puede verse el procedimiento cobro persuasivo le obligaba al funcionario gestor que teniendo conocimiento de la existencia de saldos a favor del contribuyente debería plantear [sic] al deudor la compensación como forma de extinción de la obligación, actuación que nunca llevo [sic] a cabo dicho funcionario y aún más desconociendo el proceso de cobro persuasivo señalado habiendo consultado él el día 15 de agosto 2003, la consulta integral por impuestos obrante a folio 41 del expediente se establecía una deuda por

³² Folios 400 a 402 cuaderno principal.

³³ Folios 189 a 199 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

valor de \$298.306.000 y un saldo a favor por renta de \$399.852.000, saldo muy superior a lo adeudado y en ese momento debió haberle planteado al contribuyente la opción legal de que solicita [sic] la compensación como una forma de extinción de la obligación legal y válida [sic] de acuerdo con la normatividad reglamentaria [...] Como se puede ver, el tratamiento dado a esta institución fue un tratamiento violatorio del debido proceso que obligatoriamente debemos aplicar todos los funcionarios públicos, un desconocimiento del derecho de defensa, un desconocimiento del principio Constitucional y tributario, como el de la buena fe al ignorar tanto la obligación de plantear la compensación por parte de la Dian, como el ignorar la solicitud del contribuyente, Es de aclara [sic] también que **no existía ninguna premura en las actuaciones de la Administración y que perfectamente se hubiera podido esperar el resultado de la compensación, el cual por Ley se debe dar después de los 30 días e [sic] radicada la solicitud** para tomas [sic] cualquier decisión, puesto que se trataban de deudas nuevas todas del 2003 existía la voluntad de pago por parte del contribuyente manifiesta [sic] no solamente mediante el escrito señalado, sino por los pagos parciales que realizó durante el proceso de cobro persuasivo [...] como usted puede darse cuenta previo a las diligencias de embargo en cualquier proceso de cobro persuasivo se deban [sic] agotar unas instancias que no se cumplieron y se le debe facilitar al contribuyente [sic] todas la [sic] opciones que la Ley le permita para la extinción de las obligaciones tributarias, [...] inclusive después de mi salida como Administrador hay [sic] si se procedí [...] de manera diferente, pues ya no se llevó a cabo un nuevo embargo a bancos y escogieron otras opciones como embargo a bienes, Expedición de un mandamiento de pago y el otorgamiento de una facilidad de pago, como debió haberse hecho anteriormente, pues era un contribuyente que además de la capacidad económica para enfrentar sus deudas tenía [sic] inmuebles que en su momento con un embargo preventivo garantizaban cualquier deuda que no cubriese la compensación y sin causar los traumatismos ya señalados y que quise evitar con mi actuación [...] [destaca la Sala].

2.3.3.3. Testimoniales

El 12 de octubre de 2004³⁴, el señor Edilberto Granados Barbosa rindió declaración juramentada, en su condición de miembro del grupo coactivo de la Dian-Girardot, con funciones de manejo de expedientes coactivos, quien expuso, entre otras cosas, lo siguiente:

[...] Ese expediente me lo entregaron en reparto a comienzos del mes de mayo de 2004, para el cobro de la deuda por retención año gravable de 2003, periodos 9, 10 y 12, año 2004 periodo 1 y 2, ventas 2004 periodo 1 y seguridad democrática por cuantía de \$232.192.000 de impuesto, sin incluir los intereses. Cuando recibí el expediente le hice un análisis y un cruce de cuentas corrientes y determine [sic] que efectivamente ese era el saldo real de la deuda, razón por la cual le libre [sic] el 10 de mayo de 2004, mandamiento de pago contra la CLÍNICA SAN SEBASTIÁN, y al día siguiente, o sea el 11 de mayo de 2004, libre [sic] mandamiento de pago contra los deudores solidarios [...] estos mandamiento [...] se encuentran debidamente notificados e interpusieron excepciones contra el mandamiento, alegando que nosotros no podíamos cobrarles mas o menos \$155.000.000, del total de la deuda por cuanto por el 2003, en renta tenían un saldo a favor por ese valor. Entonces mediante Resolución Nos. 7, 8 y 9 del 12 de junio de

³⁴ Folios 141 a 147 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

2004, se negaron las excepciones que propusieron, con la consideración por parte de la Administración, **que el saldo a favor no se puede alegar como excepción, por cuanto la norma no lo contempla, y que los saldos a favor se deben solicitar por medio de devolución o compensación.** Después los deudores solidarios interponen recurso de reposición, contra las resoluciones que niegan las excepciones, los cuales fueron fallados confirmando las resoluciones de excepciones. Después de haber recibido el expediente, ellos han cancelado \$170.000.000, y recibí el formato de solicitud de devolución y compensación del 25 de junio de 2004, por valor de \$154.023.000, el cual se encuentra en trámite en la División de Fiscalización por suspensión de términos. [...] de acuerdo a mi experiencia en el trabajo de coactiva, la medida de desembargo la hago una vez se haya extinguido la obligación o se haya otorgado una facilidad de pago y el bien no se encuentre dentro de las garantías aceptadas por la Administración [...] PREGUNTADO. Diga al Despacho si para la época de los hechos se dio instrucción alguna para que no se procediera a embargar bancos, cuando se tratara de instituciones hospitalarias, En caso afirmativo favor indicar las circunstancias de tiempo, modo y de lugar. CONTESTO. Yo me encuentro en la División de Cobranzas desde septiembre de 2001, a partir de esa fecha no recuerdo que nos haya dado alguna instrucción ni verbal ni escrita al respecto [...] Pues el procedimiento [refiriéndose al de desembargo] es el establecido en el E.T., que una vez se extinga la obligación, o haya facilidad de pago, se desembargan los bienes no dejados en garantía entre ellos las cuentas corrientes [...] esa facultad es únicamente del jefe de la División y en su defecto el Administrador que es el jefe del jefe [...] En mi concepto laboral, la sola presentación de la solicitud no puede dar lugar a dictar medida de desembargo, por cuanto el proceso de devolución o compensación, tiene una etapa de revisión para determinar la viabilidad de la devolución o compensación, y el requisito indispensable en mi concepto laboral, sería la resolución de compensación [...] [se resalta]

En ampliación de su versión³⁵, el señor Granados Barbosa, en términos generales reiteró lo ya transcrito y, además, señaló que no tuvo a su cargo el expediente para el trámite de cobro persuasivo, pues su gestión solo se contrajo al coactivo, y al realizar su función no solicitaba intervención o ayuda por parte del administrador, en lo que respecta a las facilidades de pago, pues cobranzas era quien proyectaba lo pertinente y el acto se llevaba al administrador para su análisis y firma, además, que este podía objetarla, en caso de que no estuviera de acuerdo con las condiciones en que se proponía la facilidad. Insistió que el desembargo solo se produce en el evento en que se haya suscrito facilidad de pago, se cancelara la obligación o terminara el expediente por algún motivo y no en otras circunstancias.

El 14 de octubre de 2004³⁶, la señora Nidia Lucy Patiño Ladino, quien para la época de los hechos se desempeñaba como jefe de la División de Recaudación y Cobranzas de la Dian-Girardot, depuso lo siguiente:

³⁵ Folios 209 a 212 cuaderno principal.

³⁶ Folios 149 a 153 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

[...] PREGUNTADO. Diga al Despacho si para la época de los hechos se dio instrucción alguna para que no se procediera a embargar bancos, cuando se tratara de instituciones hospitalarias, En caso afirmativo favor indicar las circunstancias de tiempo, modo y de lugar. CONTESTO. Yo con referencia a todos los procesos que se llevaban en Cobranzas en la etapa persuasiva, siempre el gestor realizaba el cobro utilizando los medios como de acercamiento al contribuyente, oficios, llamadas, y si no venia [sic] en un tiempo prudente ninguna actitud del contribuyente como de cancelar o querer una facilidad, el funcionario inmediatamente realizaba los embargos [...] en la época en que yo estuve como jefe de División, no se dio ninguna orden directa, ni verbalmente con respecto a tener un trato preferencial para el cobro de ningún contribuyente. [...] PREGUNTADO. Diga al Despacho si usted tenia [sic] conocimiento de que se iba a ordenar la Resolución de desembargo. En caso afirmativo favor indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar. CONTESTO. No, para mi fue algo inesperado, porque ese mismo día en horas de la mañana había ordenado yo el embargo [...] Aclaro que yo no sabía que iban a ordenar el levantamiento de la medida y en el expediente consta que también elaboraron dos oficios de desembargo dirigido al Banco de Occidente y al Banco Colmena de esta ciudad [...] PREGUNTADO. Diga al Despacho si sabe o tiene conocimiento para la época de los hechos cual [sic] era el procedimiento legal para ordenar el levantamiento de un embargo a bancos. CONTESTO. **De acuerdo a la norma se hace un levantamiento de una medida cuando el contribuyente suscribe una facilidad de pago, o cancela las obligaciones respectivas** [...] PREGUNTADO. Diga al Despacho en el evento de existir una solicitud de compensación es procedente ordenar el desembargo de las cuentas bancarias o de ahorro, En caso afirmativo favor indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar. CONTESTO. Para mi no lo considero, ya que no es una forma de extinguir una obligación, porque el cobro va por un lado y hasta que no se profiera resolución de compensación y afecte la cuenta corriente del contribuyente, no se toma como un pago, **porque la sola solicitud no garantiza el pago**, porque lo que nosotros queremos es el pago. [negrilla de la Sala]

Durante la ampliación de su declaración³⁷, la señora Patiño Ladino agregó que al revisar el expediente de cobro realizado a la Clínica San Sebastián, se puede constatar que sí se hizo el trámite de cobro persuasivo, lo cual se deriva de los avisos de cobro, fono memos y oficios de cobro persuasivo que se observan en él, el cual se le puso de presente durante la audiencia y, de allí, consideró que el funcionario encargado estuvo en constante contacto telefónico con el contribuyente, persuadiéndolo para el pago, e insistió que para suspender el pago en casos de compensación no basta con el querer de la solicitud, sino que la resolución que así lo disponga sea notificada; además, que «el querer de solicitar una compensación por parte del contribuyente, no significaba que el gestor dejara de realizar el cobro persuasivo».

³⁷ Folios 220 a 225 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El 13 de octubre de 2004³⁸, el señor Wilmar Santos Perdomo, quien laboraba en la División de Recaudación y Cobranzas y tenía a su cargo el trámite coactivo seguido en contra de la Clínica San Sebastián, expuso lo siguiente:

[...] El expediente se me repartió por parte del grupo de secretaría, no tengo la fecha exacta, pero fue el año pasado 2003, el cual **ya le habían hecho un cobro telefónico según fonomemos que reposan en el expediente, posteriormente se dio el aviso de cobro, pues se dio un tiempo mas o menos de un mes para adelantar el procedimiento de embargo**, el cual yo lo realice [sic] por orden dada por la doctora NIDIA LUCY PATIÑO, pues el expediente hacia [sic] parte de las obligaciones representativas de la Administración, los oficios de embargos yo personalmente los notifique [sic] a los bancos, en Espinal Banco de Bogotá, Banco Popular, Bancafe, Bancolombia, Banco Ganadero, Banco de Occidente, Caja Social, Megabanco, Banco Agrario, Davivienda, AV VILLAS, y en Girardot, los mismos que están en Espinal, mas Colmena, Conavi, no recuerdo más. La Resolución por decir algo salió el día de hoy, y se notifico [sic] al día siguiente. Posteriormente el mismo día que se notificaron los oficios a los Bancos, fui llamado al Despacho del doctor RODRIGO ORTIZ CALDERON, quien me dio la orden para que procediera a realizar la resolución y oficios de desembargos, aclaro que yo no firme [sic] ni la resolución de desembargo, ni los oficios de desembargos, que hiciera lo anterior inmediatamente para que el gerente de la clínica los llevara personalmente a los bancos, motivo por el cual no espere [sic] a que llegara la doctora NIDIA LUCY, pero al día siguiente le informe [sic] sobre los hechos, si [sic] mismo me manifestó el doctor RODRIGO, que el embargo no tenía por que [sic] haberse realizado puesto que existía una compensación en trámite e inmediatamente **por orden de él procedí a proyectar la resolución de desembargo**, y yo la entregue [sic] personalmente al doctor LARA, en la División de Cobranzas, el acudió a mi oficina para ello, no recuerdo el nombre de él, pero es el Gerente de la CLÍNICA SAN SEBASTIÁN [...] recuerdo que el lapso de tiempo entre el embargo y la resolución de desembargo fue un día, aclaro que el Señor LARA se encontraba en el Despacho del doctor RODRIGO, cuando él me mando [sic] a llamar para decirme que hiciera el desembargo [...] en el mismo día en que se realizó el embargo, le informe [sic] lo que el doctor RODRIGO me dijo, y ella me dijo que la orden de ella, era que debían de embargarse ya que la compensación era una expectativa [...] el embargo se levanta por la cancelación total de las obligaciones o por solicitud de facilidad de pago, [...] la resolución la firmo [sic] el doctor RODRIGO ORTIZ, porque fue el [sic] quien me dio la orden, mi participación fue proyectar la resolución de desembargo. [...] En ese momento la orden fue la de desembargar únicamente el Banco de Occidente y Colmena de Girardot [...] **Aclaro que lo del desembargo todo se hizo por la orden impartida mi superior doctor RODRIGO ORTIZ, para lo cual yo quede [sic] sorprendido, por que [sic] las obligaciones no se habían cancelado, por eso yo salve [sic] mi responsabilidad dejando claro en dicha resolución que fue por orden del señor Administrador, y yo no firme [sic] ninguna resolución, ni oficio alguno [...]** [negrilla fuera de texto]

En la ampliación de su declaración³⁹, el señor Santos Perdomo expuso que el procedimiento de cobro persuasivo, como tal, no está consagrado en el Estatuto Tributario, pues en él solo se hace referencia al cobro coactivo; no obstante, los trámites que se siguen al respecto son los que le instruyeron desde que ingresó a

³⁸ Folios 154 a 161 cuaderno principal.

³⁹ Folios 213 a 219 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

laborar en esa entidad y, básicamente, se contraen a tratar de persuadir al contribuyente para que llegue a un pronto acuerdo para solucionar sus obligaciones, con actuaciones como el envío de un aviso de cobro, llamadas telefónicas de cobro registradas en un formato denominado fono memo, se concede un lapso de espera de uno o dos meses para que el contribuyente se acerque a llegar a un acuerdo. En forma precisa, respecto de la Clínica San Sebastián, indicó que la invitación a llegar a un acuerdo consistió en las llamadas y avisos de cobro para que cancelara sus obligaciones y que conoció el hecho de que previo al embargo, el actor se acercó a la oficina de Nidia Lucy Patiño a requerir que no se embargara a la clínica.

El 14 de octubre de 2004⁴⁰, el señor Robinson Mercado Lidueñas, quien laboraba en la División de Recaudación y Cobranzas y tenía a su cargo funciones propias del procedimiento coactivo, expuso lo siguiente:

Las medidas para levantar los embargos son las establecida [sic] en el Código Civil, retomada por el E.T., conocida como modos de extinguir la obligación, como por ejemplo por el pago, por facilidad de pago, por prescripción y todas las demás contempladas en la norma antes citada. Estas causales son de carácter general, es decir que no hace diferencia para entidades pública [sic], solamente a lo concerniente a las partidas incluidas en el Presupuesto General de la Nación, conocida presupuestalmente como el situado fiscal. [...] Jurídicamente las [sic] solicitud de compensación es una expectativa, hasta tanto no haya el pronunciamiento de la Administración acerca o no de la procedencia de la devolución, no se entenderá como un pago recibido, una vez proferido el acto administrativo de compensación y de ser procedente se emitirá el respectivo desembargo [...]

El 11 de noviembre de 2004⁴¹, el señor Jorge Erwin Lara Salinas, en su condición de gerente general de la Clínica San Sebastián, depuso lo siguiente:

[...] la Clínica por cuestiones de liquides [sic] venia [sic] presentando dus [sic] declaraciones sin pagos, ante la Dian y posteriormente se convino un acuerdo de pagos, simultáneamente se hizo una solicitud de compensación por unos aportes de más que la Clínica había hecho a la Dian, si mal no recuerdo la solicitud de compensación era mayor a lo que la clínica debía cancelar, sin embargo los acuerdo [sic] de pago se venían cumpliendo, cuando se solicito [sic] la compensación no se cancelo [sic] el acuerdo de pago y se radico [sic] un oficio en la Dian Girardot, solicitando tener en cuenta esta compensación, la sorpresa fue que nos embargaron las cuentas para el manejo de la clínica, con las cuales se compraban insumos vitales para el manejo de los pacientes que se encontraban hospitalizados y de los que podían llegar, me dirigí al Banco hice las averiguación [sic] pertinentes e inmediatamente al saber que se trataba

⁴⁰ Folios 162 a 165 cuaderno principal.

⁴¹ Folios 167 a 172 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

de la Dian, me dirijo para la gerencia de la Dian de Girardot, fui atendido por el doctor RODRIGO ORTIRZ [sic], en ese momento administrador de esa oficina, a quien le comente [sic] con respecto a la urgencia, a la necesidad de desembargo urgente de las cuentas y al proceso de pago que se venia [sic] llevando con la Dian, él llamo [sic] a un funcionario y le presunto [sic] si era cierto lo que yo estaba diciendo, ante lo cual él contesto [sic] afirmativamente e hizo llegar el folder del proceso que se llevada [sic] de la clínica san Sebastián, el doctor Rodrigo Ortiz evidencio [sic] lo que el funcionario argumentada [sic] pero estando presente me di cuenta que falta el documento mediante el cual yo solicitaba tener en cuenta la compensación para el pago de la deuda con la Dian, inmediatamente llame [sic] a la Clínica, lo hice pasar por vía fax y fue evidenciado por el doctor Rodrigo Ortiz, por el funcionario, de que dicho documento tenia [sic] radicación muy anterior a la fecha de ese momento, aclaro que ese oficio no se encontraba anexo en el expediente y entonces el doctor Ortiz mando [sic] a buscarlo en correspondencia y evidencio [sic] que efectivamente se había solicitado mediante ese oficio un cruce de cuentas [...] comento [sic] al funcionario que debía considerarse a las clínicas y hospitales, ya que bloquear las cuentas implicaba no poder prestar servicios vitales para las personas, y que debía levantar el embargo de las cuentas. Al comienzo se levanto [sic] el desembargo de las dos cuentas mas [sic] importantes para la operatividad de la clínica, creo fueron Occidente y Colmena, posteriormente aproximadamente a la semana vine porque como no se habían desembargado las otras, hice el reclamo y las desembargaron. En cuanto al proceso de la compensación fue favorable para la Clínica, con lo cual con ese proceso se cancelo [sic] la deuda existente y quedo [sic] un saldo a favor de la Dian. [...] PREGUNTADO. Que [sic] implicaciones para la clínica y frente a sus pacientes hubiese tenido el mantener por parte de la Dian los embargos realizados. CONTESTO. Habría sido una situación muy grave ya que todos los dineros que ingresaran iban hacer [sic] directamente para el pago de la Dian, y no habría permitido el pago de especialistas, nomina, la compra de insumos y por ende, se bloquearía completamente la operatividad de la clínica, afectando los servicios a toda su área de influencia [...]

El señor Edilberto Granados Barbosa⁴² rindió declaración en el proceso disciplinario 32 060 2004 32, la cual se ordenó trasladar⁴³ a la investigación que aquí se analiza, y su exposición trata acerca del trámite de embargo de una sociedad anónima que no contaba con respaldo y que solicitó facilidad de pago dentro del expediente de cobro que se seguía en su contra. De lo expresado se resalta que, según el deponente, el Administrador intervino en ese caso ante la División de cobranzas para agilizar el trámite de embargo y que su gestión se limitó a firmar el acto que da cuenta de la facilidad; de igual manera, se precisó que es la jefe de la División de Cobranzas la encargada de revisar los requisitos para determinar la viabilidad de esa facilidad.

⁴² Folios 179 a 183 cuaderno principal.

⁴³ El traslado de la prueba se ordenó a través del auto 83 del 17 de noviembre de 2014 (folio 177).



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El 23 de noviembre de 2005⁴⁴, rindió declaración el señor Carlos Humberto Pérez Vesga, quien, para la época de los hechos, fungía como gerente del hospital San Rafael de Girardot, quien expuso:

[...] ya he expresado la razón de fuerza mayor que impedía cumplir el pago oportuno a la DIAN. Quiero insistir en la especial condición que debe tener en cuenta quién [sic] administra un servicio de salud, pues la fuerza mayor por el no recaudo oportuno de sus ventas, sería [sic] explicación suficiente en cualquier sector de la economía para no cumplir con la DIAN oportunamente, pero cuando se administra un servicio que tiene conexidad con el derecho fundamental a la vida, se deben tener consideraciones especiales. Como médico, o como administrador público no podría entender que priorizara en la ordenación del gasto, cancelar a la DIAN sobre la garantía de suministro de oxígeno a un paciente a la unidad de cuidados intensivos. Y es aquello a lo que se exponen los ordenadores del gasto en la Clínicas y Hospitales, no es negligencia, es decencia. [...] encontré en el Administrador de Impuestos de Girardot, comprensión a las implicaciones que para esa finalidad social del Estado, tendría el embargo de las cuentas del Hospital. Es posible que la Señora Jefe de Cobranzas obtenga "a sangre y fuego", el recaudo a favor de la DIAN, pero seguramente pesara [sic] en su conciencia las vidas y el dolor que muchos pacientes de Girardot y la Región, tuvieron que soportar por su acuciosa forma de entender la gestión pública [...]

El 23 de noviembre de 2005⁴⁵, el señor Jorge Lara Salinas, amplió su declaración y en ella manifestó:

La clínica mientras fue [sic] su gerente fue muy puntual y prioritaria en el pago de los impuestos, hicimos la solicitud de la compensación y se solicitó [sic] que no fuera a tomar medidas mientras había una respuesta a dicha compensación, sin embargo a las deudas siempre se les hicieron abonos los cuales se iban reportando a la DIAN, en ningún momento fuera de los oficios persuasivos penales se nos informó [sic] que se iban a realizar medidas cautelares como era el embargo de las cuentas, razón por la cual fuimos altamente sorprendidos por dicha medida y de forma arbitraria cuando pocos días antes habíamos presentado un oficio informando del estado de la compensación que estaba en curso y de los abonos realizados y de la intención de la Clínica de cancelar por concepto su deuda a la DIAN. [...] En ningún momento hubo intención de no pago, mucho menos negligencia para el pago de los impuestos por parte de la Clínica. Siempre fue un contribuyente ejemplar y en esta oportunidad se estaba esperando el resultado de una justa compensación que fue positiva para poder cruzar las cuentas por pagar contra la compensación [...]

2.3.4. Otras pruebas allegadas durante el proceso judicial

El 19 de febrero de 2014⁴⁶, se recibió la declaración de Ana María Barbosa Rodríguez, quien prestó sus servicios como subdirectora de la Dian entre los años 2004 a 2006 y en su testimonio indicó:

⁴⁴ Folios 325 a 332 cuaderno principal.

⁴⁵ Folios 333 a 342 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Dentro de mis funciones como subdirectora de cobranza debía señalar metas de recaudo a cada una de las administraciones de acuerdo a la composición de la cartera de cada una de ellas, monitorearlas y brindar el apoyo que las administraciones requiriesen, no recuerdo cifras de gestión de ninguna de las administraciones, pero si [sic] sé que dentro de las administraciones tributarias que presentaban muy buenos niveles de cumplimiento se encontraban siempre en primer lugar grandes contribuyentes de Bogotá y Girardot era una de las administraciones que aun siendo pequeña cumplía con las metas de recaudo y gestión de cobro [...] La política de cobro que se estableció en la subdirección de cobranzas durante la época en que me desempeñe [sic] como subdirectora radicaba en tres puntos: [...] efectuar una adecuada clasificación de la cartera, de tal manera que aquella que se encontraba prescrita o era incobrable por configurarse cualquiera de las causales contempladas en la ley para el efecto, fuera retirada de los inventarios, para que la DIAN pudiera contar con una cartera real y confiable [...] priorizar el cobro de cartera por cuantía y sin descuidar los términos de prescripción [...] fortalecer la gestión persuasiva evitando mayor desgaste de la administración en procesos coactivos, sin embargo para la cartera que ya se encontraba en etapa coactiva profundizar las investigaciones de bienes y obtener la recuperación de la cartera mediante jornadas masivas de remate que fueron llevadas a cabo [...] tratándose de entidades que pueden estar prestando servicios públicos o asistencia pública, entre ellos el sector salud, existe la posibilidad de reemplazar la **sanción de cierre** por sanción pecuniaria del tal manera que el cierre no altere la prestación de un servicio esencial, en el mismo sentido y **si bien yo no adopté nunca una política particular, en las actividades de cobro, teniendo en cuenta el fuerte impacto que representa un embargo frente a la disponibilidad de los bienes, deben observar las mismas reglas.** [...] el lineamiento del área de cobro y no solo durante el tiempo que yo estuve como subdirectora, sino dentro de los manuales del área, se dirige a lograr un pago en etapa persuasiva, si bien desde el punto de vista legal frente a la mora de un contribuyente la administración está habilitada para proferir embargos previos e iniciar proceso coactivo, desde el punto de vista de gestión de la cartera se ha establecido una etapa preliminar denominada cobro persuasivo que persigue obtener la recuperación de la deuda sin los altos costos que tanto para la DIAN como para el administrado implica un proceso coactivo, en desarrollo de esa etapa persuasiva una de las herramientas de mayor uso es el otorgamiento de acuerdo de pagos, contemplado en la normativa tributaria y que se pueden conceder incluso aquellos contribuyentes a quienes se les hubiese iniciado en etapa coactiva [...] El efecto práctico de otorgar un acuerdo de pago, es que, si está en etapa persuasiva, se entiende que el proceso se encuentra solucionado, luego aunque técnicamente un acuerdo de pago no extingue la obligación la cartera ya se gestionó y la administración deberá estar atenta de que el deudor honre su cumplimiento y en caso contrario a declararlo incumplido, y continuar el proceso de cobro; ahora bien, si el proceso se encontrara en etapa coactiva el segundo efecto legal del acuerdo, es que suspende el proceso de cobro, en ese orden de ideas, igual la administración debe verificar el cumplimiento posterior del mismo. **Si nos referimos exclusivamente a la solicitud del acuerdo de pago desde el momento en que se recibe y como derecho de petición que es, la administración debe revisar que cumpla con las condiciones, solicitar los requisitos faltantes o adicionales que considerara necesarios y resolverlo otorgándolo en el evento en que cumpla las condiciones o rechazándolo si las garantías no fueron suficientes o las condiciones o requisitos no fueron satisfechos [...]** [Se resalta].

⁴⁶ Folios 586 a 595 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El 2 de julio de 2014⁴⁷, el señor Alex Antonio Díaz Osorio, en su condición de amigo del disciplinado informó acerca de la tensión que se generó en este a causa de las múltiples investigaciones que se iniciaron en su contra, así como las diferentes dificultades de tipo económico y social que sufrió a razón de la decisión disciplinaria que se adoptó en su contra.

3. Caso concreto

3.1. Violación de los principios de legalidad, tipicidad y defensa

Para abordar el cargo endilgado por el actor, se ha de señalar que este se hizo consistir en que el poder punitivo del Estado está sometido al respeto de las garantías individuales y la seguridad jurídica, asimismo, a que se excluyan la arbitrariedad y los excesos en el cumplimiento de esa función y, en materia de la interpretación de la ley disciplinaria, que se haga en forma restrictiva, de modo que se liberen todas las conductas respecto de las cuales se genere duda en la configuración de una falta.

Adicionalmente, se expuso que ningún hecho puede merecer sanción sin que previamente una ley lo haya declarado como punible; por ello, sin la existencia de un deber legal y su consecuente desconocimiento, no puede predicarse la infracción disciplinaria, pues se configuraría la atipicidad de la conducta. Con tales fundamentos sostuvo que el operador disciplinario incurrió en una inadecuada tipificación de los hechos, comoquiera que lo previsto en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 734 de 2002 no guarda exacta correspondencia con la conducta que desplegó, y tampoco se enmarca en lo establecido en el artículo 48, numeral 31, *ibidem*.

A fin de analizar el cargo, la Sala considera necesario establecer si los hechos que dieron origen a la investigación, se enmarcaban en el tipo disciplinario que le fue endilgado al demandante, así:

En primer lugar, se ha de señalar que los hechos que dieron origen a la investigación consistieron en la expedición de la Resolución 070 del 16 de octubre de 2003⁴⁸, por

⁴⁷ Folios 603 a 607 cuaderno principal.

⁴⁸ Folios 398 a 399 cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

parte del señor Rodrigo Ortiz Calderón, en su condición de administrador de impuestos nacionales de Girardot, mediante la cual ordenó el desembargo de las cuentas corrientes y/o de ahorro y a cualquier título, en bancos, corporaciones de ahorro y vivienda y compañía de financiamiento comercial de todo el país, a nombre de la Clínica San Sebastián.

El cuestionamiento que se formuló frente a la expedición del aludido acto, consistió en que fue irregular en cuanto para su expedición no se cumplieron los requisitos de procedencia de la medida de desembargo, en los términos exigidos por el Estatuto Tributario.

Acerca de lo anterior, y recapitulando lo ya señalado en el marco normativo de esta providencia, el tipo disciplinario en el que se enmarcó la conducta fue el consagrado en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, que establece como falta disciplinaria el «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».

A su turno, el delito que se hizo concordar con la anterior conducta fue el de prevaricato por acción, e incurrirá en él «el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley».

Con fundamento en lo anterior, se deberá precisar que el sujeto activo de la conducta penal descrita, es calificado, pues se predica de un servidor público, condición que tenía el demandante, en cuanto desempeñaba el empleo de administrador de impuestos nacionales de Girardot, es decir que sí se cumple tal condición.

Ahora bien, la acción que se considera reprochable respecto del servidor público, es la de expedir una resolución, pero no se trata de cualquiera de ellas, sino que debe ser **manifiestamente contraria a la ley**.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

En el caso del demandante, se censuró el hecho de que expidiera la Resolución 070 del 16 de octubre de 2003⁴⁹, por lo que se hace necesario establecer si su contenido es manifiestamente contrario a la ley. Para tal efecto, se requiere citar lo que se ha entendido por la Corte Suprema de Justicia, como un acto con tales condiciones, así:

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, **debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo**⁵⁰. [Resalta la Sala].

Con tal fundamento, se debe indicar que la razón que se invocó por el operador disciplinario para considerar que la resolución mencionada fue manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico se fundó en que el señor Ortiz Calderón decidió levantar el embargo de las cuentas bancarias a nombre de la Clínica San Sebastián, sin que esta hubiera llegado a un acuerdo de pago o se hubiera dictado un acto administrativo de compensación, tal como lo ordenan los artículos 837 y 841 del Estatuto Tributario, que son del siguiente tenor literal:

Artículo 837. Medidas preventivas. Previa o simultáneamente con el mandamiento de pago, el funcionario podrá decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del deudor que se hayan establecido como de su propiedad.

Para este efecto, los funcionarios competentes podrán identificar los bienes del deudor por medio de las informaciones tributarias, o de las informaciones suministradas por entidades públicas o privadas, que estarán obligadas en todos los casos a dar pronta y cumplida respuesta a la Administración, so pena de ser sancionadas al tenor del artículo 651 literal a).

Parágrafo. Cuando se hubieren decretado medidas cautelares y el deudor demuestre que se ha admitido demanda contra el título ejecutivo y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ordenará levantarlas.

Las medidas cautelares también podrán levantarse cuando admitida la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, se presta garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado. [Negrilla fuera de texto]

⁴⁹ Folios 398 a 399 cuaderno principal.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 13 agosto de 2003, radicación 19303.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Artículo 841. Suspensión por acuerdo de pago. En cualquier etapa del procedimiento administrativo coactivo el deudor podrá celebrar un acuerdo de pago con la Administración, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento y se podrán levantar las medidas preventivas que hubieren sido decretadas.

Sin perjuicio de la exigibilidad de garantías, cuando se declare el incumplimiento del acuerdo de pago, deberá reanudarse el procedimiento si aquellas no son suficientes para cubrir la totalidad de la deuda. [Resalta la Sala]

Según la primera de las disposiciones transcritas, el levantamiento de embargo preventivo decretado por la autoridad tributaria procede i) cuando el deudor demuestra que se ha admitido demanda contra el título ejecutivo y está pendiente de fallo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ii) cuando admitida la demanda ante esta jurisdicción se presenta garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado.

Y de acuerdo con la segunda disposición citada, también procede la medida de desembargo cuando iii) en cualquier etapa del procedimiento administrativo coactivo, el deudor celebra con la administración un acuerdo de pago.

Ahora bien, en la motivación de la resolución que se censura, se expresó que el fundamento que justificaba la orden de desembargo consistía en que «mediante oficio de fecha septiembre 23 de 2003 [...] el representante legal de la CLÍNICA SAN SEBASTIÁN [...] informa que para dar solución a la acreencia que tiene el deudor en mención, **presentará solicitud de compensación de un saldo a favor** que existe en la declaración de renta año gravable 2002».

Consecuente con lo anterior, y a la luz de las disposiciones que permiten levantar las medidas cautelares adoptadas por la Dian para garantizar el pago de las deudas por parte de los contribuyentes, es forzoso concluir que la «intención» de presentar una solicitud de compensación de saldos a favor, no constituye una causal que permita el levantamiento de este tipo de medidas y, en ese orden, el acto que así lo dispuso, es contrario al ordenamiento legal.

Bajo el anterior supuesto, se cumple con la previsión del tipo penal, en cuanto el acto que se controvertió refleja su oposición al mandato legal; ahora bien, es necesario



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

verificar si con tal decisión objetivamente se hizo evidente el capricho del servidor que lo profirió, por carencia de sustento fáctico y jurídico.

Al respecto, la Sala coincide con la autoridad de control disciplinario en cuanto sí se trató de un acto manifiestamente contrario al ordenamiento legal, pues dentro de sus consideraciones no se expusieron razones de orden fáctico o jurídico diferentes a la previamente transcrita, esto es, que el levantamiento de las medidas cautelares se produjo con la **sola expectativa** de que el contribuyente presentaría una solicitud de compensación, pero no existía un acuerdo de pago, en términos del artículo 841 del Estatuto Tributario.

Además, para que la solicitud de compensación que presuntamente presentaría el contribuyente tuviera eficacia, era necesario que, en primer lugar, existiera una solicitud formal por parte del interesado, tal como se desprende del artículo 815, literal b)⁵¹ del Estatuto Tributario; además, la administración de impuestos debía analizar si esta era procedente⁵² y, en caso afirmativo, si procedería la imputación correspondiente; por ello, no resultaba jurídicamente viable que con la mera intención de solicitar la compensación, el accionante tomara la decisión de levantar las medidas cautelares adoptadas en contra de la Clínica San Sebastián, pues esta no podía suplir la constitución de un acuerdo formal de pago para el cumplimiento de su obligación.

⁵¹ «**Artículo 815. Compensación con saldos a favor.** Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán: [...]»

b) **Solicitar su compensación** con deudas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones que figuren a su cargo.»

⁵² El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia del 30 de agosto de 2017, radicación 25000 23 37 000 2013 00032 01, número interno 20778, M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sostuvo: «Esta figura [refiriéndose a la compensación] **exige la verificación por parte de la Administración de las retenciones, impuestos descontables o pagos en exceso que dan lugar al saldo a favor, así como de las obligaciones pendientes de pago, estos es, los saldos a pagar a cargo del contribuyente.**

Una vez realizada dicha constatación, la DIAN debe imputar los pagos del contribuyente a las obligaciones tributarias que éste tenga pendiente.». Adicionalmente, la aludida sección, en providencia del 18 de octubre de 2007, radicación: 25000-23-27-000-2002-00654-01, número interno: 15965, M.P. María Inés Ortiz Barbosa, señaló: «De acuerdo con el procedimiento establecido en el inciso 2º del artículo 857 del Estatuto Tributario, en el trámite de las solicitudes de devolución, verificado el incumplimiento de los requisitos formales pertinentes, la Administración debe dictar el respectivo “auto inadmisorio”, de tal manera que subsanadas las razones de la inadmisión y presentada nuevamente la correspondiente solicitud, **la Administración debe proferir la resolución respectiva, bien sea con la aceptación de la devolución y/o compensación o con su rechazo**, pero no está facultada para dictar autos inadmisorios sucesivos que no se ajustan al procedimiento previsto en las normas tributarias». (Negrillas de la Sala).



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Las anteriores consideraciones son concluyentes de que, para el caso que se analiza, la conducta del actor sí comporta una decisión manifiestamente ilegal, máxime cuando, para el momento de su expedición, contaba con doce años de experiencia en la entidad⁵³ y fungía como administrador de impuestos nacionales de Girardot, es decir, la máxima autoridad en la materia, en esa sede de la entidad demandada, por lo que no podría considerarse que desconocía las circunstancias en que procedía el levantamiento de las medidas cautelares, ni las normas que preveían el procedimiento para tal efecto.

Ahora bien, no podían considerarse como válidos los argumentos que expuso a lo largo de la investigación disciplinaria, como fundamento para desconocer la normativa que rige en materia de desembargos, consistentes en que i) no se había agotado la etapa persuasiva con las llamadas y la invitación al contribuyente para que se pusiera al día con sus obligaciones; ii) que por tratarse de una sociedad que prestaba el servicio de salud podría resultar perjudicada su labor misional a causa de los embargos respectivos; y que iii) en todo caso, con su gestión logró el recaudo de la deuda que se pretendía garantizar con las medidas cautelares.

Al respecto, y en lo tocante al primer argumento, ha de señalarse que con las pruebas que se recaudaron en el trámite disciplinario se puede corroborar que no es cierto que se omitieron las gestiones de cobro persuasivo, pues sí se realizaron llamadas, de las que quedó constancia en los fono memos y se dirigieron oficios de cobro, como se desprende de las declaraciones respectivas⁵⁴.

Frente al segundo argumento se debe decir que para la época de los hechos no se había dado ninguna instrucción relativa a evitar imponer medidas de embargo a cuentas bancarias para las entidades prestadoras de salud, ni de darles algún trato preferencial o privilegiado a efecto de ejercer las medidas para el recaudo de impuestos, como fue informado por todos los declarantes que gestionaban los cobros

⁵³ Se vinculó laboralmente a ella el 30 de agosto de 1991, según se desprende del extracto de hoja de vida que obra en folios 15 a 18, y la actuación administrativa que se le censuró data del 16 de octubre de 2003.

⁵⁴ Ver declaraciones de Wilmar Santos Perdomo y la declaración y su ampliación rendida por Nidia Lucy Patiño Ladino, visibles en folios 154 a 161, 149 a 153 y 220 a 225 del cuaderno principal.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

coactivos al interior de la entidad⁵⁵ y aunque Ana María Barbosa Rodríguez, quien se desempeñó como subdirectora de la Dian entre 2004 y 2006, en su declaración sostuvo que cuando se trataba de entidades prestadoras del servicio de salud existía la posibilidad de reemplazar la sanción de cierre, por una pecuniaria, no era ese el caso que se analizaba, pues las medidas previas adoptadas en el caso bajo análisis, consistían en un embargo y no en el cierre del establecimiento prestador del servicio.

Así las cosas, la presunta motivación para dar un trato preferencial a causa del factor misional del contribuyente, no justificaba el desconocimiento de la ley, pues esta no permitía conceder ese tipo de prerrogativas, por lo que, la alternativa que tenía el actor, en su condición de administrador de impuestos de Girardot, era invitar al contribuyente a llegar a las fórmulas de arreglo y acuerdos previamente establecidos por el legislador, en lugar de adoptar una decisión contraria a la ley, favorable al deudor y desfavorable a la función recaudadora de la administración tributaria. ...

En lo que se refiere al último de los tres argumentos planteados por el señor Ortiz Calderón, consistente en que, en últimas, producto de su gestión, se logró el recaudo; no es un argumento que pueda justificar o convalidar la decisión ilegítima adoptada en la resolución mencionada, toda vez que así como se pudo lograr el recaudo, bien podrían haberse liberado las medidas precautelativas y que el contribuyente no hubiera cumplido con sus obligaciones.

En todo caso, es preciso resaltar que no es cierto, como lo pretende hacer ver la parte demandante, que se haya declarado la responsabilidad disciplinaria por «la supuesta intención de evitar que la Administración cumpliera con su deber de garantizar el pago de las obligaciones pendientes del contribuyente», pues lo que el legislador quiso sancionar con el tipo penal aludido, es la expedición de la decisión manifiestamente contraria a la ley, mas no los efectos que esta hubiera producido, es decir, que en la medida en que se compruebe que el acto fue palmariamente arbitrario y desprovisto de justificación fáctica y legal, ya, de por sí, se configura la falta, sin consideración al resultado que se hubiera generado con ocasión de ella.

⁵⁵ Ver declaraciones de Edilberto Granados Barbosa, Nidia Lucy Patiño, Wilmar Santos Perdomo visibles en folios 141 a 147, 149 a 153 y 154 a 161.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

En resumidas cuentas, las consecuencias que hubiera producido el acto manifiestamente ilegal no inciden en la configuración o no de la falta, comoquiera que lo que se sanciona es el hecho de la expedición del acto en una palpable contradicción con el ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, se debe concluir que el tipo disciplinario sí se adecuó perfectamente a la conducta investigada, pues pese a que en el demandante recaía el deber jurídico de adoptar sus decisiones ajustándose a la ley, lo que hizo al emitir la Resolución 071 del 16 de octubre de 2003 fue actuar en contra de ella.

Por todo lo anterior, no era plausible adecuar la conducta en el desconocimiento de los deberes previstos en los numerales 1 y 2⁵⁶ del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y en la incursión de las prohibiciones establecidas en los numerales 1 y 7⁵⁷ del artículo 35 *ibidem*, comoquiera que según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002 «las faltas gravísimas están taxativamente⁵⁸ señaladas en [ese] código», lo que no ocurre en torno a las faltas graves ni leves.

Lo anterior, a juicio de la Subsección, implica que, con el propósito de tipificar una conducta disciplinariamente reprochable, el operador disciplinario, en principio, debe acudir a las faltas que taxativamente fijó el legislador, pues, precisamente, para ello

⁵⁶ «Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.»

⁵⁷ «Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.»

⁵⁸ En todo caso, conviene señalar que algunos autores, como Manuel Eduardo Martín Santoyo, refiere que «el catálogo de faltas gravísimas incluido en el ya citado artículo 48 no es restrictivo, pues otras leyes o la Constitución pueden prescribir conductas que sean consideradas como tales». Obra: Aspectos Sustanciales de Derecho Disciplinario, Instituto de Estudios de Derecho Disciplinario, 2015, pág. 84.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

las delimitó, porque eran de tal relevancia que consideró indispensable enunciarlas en detalle y, en caso de no aparecer en ese listado, ahí sí acudir a las faltas graves o leves que, en primer lugar, no están relacionadas en forma taxativa y, en todo caso, se derivan del incumplimiento de deberes o la incursión en las prohibiciones descritos en los artículos 34 y 35 *ibidem*, respectivamente.

Por ello, precisamente, el artículo 43 de la ley en comento, que trata sobre los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, inicia señalando que las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en esa disposición, de manera que, de no estarlo, ahí sí se acuda a las graves o leves.

Siendo así, y como en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, se establece como falta gravísima aquella consistente en «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», se considera ajustado a derecho que la autoridad disciplinaria realizara la adecuación típica en esa disposición.

Obviamente, era necesario que este se complementara con la disposición normativa que consagrara el delito con el que se concordaba la conducta de la investigada y, en efecto, eso fue lo que hizo la entidad demandada, al contrastarla con el consagrado en el artículo 413 del Código Penal que reza «el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión [...]», conducta típica que se hizo evidente con el actuar del señor Ortiz Calderón al expedir la resolución de desembargo tantas veces mencionada.

Por todo lo anterior, para la Sala no cabe duda de que el tipo disciplinario en el que se adecuó la conducta era el que describía perfectamente el comportamiento desplegado por el actor al expedir la resolución en cuestión.

3.2. Violación del artículo 5 de la Ley 734 de 2002, por falta de ilicitud sustancial de la conducta



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

El cargo se hizo consistir en que no se configuró la ilicitud sustancial, pues el reproche pretendía sancionar la intención del actor de «evitar que la Administración cumpliera con su deber de garantizar el pago de las obligaciones pendientes del contribuyente» y, en realidad, lo que ocurrió con su gestión fue que se logró el pronto pago de las obligaciones tributarias a cargo de la Clínica San Sebastián.

Sobre lo anterior se ha de señalar que la ilicitud sustancial se configura cuando «se afect[a] el deber funcional sin justificación alguna», tal como lo establece el artículo 5 de la Ley 734 de 2002; por lo tanto, con el propósito de establecer si la conducta fue antijurídica es necesario analizar si la infracción del deber funcional es sustancial, es decir «que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines»⁵⁹, por ello, se trata de «la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines».

Bajo el anterior entendido, el deber que le asistía al señor Rodrigo Ortiz Calderón, en su condición de administrador de impuestos nacionales de Girardot, consistía en cumplir cabalmente con sus funciones y, en particular, en materia de desembargo de las cuentas a las que el área de cobranzas le había impuesto esa cautelar con la intención de garantizar el recaudo de los tributos, debió exigir que se constituyeran previamente las garantías que la ley dispone o esperar a que se formalizara la solicitud de compensación y que la autoridad correspondiente la aprobara o, en últimas, que se procurara el pago de los impuestos adeudados; por ende, al no proceder de conformidad, incurrió en el incumplimiento de sus deberes funcionales, a los cuales se obligó desde el momento en que tomó posesión del empleo, tal como lo prescribe el inciso 2 del artículo 122⁶⁰ de la Constitución Política.

Con fundamento en lo anterior, no es de recibo el argumento invocado por el disciplinado, según el cual en los actos censurados se incurrió en contradicción en la medida en que el desembargo por el ordenado desembocó en el pronto pago de los

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ «**Artículo 122.-** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo **sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.** [...]»



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

dineros debidos por el contribuyente y que bajo ese entendido no se estructuró la antijuridicidad de la conducta; porque, como se señaló previamente, el deber funcional se entiende desatendido por el hecho de que el actor desconoció las normas y procedimientos que debían cumplirse antes del desembargo, sin que existiera causal justificante para ello.

Con respecto a las justificaciones que hubieran permitido el desconocimiento de los deberes funcionales, se debe señalar que la ley disciplinaria, en el artículo 28, consagra la exclusión de la responsabilidad disciplinaria en el evento de que la conducta se hubiera comedido por: i) fuerza mayor o caso fortuito; ii) en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado; iii) en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales; iv) para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad; v) por insuperable coacción ajena o miedo insuperable; vi) con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria; y vii) por situación de inimputabilidad.

No obstante, en el expediente no se demostró que la conducta desplegada por el demandante y que fue materia de reproche, hubiera estado precedida por alguna de las circunstancias descritas y aunque el actor quiso justificarla en cuestiones como el objeto social del contribuyente, comoquiera que se trataba de una clínica que prestaba servicios de salud a la comunidad, también se demostró que, en materia tributaria, la ley no preveía ninguna prerrogativa en materia de cobro a empresas que desarrollan tal función y que, si bien en alguna época se promovieron políticas favorables a entidades de tal naturaleza, ellas pretendían evitar el cierre del establecimiento y reemplazarlo por sanciones pecuniarias⁶¹, medida que sí se considera razonable y garante de la prestación de un servicio esencial.

⁶¹ Como lo señaló en su declaración Ana María Barbosa Rodríguez, quien fungió como subdirectora de la Dian entre 2004 y 2006, folios 333 a 342.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

En todo caso, valga reiterar que antes de la medida de embargo se hicieron llamados y requerimientos al contribuyente para que normalizara su situación tributaria⁶² y no lo hizo, y por ello se llegó al embargo de sus cuentas, a fin de garantizar el pago de sus obligaciones, de modo que en aras de la prestación de un buen servicio, era el contribuyente quien debió propender por mantenerse al día en ellas, y no el funcionario el que diera facilidades sin garantías y pusiera en riesgo la gestión de cobro.

3.3. Error en la estructuración de la culpabilidad

En cuanto a la culpabilidad, el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, establece que «en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva» y que «las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa».

Ahora bien, la conducta se entenderá cometida con dolo cuando se hace evidente «la intención positiva de menoscabar el orden jurídico», es decir, cuando el servidor conoce la infracción y pese a ello, dirige su comportamiento, en forma consciente, a la realización de una conducta típica y, asume las consecuencias que se puedan derivar. Entre tanto, será culposa cuando actúa con imprudencia, impericia o negligencia.

En el asunto bajo análisis, el operador disciplinario consideró que la conducta reprochada al demandante fue cometida a título de dolo, en el entendido que el actor tenía conocimiento de que su actuar contrariaba las disposiciones legales y, pese a ello, decidió realizarlo, aun conociendo que con el levantamiento de las medidas previas adoptadas por la entidad recaudadora, tan solo beneficiaría al contribuyente y, con ello, se apartaba del ejercicio transparente de su función.

Sin embargo, el señor Ortiz Calderón señaló que las decisiones cuestionadas incurrieron en imprecisiones, pues en algunos apartes se refirió que su comportamiento rayaba en la imprudencia y el abuso del cargo y, en otros, se sostuvo que su gestión en la expedición de la resolución censurada, conllevó una evidente

⁶² Como se desprende de las declaraciones de Nidia Lucy Patiño Ladino y Wilmar Santos Perdomo (folios 149 a 153 y 154 a 161, respectivamente).



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

desviación de la ley, es decir, que se acudió de manera simultánea a indistinta, a elementos de la culpa y del dolo, imprecisiones que desconocieron su derecho de defensa y vulneraron el principio de culpabilidad.

Al revisar las decisiones disciplinarias, la Sala no advierte las imprecisiones que se sugieren por parte del disciplinario, pues, en el fallo de primera instancia se indicó que resultaba claro que en la conducta del actor concurrían «los dos elementos que definen el dolo como forma de imputación, que son el conocimiento de la ilicitud o antijuridicidad del comportamiento, y la voluntad de conseguir su cristalización [...]» y agregó que este «conocía por su trasegar, experiencia y su condición [...] que las medidas de embargo y, específicamente las de levantamiento de cautelares o preventivas en los procesos de cobro que adelanta la DIAN, se encuentran perfecta y taxativamente reguladas en el Estatuto Tributario y el Código Procesal Civil, y pese a ello, [...] puso su voluntad en acción para así obrar»⁶³.

A similares conclusiones se llegó en la decisión disciplinaria de segunda instancia, cuando al analizar el elemento de culpabilidad del actor señaló: «a esta agencia disciplinaria no le queda duda que el disciplinado conocía la normatividad en torno al tema de cobranzas, adecuando su conducta dolosamente»⁶⁴.

Con fundamento en lo anterior, en criterio de la Sala, fue acertado que el operador disciplinario calificara de dolosa la conducta investigada, pues la expedición de la Resolución 070 de 16 de octubre de 2003 estuvo precedida del conocimiento por parte del actor, de las normas y procedimientos que se debían gestionar previamente al desembargo y pese a ello, orientó su actuar a desconocerlas, es decir, que tenía pleno conocimiento de que estaba incumpliendo sus deberes, obligaciones y responsabilidades, y aun actuó asumiendo las consecuencias que su gestión podría conllevar.

⁶³ Folio 133 y 134 cuaderno principal, que corresponden a las hojas 56 y 57 de la decisión disciplinaria de primera instancia.

⁶⁴ Folio 54 del cuaderno principal, que corresponde a la hoja 21 de la decisión disciplinaria de segunda instancia.



Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Finalmente, esta Subsección considera que el hecho de que en alguna fundamentación de los actos acusados se hubiera referido descuido en el actuar del demandante, ello, en modo alguno, desnaturalizaba el elemento de culpabilidad que se le imputó durante el trámite disciplinario, pues a lo largo de la investigación se mantuvo la coherencia de que la conducta que se le reprochaba a título de dolo⁶⁵.

3.4. Desconocimiento del artículo 20 de la Ley 734 de 2002.

Por último, se referirá la Sala al planteamiento formulado por el señor Ortiz Calderón, según el cual con los actos demandados se desconoció el artículo 20 de la Ley 734 de 2002, toda vez que el operador disciplinario olvidó que la finalidad del proceso disciplinario es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías de los involucrados, pero durante el trámite se desecharon sus argumentos y la inexistencia del daño al deber funcional.

La norma invocada por el actor determina que el funcionario a cargo de la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen; por ello, al analizar la actuación desarrollada por la Dian, se puede inferir que con ella sí se cumplió la finalidad del trámite, la autoridad disciplinaria permitió al actor presentar sus descargos, solicitar pruebas, estar presente en su recaudo; asimismo, examinó los argumentos invocados por el investigado y expuso las razones para estar en desacuerdo con ellos. Además fundó sus decisiones en la normativa aplicable e hizo un esfuerzo para procurar que las pruebas permitieran reflejar la verdad real de los hechos, tal como se evidencia en el acápite de pruebas enunciadas en esta providencia.

Por lo anterior, no se acoge el planteamiento del actor, pues, en primer lugar, su argumentación relativa a la inexistencia del daño al deber funcional, ya fue

⁶⁵ Se precisa que además de los apartes mencionados de las decisiones de primera y segunda instancia, en el auto de formulación de cargos, la forma de culpabilidad que se le atribuyó también fue dolosa, como consta en los folios 273 y 274 del cuaderno principal.



Radicado: 11001,03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

debidamente estudiada en los acápites anteriores y se concluyó que este sí se configuró y, en segundo lugar, basta señalar que el único interés que se vislumbra en la autoridad de control, fue el de la búsqueda de la verdad material, para lo cual se valió de los medios de prueba permitidos por el legislador y además concedió todas las garantías al demandante, entre ellos, el debido proceso y la defensa, el agotamiento de todas las etapas propias del trámite disciplinario, el análisis y valoración integral de las pruebas, todo lo que le llevó al convencimiento de que la falta sí se cometió y de que el señor Ortiz Calderón fue su autor y que no actuó bajo el amparo de ninguna de las causales excluyentes de responsabilidad y que, por ende, era merecedor de un correctivo disciplinario, el cual se ajustó a los cánones legales.

Así las cosas, el hecho de que la autoridad disciplinaria no hubiera inclinado su decisión a acoger plenamente la argumentación del actor, en manera alguna puede considerarse violatorio del artículo 20 de la Ley 734 de 2002, pues lo que en realidad se evidencia en el proceso disciplinario es una tramitación imparcial, respetuosa de los derechos del investigado y del ordenamiento legal; en consecuencia, como los fundamentos que se invocaron por el actor no tuvieron la magnitud para despojar de legalidad de los actos acusados, no es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

4. Conclusión

Con los anteriores planteamientos se concluye que el señor Rodrigo Ortiz Calderón no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, lo que conlleva denegar las pretensiones de la demanda, en los términos antes descritos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

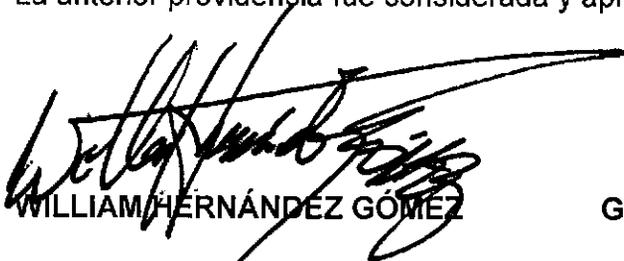


Radicado: 11001 03 25 000 2011 00074 00 (0242-2011)
Demandante: Rodrigo Ortiz Calderón

Denegar las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por Rodrigo Ortiz Calderón contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales según lo manifestado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
EN COMISIÓN


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG

