

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

PRESCRIPCIÓN DISCIPLINARIA / Definición

En consecuencia, es lógico concluir que para el 25 de julio de 2014, fecha en la cual se cumplió el quinquenio o el lustro prenombrado, el Estado cumplió con su facultad investigadora y sancionadora, al proferir el fallo respectivo de primera instancia, calendado el 4 de julio de 2014, el cual se notificó personalmente y por edicto a los sujetos procesales, el 23 de julio del mismo año, esto es, dos días antes de que operara el término prescriptivo.

Por lo anterior, no queda otra opción posible que rechazar la declaratoria de prescripción solicitada por la defensa, con el argumento de que en el caso sub judice operó la interrupción del término prescriptivo, acorde con los lineamientos doctrinales establecidos por la Procuraduría General de la Nación, en la Directiva 010 del 12 de mayo de 2010, en armonía con los postulados jurisprudenciales que sobre el particular expidió el Hble Consejo de Estado, al proferir en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la Sentencia Unificadora del 29 de septiembre de 2009.

Contrario a lo manifestado por la defensa, debe reiterarse que el fallo impugnado y su notificación a los sujetos procesales, se produjeron con anterioridad al 25 de julio de 2014, fecha en la cual se cumplía el término prescriptivo. Por tanto, la potestad sancionadora del estado no terminó, con el transcurso del tiempo, siendo procedente declararlo así en este fallo de segunda instancia, donde se revisará completamente la decisión apelada.

Pese a que la abogada de la defensa alude en su escrito de sustentación, que el fenómeno jurídico de la interrupción de la prescripción no aparece contemplado expresamente en el C. D. U., promulgado por la LEY 734 DE 2002, este despacho debe recordarle a la togada en mención, que efectivamente dicha figura ha sido objeto de un juicioso desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, y que fue precisamente esa Corporación, en sentencia unificadora de jurisprudencia, proferida el 29 de septiembre de 2009, la que dio solidez a la tesis de que el plazo legal de cinco años para ejercer la potestad disciplinaria se interrumpe con la notificación del fallo de primera o única instancia, dejando por fuera la vía gubernativa o la resolución de los recursos de reposición y apelación, según sea el caso.

Fue precisamente con base en esta posición jurisprudencial que el Procurador General de la Nación afirmó, en su Directiva 010 del 12 de mayo del mismo año, dirigida a todas las autoridades disciplinarias lo siguiente:

“...Que es imperativo acatar lo dispuesto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en razón de la debida obediencia que merecen las providencias judiciales y más aún cuando provienen del Juez Natural que estudia la legalidad de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación. ...”. Con esta motivación, en el ordinal tercero de la parte resolutive de la misma directiva en cita se expresó: “...El término de cinco (5) años de prescripción de la acción disciplinaria se entiende interrumpido con la notificación del fallo de única o primera instancia, según sea el caso, conforme a los lineamientos jurisprudenciales de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en su sentencia de 29 de septiembre de 2009. ...”.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 30 – Modificado por la LEY 1474 DE 2011 ARTICULO 132.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PROBATORIOS MÍNIMOS PARA PROFERIR UN FALLO SANCIONATORIO / Exigencias de Ley.

Al respecto preceptúa el artículo 142 de la Ley 734 de 2002 dispone: "...No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado. ...".

La primera parte del precepto transcrito habla de la demostración en grado de certeza, sobre la existencia de la falta y en este punto la norma aparece íntimamente vinculada al principio de legalidad disciplinaria, previsto en el artículo 4 de la norma en cita, junto con la propia definición de falta disciplinaria, consagrada en el artículo 23 del mismo estatuto deontológico.

A semejanza del juicio de adecuación típica que se pregona en el ámbito del derecho penal, las normas aludidas hasta el momento, llevan al operador disciplinario a la imperiosa necesidad de probar, que el comportamiento concreto del servidor público investigado y acusado, encaja o se adecúa dentro de un comportamiento abstractamente definido por el legislador como falta, cumpliendo con todos sus elementos o componentes estructurantes.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 142

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2013-388
Número y fecha del fallo:	0028 del veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo revocado por segunda instancia.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la abogada (XXX), en su condición de defensora del procesado (XXX), contra el fallo sancionatorio proferido por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias, el pasado 4 de julio del 2014, dentro del expediente disciplinario 1704-01-2013-388.

COMPETENCIA

La suscrita Directora General de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, es competente para resolver la presente impugnación, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 4173 de 2011, aclarado por el Decreto 4452 de 2011, en atención a las previsiones contenidas en los numerales 12 y 13 del artículo 3° del Decreto 00985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La presente actuación disciplinaria tuvo su origen en el informe de servidor público rendido el 11 de junio de 2013, por la funcionaria (XXX), dirigido al Subdirector de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN. En dicho escrito, señaló la funcionaria en mención, como abogada instructora de la dependencia de control mencionada, que dentro del proceso disciplinario N° 213-303-2010-490, adelantado en contra del servidor (XXX), como Jefe del GIT de documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, por presuntas irregularidades relacionadas con la notificación del acto administrativo contenido en la Resolución 1/88/241-1601 0026 del 24 de diciembre de 2008, proferida dentro del expediente cambiario ISD 2007-387, quedó pendiente la vinculación como implicado, del señor (XXX), encargado de recibir y tramitar la planilla N° 443 del 26 de diciembre de 2008, contentiva del acto administrativo pendiente de notificación.

2.- Por los hechos anteriormente reseñados la Coordinación de Instrucción de la Subdirección de Control Disciplinario Interno de la DIAN, mediante auto del 2 de julio de 2013, dispuso la apertura de una indagación preliminar, en contra del servidor (XXX), quien se notificó personalmente de la decisión el 8 de agosto de 2013.

3.- Mediante decisiones calendadas el 12 de agosto y el 20 de septiembre de 2013, el funcionario instructor de conocimiento, decretó la práctica de pruebas tendientes al perfeccionamiento de la indagación preliminar. En la última decisión mencionada, adicionalmente, se dispuso la vinculación de la funcionaria (XXX) como implicada, lográndose su notificación personal el 26 de septiembre de 2013. Después de recaudarse algunas pruebas documentales, de inspección, testimoniales, y habiéndose escuchado en versión libre a los implicados, el Subdirector de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, mediante decisión datada el 2 de noviembre de 2013, se declaró incompetente para continuar con el conocimiento del plenario, que en su concepto debía adelantarse frente a la comisión de la presunta falta disciplinaria preceptuada en el numeral 1 del artículo 48 del C. D. U., relacionada con la realización objetiva del tipo penal de falsedad material de documento público. Por lo anterior ordenó la remisión inmediata de las diligencias disciplinarias 213-303-2013 293 ante esta UAE Agencia ITRC, por competencia.

4.- A su turno la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de esta entidad, el 19 de diciembre de 2013, avocó el conocimiento del expediente administrativo.

5.- Con fecha 16 de enero de 2014 el funcionario de conocimiento dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra de los servidores (XXX), ordenando la práctica de pruebas tendientes al perfeccionamiento de la investigación. La notificación personal de esta decisión a los procesados, se efectuó durante los días 4 y 14 de febrero de 2014.

6.- El 13 de febrero de 2014 el funcionario a quo dispuso el cierre de la etapa de investigación, notificando dicha decisión a los procesados el 17 y el 20 de febrero de 2014 respectivamente.

7.- El mérito de la investigación fue evaluado por el funcionario de instancia el 20 de marzo de 2014. Con esta decisión se ordenó la terminación del procedimiento y el archivo definitivo en favor de (XXX). Simultáneamente se formularon cargos en contra de (XXX), como presunto autor de la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002. El 27 de marzo del año en curso, fue notificada personalmente la servidora (XXX), mientras que el servidor acusado se notificó personalmente el 3 de abril del mismo año.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

8.- El procesado (XXX) otorgó poder a la abogada (XXX) para ejercer su defensa técnica. Dicha profesional presentó escrito de descargos en favor de su prohijado el 15 de abril de 2014.

9.- Las peticiones de nulidad y práctica de pruebas, presentadas por la abogada defensora en su escrito de descargos, fueron denegadas por el operador disciplinario de instancia, el 24 de abril de 2014. Esta decisión fue notificada personalmente a la abogada defensora el 8 de mayo de 2014, quien presentó y sustentó los recursos de reposición y apelación. El primero de los recursos se resolvió negativamente por parte del funcionario a quo, el 16 de mayo de 2014. De otra parte este despacho ad quem rechazó los argumentos de impugnación de la apelante, mediante decisión calendada el 29 de mayo de 2014, notificada personalmente a la abogada defensora el 12 de junio del mismo año.

10.- Concluida la etapa probatoria del juicio, el despacho de primera instancia, mediante auto del 5 de junio de 2014, corrió traslado a los sujetos procesales, por el término de 10 días, para alegar de conclusión. Esta decisión se notificó personalmente a la defensora del procesado, el 12 de junio de 2014, quien presentó el escrito correspondiente de alegaciones finales el 26 de junio de 2014.

11.- Con fecha 4 de julio de 2014 el operador disciplinario de instancia profirió el fallo de primer grado, a través del cual declaró al procesado, (XXX), responsable disciplinariamente, de la falta objeto de acusación. Como consecuencia se impuso dentro del mismo fallo sanción de Destitución e Inhabilidad general por doce (12) años, al servidor disciplinado.

12.- Mediante despacho comisorio librado al Director Seccional de Aduanas de Cali, se enviaron citaciones a los sujetos procesales, tendientes a la notificación del fallo de primer grado, el día 8 de julio de 2014. El 23 de julio de esta anualidad, se surtió la notificación personal de la abogada defensora (XXX). A su turno el procesado se notificó por Edicto, fijado el 21 de julio de 2014 y desfijado el 23 del mismo mes y año.

13.- La apoderada de la defensa presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, mediante escrito radicado el 28 de julio de 2014, ante la Dirección Seccional de Aduanas de Cali. El recurso en mención fue concedido por el operador disciplinario de conocimiento, en el efecto suspensivo, mediante auto fechado el 15 de agosto del año en curso. Las diligencias respectivas fueron recibidas en este despacho de segundo grado el 19 del mismo mes y año, para desatar la alzada.

DAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

Después de referir la identidad y el cargo del servidor disciplinado; y luego de hacer transcripción de los hechos, del cargo único formulado, y de los argumentos defensivos, el fallador de instancia elaboró y presentó sus consideraciones de la siguiente manera:

Inicialmente recordó la normatividad que le otorgó competencia para decidir la instancia. Luego hizo referencia a los artículos del C. D. U. que desarrollan o prescriben los requisitos sustanciales y procesales de un fallo sancionatorio.

+

A continuación sintetizó nuevamente el caso concreto y transcribió una vez más la falta objeto de acusación.

Al referirse al elemento de la tipicidad, el fallador mantuvo incólume la falta objeto de acusación, afirmando que existió una omisión en el trámite oportuno del exhorto para cumplir con la

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

notificación personal de la sanción expedida a través de la resolución 1-88-241-601-0026 del 24 de diciembre de 2008, situación que adicionalmente consideró como una clara violación al régimen cambiario aduanero, al no cumplirse la previsión legal consagrada en el inciso 3° del artículo 4° del Decreto 1092 de 1.996. Como soporte probatorio de esta apreciación, acudió a la reproducción del expediente administrativo cambiario N° ISD 2007 387.

Con relación a la ilicitud sustancial, consideró el a quo cumplido dicho requisito, al considerar que: "...producto de la omisión al deber funcional relacionado con el trámite oportuno de la notificación de la resolución sanción acaeció el fenómeno de la prescripción respecto del trámite cambiario iniciado al señor (XXX), situación que a la postre determinó la pérdida para el Estado de una sanción fijada en la suma de 1.287.298.429, cuyo pago estaba garantizado con un depósito custodia del 22 de octubre de 2009, número 21-09-00040, por valor de US \$605.970. ...".

Al abordar el tópico de la culpabilidad, el fallador de primer grado empezó por definir el significado del acto procesal de notificación, calificándolo como un acto complejo, con diferentes fases y etapas, acorde con los protocolos de la DIAN. Con esta aseveración, procedió a explicar que el pliego de cargos, al reprochar al disciplinado en el sentido de que no cumplió con la función de notificar, "...debe entenderse que su omisión se relaciona con la falta de entrega o reparto de la resolución sanción al funcionario responsable, situación que a la final determinó la falta de publicidad de la resolución y la consecuente prescripción de la acción administrativa cambiaria a favor del infractor. ...". Las consideraciones subsiguientes permitieron reiterar la modalidad de culpa gravísima en el actuar del procesado, por desatención elemental al deber funcional de dar trámite a la notificación de la resolución sanción.

En un acápite denominado contestación a los argumentos de los sujetos procesales, expresó el fallador a quo: "...si bien es cierto al disciplinado no le asistía la función concreta de notificar, en el acto propio de publicitar la decisión a través de un acta, un sello, un correo, un estado o un edicto, si era parte del procedimiento de notificación previsto en el GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, razón por la cual le es atribuible responsabilidad en la omisión de la notificación de la sanción administrativa cambiaria. ...". Adicionalmente, rechazó el fallador la posible parcialidad en el análisis probatorio, referida por la defensa. De la misma manera, aseveró que sí existen los medios probatorios que en grado de certeza demuestran la existencia de la falta y la responsabilidad del procesado, acorde con lo señalado en el artículo 142 del C. D. U.

El último título del fallo contiene el juicio de dosificación punitiva, a través del cual el autor de la decisión apelada consideró que la sanción a imponer era la de Destitución e Inhabilidad general por el término de doce años. Lo anterior teniendo en cuenta la calificación de la falta, con el criterio agravante consagrado en el literal c del artículo 47 del C. D. U.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes la última notificación (Art. 11 del C. D.U.), la defensora de confianza del procesado (XXX) presentó y sustentó el recurso de apelación en contra del fallo de primer grado, con los planteamientos que se resumen o sintetizan a continuación:

1.- Al inicio de su escrito sustentatorio, la abogada apelante reiteró el hecho de haber operado la prescripción de la acción disciplinaria.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

2.- "...No fueron probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prescripción de la sanción cambiaria impuesta en resolución del 26 de diciembre de 2008. ...". Al respecto, señaló la apelante como contradictoria la afirmación del fallador, cuando en el pliego de cargos acusó a su cliente de dar lugar a la prescripción de la acción cambiaria, mientras que en el fallo adujo desconocer las circunstancias de la no notificación.

3.- "...No se probó la comisión de la falta disciplinaria prevista en el numeral 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. ...". Para la apelante la labor investigativa fue limitada, frente al hecho de establecer qué acciones se tomaron al interior de la División de Liquidación, para intentar la notificación del acto sancionatorio. Reclama nuevamente como injusto, el hecho de que se le endilgue responsabilidad disciplinaria al procesado, que según su dicho solo tenía la función de recibir los documentos y entregarlos a quien efectivamente debía efectuar la notificación personal. Enfáticamente afirmó la recurrente: "...El despacho no logró establecer con plena certeza las circunstancias en que operó la prescripción de la sanción cambiaria y reconocido en el fallo sancionatorio que mi representado no tenía funciones de notificador, mal puede entonces afirmar que su conducta se encuentra incurso en dicha causal, pues como se encuentra probado en las piezas procesales que obran en el plenario, (XXX) no ejecutó ningún acto tendiente a favorecer al destinatario de la sanción cambiaria y menos que haya tenido algún interés propio de evitar la notificación del susodicho acto sancionatorio, puesto que a contrario sensu, cumplió con el deber de entregar el acto a quien tenía la función de realizar la notificación. ...". Finalizando este grupo de argumentos, afirmó la impugnante que la conducta objeto de acusación fue modificada en el fallo, sin observarse la previsión legal del artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

4.- "...Las pruebas solicitadas no fueron practicadas todas en su totalidad. ...". En este punto la crítica de la defensa está orientada en afirmar que existió omisión por parte del operador jurídico de conocimiento, frente al decreto y práctica de pruebas solicitadas con los descargos y alegatos de conclusión. Adicionalmente señaló que las pruebas con las cuales se pretende endilgar responsabilidad a su defendido, no son conducentes, pertinentes ni idóneas.

5.- " Se configuró flagrante violación al debido proceso. ...". Al respecto la posición de la recurrente se resume en la siguiente afirmación: "...el despacho ha vulnerado el debido proceso y derecho de defensa de mi representado, al emitir fallo sancionatorio sin tener probada la incursión en la falta disciplinaria que se le imputa, vulnerando igualmente los principios de legalidad, presunción de inocencia, in dubio pro disciplinado, motivación, favorabilidad y reconocimiento de la dignidad humana, principios que deben prevalecer conforme lo ordena el artículo 29 de la C. N., en toda actuación administrativa o judicial. ...".

6.- "...LA ACCIÓN DISCIPLINARIA ESTÁ PRESCRITA...". Bajó este título en el numeral 5 del escrito de sustentación, la togada apelante reclamó una vez más la declaratoria de extinción de la acción disciplinaria, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, acorde a lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la LEY 734 DE 2002, normas aplicables al caso en estudio bajo los lineamientos doctrinales fijados en la Directiva 016 del 30 de noviembre de 2011, por la Procuraduría General de la Nación. Haciendo transcripción literal de uno de los autos del fallador de instancia, resaltó la memorialista que dicho funcionario señaló claramente el 25 de julio de 2009, como la fecha a partir de la cual debería contabilizarse el término prescriptivo, pues en esa data venció el término de un año con que contaba la administración para notificar el acto sancionatorio cambiario. Con este postulado la recurrente afirmó : "...situación que abiertamente permite colegir con anticipación la imposibilidad lógica y material de proferir fallo de segunda instancia, toda vez que el día 25 de julio de 2014 se perfeccionó el término legal máximo de cinco (5) años que tenía el despacho para proferir y notificar dicha instancia procesal, por lo que tal

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

circunstancia fáctica impide de pleno derecho proseguir el adelantamiento de la acción disciplinaria y en consecuencia impone el deber de declarar la prescripción de la misma, habida cuenta que el Ente Disciplinario carece de competencia para continuar con el proceso y desatar la segunda instancia, toda vez que ha operado el fenómeno jurídico de la extinción de la acción por prescripción. ...”.

Como sustento de su pretensión, la profesional apelante transcribió algunos apartes de las sentencias C-244 de 1996 y C-401 de 2010, en los cuales la Corte Constitucional señala expresamente que la potestad sancionatoria del Estado se pierde cuando han transcurrido 5: años sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que pone fin a la actuación disciplinaria o sin que se haya adelantado y concluido el proceso respectivo con decisión de mérito.

Simultáneamente con las anteriores decisiones jurisprudenciales, la recurrente hizo referencia a una decisión de tutela proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado, la cual, el 22 de abril de 2013, vulneró el debido proceso de un miembro de las fuerzas armadas de Colombia, al afirmar que en la imposición de una sanción en contra de dicho accionante se desconocieron preceptos del C.C.A. puesto que la notificación de la sanción por parte de la Procuraduría General de la Nación, se surtió casi un mes después de cumplido el término de prescripción de la acción disciplinaria, es decir que la destitución se produjo en forma extemporánea.

Con base en los anteriores argumentos la defensora impugnante solicitó: “...Declarar la prescripción de la acción disciplinaria y como consecuencia de ello ordenar la terminación del proceso disciplinario y el archivo definitivo de las diligencias, conforme a los preceptos del artículo 73 y 164 de la Ley 734 de 2002. ...”.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Sobre la **Prescripción disciplinaria**: Al iniciar estas motivaciones de segundo grado, considera imperioso el despacho, abordar y definir el tema de la prescripción disciplinaria, como quiera que es el argumento central y reiterativo, en el cual funda sus pretensiones de impugnación la defensora apelante.

El artículo 30 de la ley 734 de 2002, sin la modificación expresa contenida en el artículo 132 de la Ley 1474 establecía:

“...La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. ...”.

Con la modificación expresa incluida en el nuevo estatuto anticorrupción, el texto transcrito quedó con el siguiente tenor literal: “...La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisiva cuando haya cesado el deber de actuar. ...La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. ...”.

La aplicación de la norma prescriptiva frente al caso sometido a estudio, no ofrece mayor dificultad. Al respecto, debe afirmar este despacho que acoge íntegramente las directrices

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

fijadas por la Procuraduría General de la Nación, como máximo órgano de control disciplinario interno, en sus directivas 010 de 2010 y 016 de 2011. La primera, en lo que respecta a la interrupción del término prescriptivo, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales de unificación fijados por el Hble. Consejo de Estado, mediante decisión asumida en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el 29 de septiembre de 2009. Y la segunda, en lo atinente a la aplicabilidad del artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, únicamente, respecto de los hechos ocurridos a partir del 12 de julio de 2011.

Con esta concreción, recordemos si en el caso que nos ocupa, la falta por la cual se procede es de aquellas cuya consumación se agota en un solo instante, o por el contrario pertenece a esas conductas antiéticas cuyo perfeccionamiento se prolonga a través del tiempo, mientras subsista la acción u omisión que las origina.

El auto acusatorio o pliego de cargos, llamó a responder disciplinariamente al servidor (XXX), por la siguiente conducta:

“...al parecer dio lugar a que acaeciera la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria dentro del proceso ISD20072007387 adelantado en contra del ciudadano (XXX), al no dar el respectivo trámite de notificación o reparto a otro funcionario del GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, de la Resolución Sanción No. 01882416010026 del 24 de diciembre de 2008, recibida por el funcionario (XXX) mediante planilla No. 443 del 26 de diciembre de 2008, para que el nombrado acto se notificara en los términos del artículo 4° del Decreto 1092 de junio 21 de 1.996, esto es, dentro del año siguiente de proferido; incurriendo con ello en la descripción típica conductual objetivamente gravísima descrita en el Numeral 50 del artículo 48 de la LEY 734 DE 2002, que a su tenor literal preceptúa: ...Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen cambiario o aduanero. ...”.

La transcripción de la acusación nos permite afirmar que en efecto la conducta objeto de reproche es de carácter permanente o continuado, siendo efectivamente el 25 de julio de 2009, la fecha en que cesó el deber de actuar para el procesado, debiendo contabilizarse desde esta data el término prescriptivo. Sobre este aspecto no existe controversia, pues tanto la primera instancia como la profesional apelante coinciden en afirmar que es esta data el último acto constitutivo de la falta objeto de acusación.

En consecuencia, es lógico concluir que para el 25 de julio de 2014, fecha en la cual se cumplió el quinquenio o el lustro prenombrado, el Estado cumplió con su facultad investigadora y sancionadora, al proferir el fallo respectivo de primera instancia, calendado el 4 de julio de 2014, el cual se notificó personalmente y por edicto a los sujetos procesales, el 23 de julio del mismo año, esto es, dos días antes de que operara el término prescriptivo.

Por lo anterior, no queda otra opción posible que rechazar la declaratoria de prescripción solicitada por la defensa, con el argumento de que en el caso sub judice operó la interrupción del término prescriptivo, acorde con los lineamientos doctrinales establecidos por la Procuraduría General de la Nación, en la Directiva 010 del 12 de mayo de 2010, en armonía con los postulados jurisprudenciales que sobre el particular expidió el Hble Consejo de Estado, al proferir en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la Sentencia Unificadora del 29 de septiembre de 2009.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

Contrario a lo manifestado por la defensa, debe reiterarse que el fallo impugnado y su notificación a los sujetos procesales, se produjeron con anterioridad al 25 de julio de 2014, fecha en la cual se cumplía el término prescriptivo. Por tanto, la potestad sancionadora del estado no terminó, con el transcurso del tiempo, siendo procedente declararlo así en este fallo de segunda instancia, donde se revisará completamente la decisión apelada.

Pese a que la abogada de la defensa alude en su escrito de sustentación, que el fenómeno jurídico de la interrupción de la prescripción no aparece contemplado expresamente en el C. D. U., promulgado por la LEY 734 DE 2002, este despacho debe recordarle a la togada en mención, que efectivamente dicha figura ha sido objeto de un juicioso desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, y que fue precisamente esa Corporación, en sentencia unificadora de jurisprudencia, proferida el 29 de septiembre de 2009, la que dio solidez a la tesis de que el plazo legal de cinco años para ejercer la potestad disciplinaria se interrumpe con la notificación del fallo de primera o única instancia, dejando por fuera la vía gubernativa o la resolución de los recursos de reposición y apelación, según sea el caso.

Fue precisamente con base en esta posición jurisprudencial que el Procurador General de la Nación afirmó, en su Directiva 010 del 12 de mayo del mismo año, dirigida a todas las autoridades disciplinarias lo siguiente:

"...Que es imperativo acatar lo dispuesto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en razón de la debida obediencia que merecen las providencias judiciales y más aún cuando provienen del Juez Natural que estudia la legalidad de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación. ...". Con esta motivación, en el ordinal tercero de la parte resolutive de la misma directiva en cita se expresó: "...El término de cinco (5) años de prescripción de la acción disciplinaria se entiende interrumpido con la notificación del fallo de única o primera instancia, según sea el caso, conforme a los lineamientos jurisprudenciales de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en su sentencia de 29 de septiembre de 2009. ...".

En su intención de obtener prosperidad a su petición de prescripción de la acción disciplinaria, la recurrente hizo mención y transcripción de algunos apartes contenidos en las Sentencias C-244 de 1996 y C-401 de 2010, en las cuales la Corte Constitucional, al referirse al término prescriptivo consagrado en la anterior Ley 200 de 1.995, planteó una posición contraria a la del Consejo de Estado, al afirmar :

"... El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se hay dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción ...La Prescripción en materia disciplinaria es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción, y tiene operancia cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, 5 años, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito.

Adicionalmente a estos dos pronunciamientos de la Corte Constitucional, la defensa impugnante buscó fundamento favorable a su petición, en la decisión de tutela proferida por una Sala de Conjuces del Consejo de Estado, fechada el 22 de abril de 2013, con ponencia del Conjuez Álvaro Escobar Enríquez, en la cual, según lo afirmado por la abogada apelante, se expresó lo siguiente, refiriéndose a un conocido caso del General Álvaro Velandia Hurtado: "... se vulneró el

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

debido proceso del general Velandia y se desconocieron preceptos del C. C. A., puesto que la notificación de la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación, se surtió casi un mes después de cumplido el término de prescripción de la acción disciplinaria, es decir que la destitución se produjo en forma extemporánea lo que hacía procedente el reintegro del disciplinado y el pago de los emolumentos salariales a partir de la indebida destitución. Con relación a este mismo pronunciamiento colegiado de los jueces de tutela, la interesada en obtener la prescripción transcribió esta consideración: "...Una sanción disciplinaria no se puede entender como impuesta solo con su expedición y notificación, sino que debe cumplir el término de ejecutoria, es decir aquel en el cual se le permita al afectado interponer los recursos que tiene a su alcance para defender sus derechos (anteriormente denominada vía gubernativa). Por tanto, es necesario que se expida el acto sancionatorio, que se resuelvan los recursos del caso y que se notifiquen las decisiones adoptadas sobre ellos. ...".

Frente a estas decisiones, basta con hacer notar a la defensora apelante que la situación fáctica que nos ocupa difiere completamente, toda vez que en este caso la expedición y notificación del fallo sancionatorio se realizó antes de cumplirse el término prescriptivo, tal como quedó demostrado en precedencia.

Con relación a este planteamiento de tutela y tal como se ha venido motivando, considera el despacho acertada la posición expuesta por la Procuraduría General de la Nación, en reiterados conceptos, al afirmar que las decisiones de tutela solo tienen efectos inter partes, siendo dichos pronunciamientos simplemente un criterio auxiliar para los operadores jurídicos disciplinarios. Así lo señaló la Procuraduría Auxiliar para Asuntos disciplinarios al expedir su concepto PAD c-20 de 2014, en el cual textualmente puntualizó:

"...Lo primero es señalarle que la Directiva N° 10 de 2010, proferida por el señor Procurador General de la Nación, a la fecha no ha sufrido variación en cuanto a su contenido, guardando vigencia en su integridad, con la correspondiente presunción de legalidad de la que están investido los actos administrativos.

*No puede olvidarse, de acuerdo a las manifestaciones del Consejo de Estado, "Como es bien sabido, la presunción de legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad o de "justicia" de que están dotados los actos administrativos y que le da plena eficacia y obligatoriedad a esta manifestación de la actividad de la Administración, supone que todo acto administrativo está conforme al ordenamiento jurídico superior. Se trata, por supuesto, de una presunción legal o iuris tantum y no iuris et de iure, vale decir, que admite prueba en contrario y por lo mismo es desvirtuable ante los jueces competentes."*¹

La disposición que usted cuestiona, en el tema de la prescripción, señaló:

TERCERO: El término de cinco (5) años de prescripción de la acción disciplinaria se entiende interrumpido con la notificación del fallo de única o primera instancia, según el caso, conforme a los lineamientos jurisprudenciales de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en su sentencia de 29 de septiembre de 2009.

En este sentido, es de tenerse en cuenta que la sentencia a la cual hace referencia es una sentencia de tutela en primera instancia, constituyéndose como vinculante para las partes y por tanto no puede exigirse una aplicación extensiva como precedente jurisprudencial, entre otras cosas, por no tratarse de un fallo en sede de revisión en la Corte Constitucional.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

Esta situación fue estudiada en la Sentencia T-292 de 2006 así:

21. Ahora bien, el numeral segundo del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, - Ley 270 de 1996 - resulta definitivo frente al valor vinculante de la ratio decidendi en materia de tutela, en especial luego del condicionamiento del que fue objeto en la sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Efectivamente el numeral estudiado por esta Corporación señala que “las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes” y “su motivación sólo constituye criterio auxiliar para los jueces”. La Corte Constitucional, en la sentencia que se comenta, al declarar la exequibilidad condicionada de este numeral, hizo al respecto, la siguiente precisión:

“[las] sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”. (Las subrayas fuera del original

Así las cosas, es necesario tener en cuenta dos situaciones sobre la decisión en el caso de Álvaro Hernán Velandia Hurtado: i) Se trata de un fallo de tutela que solo tiene efectos inter partes, pues aún no ha sido objeto de análisis para su eventual selección en Corte Constitucional; ii) La providencia que revocó la decisión del Consejo de Estado, pese a que surtió efectos inmediatos inter partes, está en proceso de impugnación y por tanto no ha adquirido firmeza, para efectos de que deba asumirse como doctrina probable, como si eventualmente pudiera decirse si se presenta un fallo de revisión de la Corte Constitucional; y, iii) Hay línea jurisprudencial contraria al tema, sobre la cual se sustenta la Procuraduría General de la Nación. ...”.

“...Ahora, si bien el fallo de tutela del 29 de septiembre de 2009 suspendió provisionalmente los efectos de la decisión del 17 de abril de 2013, proferido por el Consejo de Estado dentro del radicado 110010315000200300442 01, la línea jurisprudencial sobre la cual reposa la directriz de la Procuraduría, plasmada en la Directiva N° 10 de 2010, se mantiene intacta, repitiendo, con la pertinente presunción de legalidad del acto administrativo. ...”.

Bastan estas consideraciones para rechazar, tal como se hará en la parte resolutive de este fallo, la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria, invocada por la defensa. En consecuencia, las motivaciones subsiguientes estarán enfocadas en revisar, en sede de alzada, la legalidad de la sanción de primer grado.

Es importante recordar a la impugnante que, de conformidad con la previsión legal consagrada en el parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, “...El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación. ...”.

Continuando con el presente análisis de segunda instancia, frente a los restantes argumentos que conforman la sustentación de la impugnación, por parte de la defensa técnica, el despacho centrará su estudio frente al cumplimiento de los requisitos probatorios mínimos exigidos por la Ley para proferir un fallo sancionatorio.

Al respecto preceptúa el artículo 142 de la Ley 734 de 2002 dispone: “...No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado. ...”.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

La primera parte del precepto transcrito habla de la demostración en grado de certeza, sobre la existencia de la falta y en este punto la norma aparece íntimamente vinculada al principio de legalidad disciplinaria, previsto en el artículo 4 de la norma en cita, junto con la propia definición de falta disciplinaria, consagrada en el artículo 23 del mismo estatuto deontológico.

A semejanza del juicio de adecuación típica que se pregona en el ámbito del derecho penal, las normas aludidas hasta el momento, llevan al operador disciplinario a la imperiosa necesidad de probar, que el comportamiento concreto del servidor público investigado y acusado, encaja o se adecúa dentro de un comportamiento abstractamente definido por el legislador como falta, cumpliendo con todos sus elementos o componentes estructurantes.

Recordemos entonces cuál fue la calificación jurídica provisional que se le dio al hecho fáctico, objeto de reproche disciplinario, en el momento de la acusación:

Se consideró entonces que el proceder omisivo del servidor público implicado, podría encontrar adecuación dentro de la falta disciplinaria gravísima, consagrada en el numeral 50 del artículo 58 de la Ley 734 de 2002, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

...50. Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario. ...”.

Debe advertir este despacho que desde el origen de la presente actuación disciplinaria se evidenciaron posibles yerros o irregularidades que, sin lugar a dudas, afectaron la correcta instrucción o investigación del caso, y por consiguiente desenfocaron la correcta calificación jurídica de los hechos. Recuérdesse que esta actuación se derivó de otra, adelantada ante la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario de la DIAN, por idénticos hechos, en la cual simplemente se vinculó al Jefe del GIT de documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, a quien finalmente se le absolvió de toda responsabilidad disciplinaria. Con el argumento de que no fueron vinculados oportunamente todos los presuntos responsables del comportamiento investigado, situación que bien pudo haber sido razón para decretar una nulidad procesal, el despacho en mención remitió a esta Agencia copias de las diligencias adelantadas contra (XXX), habiéndose ordenado en el transcurso de la indagación preliminar, la vinculación de la funcionaria (XXX), a quien se le profirió auto de terminación de procedimiento y archivo de la actuación, al momento de evaluar el mérito del proceso.

Pese a la irregular ruptura de la unidad procesal y remisión de las diligencias a esta UAE, la actuación desde sus comienzos estuvo orientada en investigar la falta gravísima que le otorgaba competencia, como lo fue la contemplada en el numeral 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, debe afirmar este despacho que la investigación exitosa de estos hechos, debió ser la que se hubiere adelantado, en forma unificada y conexa, frente a la posible incursión de una falta grave, por evidente incumplimiento de deberes, relacionados con el desempeño funcional irregular de los funcionarios del GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, encargados de notificar la

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

resolución sancionatoria proferida el 24 de diciembre de 2008, dentro del procedimiento investigativo adelantado por infracción al régimen cambiario, contra el señor (XXX).

Con lo anterior se quiere significar, que la errónea denominación jurídica que se le dio al hecho objeto de investigación, es la consecuencia directa de que al momento de proferir el fallo disciplinario de instancia, la actuación carezca de pruebas demostrativas con certeza, frente a la tipificación de la falta. Veamos por qué.

A pesar de que el artículo 170 del C. D. U. establece dentro de los requisitos formales del fallo, el análisis de las pruebas en que se basa, es importante resaltar que el título respectivo, dentro de la decisión apelada, se limitó en realizar una mención expresa de los requisitos sustanciales del fallo, si efectuar un verdadero estudio evaluativo de las posibles pruebas en que se sustentaría la decisión sancionatoria. Lo anterior obedece a la inexistencia de pruebas tendientes a demostrar la responsabilidad del procesado, pues tal como posteriormente lo reconoció el despacho a quo, al momento de pronunciarse sobre la culpabilidad, únicamente se allegaron y valoraron como medios probatorios, las copias de la actuación cambiaria prescrita y el testimonio del servidor (XXX), dejándose sin valoración probatoria los testimonios de los servidores (XXX), que según el dicho de la defensora, podrían demostrar la ausencia de responsabilidad de su cliente, frente a las funciones de notificación.

Ahora bien, veamos qué hechos aparecen probados dentro de la presente actuación:

1.- Ciertamente las copias de la actuación cambiaria administrativa, nos demuestran que existió una conducta omisiva relacionada con la notificación de la resolución sancionatoria N°1-88-241-601-0026, proferida el 24 de diciembre de 2008, situación que a la postre originó la declaratoria de terminación de la investigación cambiaria, por haber operado la prescripción, según lo decidido por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, en decisión calendada el 4 de diciembre de 2009.

2.- Documentalmente se probó, a través de la planilla 443 del 26 de diciembre de 2008, que el trámite sancionatorio aludido en el numeral anterior fue entregado, por parte del funcionario (XXX), para efectos de notificación al servidor implicado, quien a pesar de no tener funciones de notificador, integraba el GIT de Documentación de la Seccional aludida, y al parecer tuvo el trámite a su disposición por aproximadamente 5 días, hasta el 31 de diciembre de 2008, fecha en la cual salió a disfrutar de sus vacaciones, sin que se haya demostrado qué suerte corrió el expediente cambiario durante ese interregno, incluido el tiempo de disfrute de las vacaciones, durante el cual, como es obvio, la función de notificación de los actos administrativos no debió sufrir interrupción, pues los procedimientos pendientes de trámite, necesariamente tuvieron que haber sido controlados y ejecutados por los demás servidores de la dependencia.

3.- Las mismas pruebas documentales aludidas, nos demuestran que la fecha límite en la cual debió ejecutarse la notificación de la sanción cambiaria, fue el 25 de julio de 2009. Igualmente se probó que la omisión en la notificación de la sanción, fue advertida por el funcionario DARIO HERRERA MOLINA, Jefe de la División de Liquidación de la Seccional, el 3 de septiembre de 2009, quien puso en conocimiento el hecho ante el Jefe del GIT de documentación, cuando ya había operado el fenómeno prescriptivo, declarado luego por el competente administrativo el 4 de diciembre de 2009.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

Los razonamientos consagrados en los numerales que anteceden permiten concluir que si bien, aparece probado en el plenario un hecho omisivo, que efectivamente generó la prescripción de una acción cambiaria, no puede afirmarse que dicha omisión sea atribuible única y exclusivamente al servidor acusado, ni mucho menos puede decirse que tal conducta omisiva se haya ejecutado, con la finalidad de lograr una posible evasión de impuestos. Nótese que la estructura del tipo objeto de acusación sanciona las omisiones tendientes a la evasión de impuestos, situación que no logró probarse en grado de certeza dentro del presente plenario.

No puede admitir esta instancia que se confunda el hecho de la evasión de impuestos, con la conducta disciplinaria. El primero corresponde únicamente a la infracción al régimen cambiario y solamente pudo ser atribuido al ciudadano Mexicano (XXX), sin que pueda determinarse, como causa posible de dicha evasión, el desempeño funcional irregular de ciertos servidores del GIT de Documentación, de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, entre los que se encuentra el aquí procesado.

Con este argumento, debe el despacho rechazar uno de los razonamientos de tipicidad del a quo, cuando afirmó: "...Producto de lo anterior, el Estado se vio afectado porque perdió vigencia el instrumento válido, por así decirlo, para obtener el pago de \$ 1'287.298.429, suma equivalente al 30% del monto del dinero incautado y liquidada conforme al literal x) del artículo 1° del Decreto 1074 de 1.99, configurándose una clara violación al régimen cambiario y con ello la materialización de la infracción disciplinaria del numeral 50 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. ...".

En el mismo sentido resulta desvirtuada y carente de respaldo probatorio la siguiente aseveración del fallador de instancia, dentro de su análisis de tipicidad: "...Esta omisión, el trámite oportuno del exhorto para cumplir la notificación personal de la resolución sanción expedida en contra del señor (XXX), es la conducta en concreto que determina la violación del régimen cambiario como ya indicó párrafos atrás, configurándose en consecuencia la infracción disciplinaria gravísima del numeral 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. ...".

Adicionalmente, escapó igualmente a la demostración con certeza de la existencia de la falta y de la responsabilidad del procesado, el hecho de haber podido probar que la omisión reprochada, efectivamente correspondiera al desempeño funcional del acusado, única finalidad o razón de ser de este proceso disciplinario.

Al respecto, resultan totalmente contradictorias las aseveraciones del fallador de instancia cuando afirmó:

"...En este orden de ideas, aunque el disciplinado (XXX) concretamente no cumplía el acto de notificación, esto es, diligenciar un acta, un sello, enviar un correo o fijar un estado o un edicto, sí hacía parte del proceso de publicidad de los actos expedidos en la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, y cuando en la pieza de cargos se hizo mención a que no cumplió con la función de notificar, debe entenderse que su omisión se relaciona con la falta de entrega o reparto de la resolución sanción al funcionario responsable, situación que a la final determinó la falta de publicidad de la resolución y la consecuente prescripción de la acción administrativa cambiaria a favor del infractor. ...". Esta aseveración del fallador de primer grado, además de ser contradictoria, tal como lo manifestó la defensora apelante, resulta incongruente frente al hecho objeto de acusación, toda vez que modifica la conducta objeto de reproche, en forma antitécnica.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

Más adelante, en el título de “CONTESTACIÓN A LOS ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES, aparece otra frase contradictoria y débil frente al planteamiento de certeza que se pretende demostrar así: “...ya que si bien es cierto el disciplinado no le asistía la función concreta de notificar, en el acto propio de publicitar la decisión a través de un acta, un sello, un correo, un estado o un edicto, si era parte del procedimiento de notificación previsto en el GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali. Es importante destacar que si eventualmente no se obtuvo el formato de los compromisos, a la postre resultan inútiles porque como se argumentó al disciplinado sí le asistía responsabilidad en el proceso de notificación. ...”.

Basten los anteriores razonamientos para afirmar, conclusivamente, que el comportamiento del servidor procesado resulto atípico frente a la falta objeto de acusación, al no haberse probado en grado de certeza la existencia de la falta, tal como lo dispone y ordena el artículo 142 del C. D. U. En consecuencia, al afirmarse atípica la conducta del disciplinado, resulta innecesario realizar pronunciamientos adicionales sobre la ilicitud sustancial, sobre la culpabilidad, o sobre la dosificación de la pena.

En orden a lo anterior, este despacho revocará en su integridad la decisión recurrida y en su lugar, decretará la absolución de responsabilidad disciplinaria al servidor (XXX), en el presente asunto.

Como complemento de estas consideraciones y con una finalidad pedagógica tendiente a aclarar lo que significa probar en grado de certeza un hecho, el despacho acude a una de las muchas decisiones doctrinales existentes en los siguientes términos:

“...El artículo 142 de la Ley 734 de 2002, actual Código Disciplinario Único, establece que el fallo sancionatorio sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza de la falta y de la responsabilidad del disciplinado; entendida la certeza, como el valor epistemológico o conocimiento particular que excluye la duda razonable, a lo que se llega mediante el proceso racional de valoración del material probatorio, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica, la lógica material y las pautas de la experiencia. (Maria Eugenia Carreño Gómez, Procuraduría Segunda Delegada para la vigilancia Administrativa, Exp. 161-5428 IUS 2011-99456 del 15 de noviembre de 2012).

En tal virtud, la Directora General de la UAE Agencia del Inspector general de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR la solicitud de prescripción de la acción disciplinaria, interpuesta por la doctora (XXX), defensora del señor (XXX), conforme las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. REVOCAR EN SU INTEGRIDAD, la providencia del 4 de julio de 2014, por medio de la cual, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, declaró disciplinariamente responsable al servidor (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía no. 16.715.023, en su condición de analista II, código 202, grado 02 de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, procediendo en consecuencia a sancionarlo con destitución e inhabilidad general por el término de DOCE años. En su lugar, se ordena la **ABSOLUCIÓN** del referido funcionario, de toda responsabilidad, acorde con las consideraciones que anteceden.

Continuación del Fallo por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2013-388.

TERCERO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión a los sujetos procesales (Procesado y defensora), de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101y 107de la Ley 734 de 2002.

CUARTO. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

QUINTO. La presente decisión queda en firme el día de su suscripción, pero sus efectos jurídicos se surten a partir de la notificación, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 734 de 2002.

SEXTO. Ejecutoriada materialmente esta decisión y libradas las comunicaciones de ley, devuélvase el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE
Directora General

Proyectó: Demetrio Augusto Parra Jiménez
Revisó: Demetrio Augusto Parra Jiménez
Aprobó: Carmen Maritza González M. – Directora General.