



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

ERROR INVENCIBLE- Concepto/ Configuración de error invencible como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Por tanto es invencible un error, cuando no puede superarse; cuando las circunstancias en que se encontraba la persona, al momento de tomar la decisión objeto del cuestionamiento, le hacían físicamente imposible ilustrar su entendimiento **con un criterio diverso** que lo aparte de la convicción errada que le asiste, ejerciendo todos los medios funcionales posibles para salir del error.

FUENTE FORMAL - LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 28 NUMERAL 6

VALORACIÓN PROBATORIA / PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA - autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley.

Así mismo la Jurisprudencia Administrativa como Constitucional más recientes, han reconocido la interpretación y aplicación de la ley, como un pleno ejercicio propio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario; entonces cuando éste adopta las decisiones interpretando y aplicando la ley, siguiendo su propio criterio, y con fundamento en los elementos de juicio y probatorios aportados al proceso, el control de legalidad del acto sancionador no autoriza per sé, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente; ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborde los límites que imponen la Constitución y la ley.

En consecuencia, las diferencias interpretativas entre lo expuesto en la decisión disciplinaria por parte del titular de la misma y la interpretación que adopte el procesado frente a los mismos asuntos probatorios, no constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa de primera instancia, así el hecho de que tal valoración no beneficie al recurrente, nada tiene que ver con la violación al debido proceso y al derecho de defensa.

La Jurisprudencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha sido enfática en reconocer en desarrollo del principio de la Autonomía Funcional del Juez Disciplinario, que mientras la valoración fáctica y probatoria que este realice, se encuentre debidamente fundamentada y argumentada en el acto disciplinario sancionatorio o absolutorio, según sea el caso, y la interpretación sea razonable, acorde con las normas legales disciplinarias, las pruebas legal y

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. 1704-01-2012-290.

oportunamente allegadas al plenario y compatibles con la Constitución, la decisión de instancia deberá mantenerse.

FUENTE FORMAL – LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 131.

Dependencia:	Dirección General.
Número del Proceso:	1704-01-2012-290
Número y fecha del fallo:	00014, del doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo de primera instancia confirmado en segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado (XXXX), en su condición de defensor de confianza de la procesada (XXXX), contra la resolución 17413-026 del 25 de Septiembre de 2013, por medio de la cual la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de esta Agencia ITRC, profiere fallo sancionatorio de primera instancia dentro del Proceso Administrativo Disciplinario No.1704-01- 2012-290.

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 0985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

- 1.- Los hechos investigados en la presente actuación disciplinaria, tuvieron su origen en el informe del 7 de marzo de 2012 suscrito por la jefe de la División de Gestión de Fiscalización Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Medellín¹, en el cual denuncia la configuración del “Silencio Administrativo Positivo” en el expediente aduanero RA-2009-2011-0901, adelantado en dicha dependencia al contribuyente (XXXX).
- 2.- Lo anterior por cuanto el día 30 de noviembre de 2011, en la División de Gestión de Fiscalización se expidieron dentro del citado expediente tres requerimientos especiales aduaneros, a saber los

¹ Ver folio 2-3 Cno 1.

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. 1704-01-2012-290.

requerimientos 1-90-201-238-2907, 1-90-201-238-2908 y 1-90-201-238-2909, en los cuales fueron formuladas liquidaciones oficiales de sanción y corrección al citado contribuyente en el orden de \$41.833.452, \$60.431.469 y \$48.709.045, respectivamente, debido a que en las declaraciones de importación correspondientes al año 2009, el usuario había importado mercancías con una clasificación arancelaria diferente a la que correspondía.

3- Sobre el particular se encontró que la normatividad aduanera², establece que tanto el importador como el declarante, disponían de quince días para presentar respuesta a los requerimientos, por lo que el término para ello tuvo como fecha de vencimiento el día 23 de diciembre de 2011, en razón a que las resoluciones fueron notificadas por correo certificado al usuario el 1º de diciembre del mismo año; a su turno el artículo 512 ibídem, estipula que cuando se presenta oportuna respuesta al requerimiento por el interesado, la administración dispone entonces de cuarenta y cinco (45) días para resolver de fondo el asunto, o en su defecto de treinta (30) días, cuando no se presenta respuesta.

4.- En el sub examine, sólo fue contestado en tiempo el requerimiento especial aduanero número 1-90-201-238-2907, por lo que de acuerdo con la norma referida, la administración disponía de treinta (30) días para pronunciarse de fondo en lo concerniente a los demás requerimientos números 1-90-201-238-2908 y 1-90-201-238-2909; término que venció el 6 de febrero de 2012, sin que se hubiese pronunciado de fondo la administración.

5.- En consecuencia, la División de Gestión de Liquidación, mediante actos administrativos números 0665 del 5 de mayo de 2012 y 0666 de la misma fecha, declaró la firmeza de las declaraciones de importación relacionadas en los requerimientos especiales aduaneros 1-90-201-238-2908 y 1-90-201-238-2909 y decretó el secuento archivo de los expedientes administrativos pertinentes, reconociendo la configuración del "Silencio Administrativo Positivo", por mandato del artículo 519 del Decreto 2685.

6.- Por auto del 2 de noviembre de 2012³, la Sub Dirección Disciplinaria de esta Agencia ITRC, dispuso apertura de indagación preliminar contra indeterminados, con el objeto de corroborar los hechos materia del informe.

7.- Mediante auto del 14 de mayo de 2013, el despacho instructor apertura investigación disciplinaria contra la funcionaria (XXXX)⁴, providencia notificada personalmente a la investigada el día 30 de mayo de 2013⁵.

8.- Mediante resolución 17412-015 del 29 de agosto de 2013⁶ se calificó el mérito de las pruebas recogidas en la etapa instructiva, formulando auto de Citación a Audiencia de Juicio Verbal y Cargos a la funcionaria (XXXX), por la posible incursión en la falta disciplinaria Gravísima descrita en el numeral 35 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, referente a "dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo"; decisión notificada personalmente a la

² Decreto 2685 de 1999 Artículo 512

³ Ver folios 102-105 Cno 1.

⁴ Ver folios 206-208 Cno 2.

⁵ Ver folios 219 Cno 2.

⁶ Ver folios 317-322 Cno 2.

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. 1704-01-2012-290.

procesada el día 5 de septiembre de 2013⁷ y frente a la cual presentó pruebas y descargos de forma verbal y en audiencia del día 24 de septiembre de 2013, a través de apoderado de confianza⁸.

9.- Con relación a las pruebas solicitadas en los descargos presentados en audiencia, se accedió por el despacho instructor a las mismas y se ordenaron otras de oficioso. Una vez practicadas se dispuso correr traslado para presentar alegatos de conclusión, lo cuales una vez presentados por las partes en la misma audiencia del 24 de septiembre de 2013, se dispuso suspender la diligencia a efectos de emitir el fallo de primera instancia.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante resolución 17413-026 del (25) veinticinco de septiembre de 2013⁹ el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, profirió fallo de primera instancia en el cual el funcionario A Quo resumió en algunos párrafos los hechos objeto de investigación; el cargo formulado y los argumentos defensivos del procesado, planteados a lo largo del juicio verbal, como en los alegatos de conclusión. De la misma manera se resumieron valoraron y evaluaron conjuntamente la totalidad de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas a lo largo de la actuación.

Inmediatamente después, la primera instancia inició su exposición de motivos citando la normatividad que le atribuye competencia legal para fallar el sub examine. A renglón seguido nombran en el fallo impugnado los preceptos legales que describen en materia disciplinaria, la exigencia probatoria mínima para sancionar y el sistema de valoración o apreciación integral probatoria.

Consideró el fallador de primera instancia, que con base en el análisis probatorio decretado y practicado legal y oportunamente en el plenario, tanto en la etapa de instrucción como en la etapa de juicio, la imputación que se formuló a la investigada dentro del de citación a audiencia y cargos, constituye una imputación diáfana y concreta, de suerte que el disciplinado conto con todas las posibilidades procesales de ejercer sus derechos de contradicción y defensa respecto de la misma, para proceder a decidir como en derecho correspondía.

Continuando con la motivación del fallo, referente a la valoración probatoria, estimo el despacho A-Quo que se encontraba plenamente probada la materialización de la conducta típica e ilícitamente sustancial endilgada en el pliego de cargos a la (XXXX), en cuanto a que de la valoración conjunta y sistemática de la documental como de los testimonios allegados oportunamente al plenario, se pudo establecer en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, que el factor determinante que dio lugar a la configuración del Silencio Administrativo Positivo, tuvo su origen en la aplicación de un término común de vencimiento a los tres requerimientos por parte de la disciplinada, pese al tratamiento diferencial que establece la ley cuando existe o no presentación de la respuesta por parte del declarante o importador, lo cual

⁷ Ver folios 329 Cno 2.

⁸ Ver folios 336-349 Cno 2.

⁹ Ver folios 354-376 Cno 2.

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. 1704-01-2012-290.

desencadenó la afectación, que para la administración implicó la imposibilidad jurídica de hacer efectiva la liquidación oficial.

En tal sentido considero el despacho A-Quo que la conducta endilgada a la procesada, se adecúa a la descripción típica del artículo 48 núm. 35 arriba referidos, toda vez que quedó demostrado que la inobservancia del término establecido en el inciso primero del artículo 512 del Estatuto Aduanero, por parte de la disciplinada, tuvo como consecuencia la configuración del “Silencio Administrativo Positivo”, conforme lo estipula el artículo 519 ibídem.

Continuando el despacho A-Quo con la exposición de motivos del fallo, argumentó el cabal cumplimiento del requisito de la ilicitud sustancial satisfecho, al expresar que la conducta imputada al procesado vulneró su deber funcional, sin justificación alguna, pues en su condición de servidora pública debía actuar bajo postulados de moralidad pública, diligencia, eficiencia, eficacia, y cuidado en sus actuaciones, es decir a partir de normas rectoras de su ejercicio, tal como lo establece la ley disciplinaria en sus artículos 5 y 22, por cuanto, al asumir su cargo la disciplinada, se comprometió a cumplir con fidelidad y respeto sus deberes funcionales legales y constitucionales; situación que considero el despacho instructor que en el sub examine no se cumplió, sino que por el contrario la disciplinada mancilló los principios enunciados de la función pública a los que estaba obligada acatar, sin justificación alguna.

Con relación al requisito estructural normativo de la culpabilidad de la falta, mantuvo el fallador de instancia su posición esbozada en el auto de cargos, al considerar que la falta objeto de sanción debía ser imputada a título de culpa grave, por cuanto señalo que la inobservancia en la aplicación de los términos por parte de la expedientada, demostró que actuó con evidente descuido e inobservancia del deber de cuidado que se exige a todo servidor público en el ejercicio de las funciones y atribuciones propias del cargo.

Agrego que la experiencia en la Dian de la procesada desde el año 1992, le permitía conocer a cabalidad su deber funcional, por tratarse además de una funcionaria altamente capacitada en el desempeño de los roles a ella asignados.

En el acápite subsiguiente, titulado Contestación a los argumentos de defensa, el fallador de primer grado hizo énfasis sobre la presunta convicción errada e invencible alegada por la defensa, en cuanto a que la disciplinada creyó que la apreciación y cálculo de los términos procesales eran los correctos y que tal situación fue directa consecuencia de la ausencia de un procedimiento debidamente regulado para el control de vencimiento de términos en los expedientes a cargo de la División.

Al respecto señalo el A-Quo que tal argumento no podía ser aceptado, pues el mismo tiene elementos bien definidos, como lo es la presencia de una situación de invencibilidad que opera como condición de configuración de tal exculpación, en donde el servidor público ha de enfrentar una situación extrema que le impida e imposibilite dilucidar la presencia de la irregularidad, requerimiento el cual concluyo que no observa el contexto de la situación en particular.

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. 1704-01-2012-290.

Con relación a que la situación reprochada obedeció a fallas en los controles implementados por la entidad - División de Liquidación y que ante la ausencia de un procedimiento debidamente implementado para su verificación, la falla se generó en razón a que la servidora debió además de establecer el término de vencimiento, sustanciar el expediente, sin que pudiese establecer las falencias en el cálculo de términos respecto de los requerimientos que no fueron contestados.

Al respecto indico el despacho A-Quo que tal planteamiento tampoco puede ser aceptado, en consideración a que el control establecido al interior de la Seccional de Aduanas de Medellín, a través del anexo 01, busca precisamente facilitar la verificación de los términos, pero en momento alguno tiene la Entidad la facultad para desplazar el procedimiento establecido en el artículo 512 del Estatuto Aduanero, en cuanto a los parámetros allí impuestos a la Administración para el pronunciamiento de fondo dentro de los tiempos regulados en la norma.

Al respecto señalo el despacho de primer grado, que la propia investigada reconoce en su versión que era consciente de que el trámite administrativo involucraba en el mismo contexto tres requerimientos respecto de un mismo importador, el señor (XXXX), lo cual permite inferir que era conocedora de la complejidad del expediente.

Sobre el particular agrego el A-Quo que si bien es cierto se estableció un volumen de actividades asumidas por la funcionaria durante el interregno comprendido entre los meses de diciembre de 2011 a febrero de 2012, este factor no fue determinante en el hecho objeto de la censura, habida cuenta que no existe elemento alguno que permita inferir que tal condición hubiese tenido alguna incidencia directa en la generación de la falencia, ni mucho menos fue argüido por la enjuiciada.

En lo concerniente a la calificación de la falta, el despacho A Quo mantuvo la posición previamente asumida en el auto de cargos, en consecuencia, califico la conducta imputada disciplinariamente a la funcionaria (XXXX), como Gravísimas a título de Culpa Grave, al hallarla enmarcada en los preceptos normativos del artículo 48, numeral 35 de la Ley 734 de 2002, en correlación con el artículo 43 numeral 9º ibídem.

En el proceso de dosificación de la sanción, atendiendo a la calificación concreta como Gravísima a título de Culpa Grave imputada a la disciplinada, consideró el despacho de primera instancia viable la imposición de la sanción de suspensión en el ejercicio de su cargo, por un (1) mes, e Inhabilidad Especial para ejercer cargos públicos por el mismo término, teniendo en cuenta para la graduación de la sanción los criterios normativos en su favor del artículo 47 del CDU, en cuanto a su ausencia de antecedentes fiscales y disciplinarios, el no haber atribuido infundadamente el hecho a un tercero; la inexistencia de un grave daño social o afectación de derechos fundamentales con la conducta reprochada; y no pertenecer la enjuiciada a un cargo del nivel directivo o ejecutivo de la DIAN.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es con la presentación del escrito de alzada fechado el día 27 de septiembre del 2013¹⁰, el defensor de la procesada sustentó su recurso de

¹⁰ Ver folios 378-390 Cno 2.

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. 1704-01-2012-290.

apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio de primera instancia, solicitando de este despacho de segunda instancia, la absolución de su cliente, con base en los siguientes esbozos:

Desde el comienzo de sus alegatos de conclusión como de su escrito de impugnación el abogado apelante planteó que de ninguna manera se puede predicar la existencia de la culpa grave en las actuaciones de la encartada sin existencia de prueba que conduzca a tal certeza, pues señala que el sancionador presumió tal culpa sin estar demostrado y que no tuvo en cuenta que la disciplinada había actuado sin intensión ni por descuido en su actuar de permitir la configuración del silencio administrativo positivo endilgado, toda vez que del análisis de las pruebas aportadas, ella creía que su actuar encontró subvención con la norma aduanera, esto es que en efecto si incurrió la funcionaria en "error invencible" por cuanto la complejidad del caso particular permitía que así sucediera, circunstancias que conducen a la no aceptación de la calificación de la falta a título de culpa grave reprochada y en consecuencia a que se absuelva a la disciplinada de la sanción, por estar descrita en la ley como eximente de responsabilidad disciplinaria.

Arguyo la defensa que el fallo impugnado señala que la conducta de la investigada provino de una decisión matizada por la ligereza con la que fue asumido el control de los mismos, indicando como la "ligereza" aludida por el tallador, no está probada, y es una mera conjetura personal, en la medida en que no está respaldada por sustento probatorio alguno. Agrego que estamos en frente de una persona, que en decir de quienes han fungido como jefes y compañeros de trabajo, durante los más de 20 años que ha trabajado en la DIAN se ha caracterizado por ser una servidora pública acuciosa, proba, responsable, diligente y comprometida con la entidad.

Agrego que la funcionaria en ningún momento pretendió dejar de sustanciar la actuación, por el contrario atendiendo la fecha que conocía se ocupó de resolver el expediente dentro del término, siendo entonces cuando advirtió que éste ya había expirado respecto de los demás asuntos incluidos en el mismo. Es decir, la servidora estuvo siempre convencida de que estaba actuando según lo ameritaba la situación.

De otra parte alego el recurrente que en ninguna parte del manual de funciones de la acá disciplinada se advierte la obligación de su parte de revisar y verificar el vencimiento de los términos de los expedientes que llegaban a la División de Gestión de Liquidación Aduanera; más allá del control que como sustanciadora debía tener de entregar los proyectos de actos en la fecha que su superior dispusiera y que solo existía la Orden Administrativa No.003 de abril 5 de 2010 como único marco normativo referente a los lineamientos gerenciales, administrativos y técnicos de la Dirección de Gestión de Fiscalización y con la cual se desarrollaban los procedimientos que se ejecutaban en las dependencias del proceso de Fiscalización y Liquidación, y que estos nada dicen sobre los mecanismos de control existentes para minimizar los riesgos de vencimientos de términos.

Arguyo la defensa que no obra prueba que demuestre que el contexto en el cual se sitúa la falta en particular, se enmarca dentro de la aplicación de un procedimiento específicamente reglado por el Estatuto Aduanero o por norma interna alguna de orden administrativo, que dé cuenta de cómo se ejerce el control a los vencimientos de términos.

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. 1704-01-2012-290.

Alego que fue la DIAN quien puso en riesgo a la disciplinada al no solo haber tramitado tres requerimientos aduaneros por separado respecto de unos hechos que válidamente se hubiesen proferido en un mismo requerimiento, sino que adicionalmente la dejó sola para que ejerciera el control de los vencimientos en todas las instancias administrativas previstas para el efecto y que el expediente en particular tenía unas características tales que fácilmente se incurría en error en el conteo de términos, aún por parte de un funcionario experto como la investigada.

Por lo anterior concluye que ciertamente el expediente en cuestión, exigía un mayor cuidado o esmero del que normalmente los funcionarios imprimían al realizar la actividad de control de vencimientos, por lo que la culpa con la que actuó la implicada no fue grave, si no leve, en tanto su actuar fue como lo harían otros funcionarios en su posición, por lo que el disciplinado no cometió falta disciplinaria alguna y por más reprochable que sea su actuar, en estricta observancia de la Constitución y la ley disciplinaria no está llamado a responder disciplinariamente por su actuar, pues su conducta fue en su entender más de connotación leve en los términos del artículo 50 del CDU, lo cual deberá reconocerse en el fallo de segunda instancia.

En síntesis, estos fueron los planteamientos por los cuales el defensor solicitó la absolución de responsabilidad disciplinaria de su prohijada y la terminación del proceso.

Por auto del 21 de octubre del 2013¹¹, este despacho dio aplicación al inciso séptimo del artículo 180 del CDU, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, corriendo traslado a los sujetos procesales, apelantes y no apelantes, por el término común de dos (2) días, para presentar alegatos finales frente al recurso de apelación.

Cumplida la notificación a la procesada por estado del 6 de noviembre de 2013¹² y personalmente al abogado defensor el día 1º de noviembre de la misma anualidad,¹³ así como surtido el traslado pertinente, los sujetos procesales no hicieron uso de dicha oportunidad procesal, por lo tanto se recibió nuevamente el expediente en este despacho de segundo grado, para desatar la alzada.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Previo a dar inicio a las consideraciones de instancia, es importante precisar que de conformidad con las prerrogativas legales consagradas en el parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, "...El recurso de apelación le 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..." *sic*.

Sea lo primero advertir que pese a que en el fallo objeto de impugnación se realizó una completa motivación o pronunciamiento frente a cada uno de los argumentos defensivos planteados, avista

¹¹ Ver folios 392 Cno 1.

¹² Ver folio 403 Cno 1.

¹³ Ver folio 401 Cno 1.

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. 1704-01-2012-290.

esta instancia que el escrito de alzada se limitó a hacer una reiteración total de los alegatos de conclusión, sin aportar elementos diferentes de debate, destinados a desvirtuar de fondo la posición del A Quo, para finalmente presentar una nueva tesis, frente a la cual el fallador de segundo grado pueda decidir cuál de los dos postulados se ajusta a derecho y en consecuencia dirimir el conflicto jurídico planteado.

Sobre el particular es necesario traer algunas tesis jurisprudenciales sobre la forma debida en que debe ejercerse el derecho adjetivo de impugnación:

Al respecto La H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, en auto del 11 de septiembre de 1984 puntualizó:

“...No constituye, por tanto, sustentación adecuada, el empleo de frases o expresiones en las cuales simplemente se manifiesta un desacuerdo genérico, pero no se indican en concreto los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior, ni tampoco estará cabal ni debidamente sustentado un recurso que carezca de las razones, de tipo probatorio o jurídico que deben llevar a dicha reforma o revocatoria...”.

Al respecto agregó la Alta Corporación:

“...Para no tolerar esguinces al precepto legal citado, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injusta o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas como “si hay prueba de los hechos”, “no están demostrados los hechos”, u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, ni siquiera implícitamente, las razones o motivos precisos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez de instancia en su proveído impugnado¹⁴”.

Sin embargo a las anteriores precisiones sobre el recurso de alzada y en aras de garantizar plenamente el derecho de defensa y contradicción propios de la impugnación, pasará este despacho de segunda instancia a considerar y evaluar punto por punto del recurso.

En primer término, frente a la alegada ausencia probatoria de la certeza del elemento subjetivo de la culpa grave reprochada, así como por la presunta ausencia valorativa del alegato de “error invencible” en la conducta de la disciplinada en el conteo de términos y por ultimo frente a la ausencia de normatividad que contemple procedimientos que se debían ejecutar en la dependencia de Fiscalización y liquidación aduanera.

Sobre el particular se tiene que La imputación disciplinaria que hiciera el despacho A-Quo mediante auto de cargos del 29 de agosto de 2013 visible a folio 317 del expediente, se relaciona

¹⁴ Corte Suprema de Justicia Sala Penal Auto de agosto 30/84.

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. 1704-01-2012-290.

con que presuntamente la disciplinada no elaboró los proyectos de decisiones para la formulación, en el término de treinta (30) días, de las decisiones de fondo cuando no se presenta respuesta al requerimiento especial aduanero, de acuerdo con lo establecido en el inciso primero del artículo 512 del Decreto 2685 de 1999; omisión presentada en el trámite administrativo de Liquidación Oficial de Corrección número RA 2009 2011 0901, adelantado al importador (XXXX), cuyo término de vencimiento era del 6 de febrero de 2012, dando así lugar a la configuración del silencio administrativo positivo, por aplicación del artículo 519 del Estatuto Aduanero, respecto de los requerimientos especiales números 1-90-201-238-2908 y 1-90-201-238-2909 del 30 de noviembre de 2011, tal y como fue declarado respectivamente por la División Gestión de Liquidación de dicha seccional, en los autos de archivo 666 y 665 del 5 de mayo de 2012.

A la anterior imputación arribo el despacho A Quo, con base en el acervo probatorio referente a las copias de la Planilla de Remisión número 1725 del 23 de diciembre de 2011 por medio del cual fue enviado el expediente a la División de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas y de la Planilla de reparto fechada el 27 de diciembre del mismo año¹⁵. Así mismo del oficio 1-90-0-201-823 del 12 de diciembre de 2012, remitido por la Directora Seccional de Aduanas Medellín, en el cual indicó cuales eran los controles y directrices establecidos en el reparto, revisión y sustanciación de los expedientes de conocimiento de la División Gestión de Liquidación de dicha seccional¹⁶, copias del anexo 001 de control de términos, y del Acta de Inducción suscrita por la investigada; copias de las comunicaciones de funciones, como la evaluación del desempeño de la expedientada¹⁷, finalmente obran los listados de procesos a cargo de la investigada, como carga laboral durante el período entre enero de 2011 a marzo de 2012¹⁸.

Obra a folio 302 testimonio de la funcionaria (XXXX), quien manifestó conocer a la investigada desde hace nueve años, razón por la cual puede corroborar que la gestión de la servidora se ha caracterizado de responsabilidad, diligencia y cuidado, por la aplicación de una adecuada técnica en la sustanciación de los expedientes a su cargo y en las demás tareas que se le han encomendado, como la revisión de los actos administrativos de fondo dentro de investigaciones cambiarias y aduaneras.

A folio 304 obra testimonios de la funcionaria (XXXX), el cual indica que conoce a la investigada desde hace 22 años y que en el ejercicio de su labor funcional es cumplidora de las leyes, decretos, manuales de funciones que rigen dicha gestión, además de observar las órdenes de sus superiores. Señala que la investigada ha cumplido con eficiencia, honestidad, servicio y respeto su labor, al punto que desempeñó el cargo de Jefe de la División Gestión Jurídica entre los años 2004 a 2005.

Testimonio a folio 309 de la funcionaria (XXXX), quien desempeñaba el cargo de Jefe de la División Gestión de Liquidación de Aduanas de la Seccional Medellín para la época de los hechos, quien aseguró que la aplicación de los términos establecidos en el artículo 512 siempre han generado dificultad, habida cuenta que cada caso es diferente, dependiendo del número de investigados, del número de las agencias y los tiempos en los que ingresan las respuestas.

¹⁵ Ver folios 109

¹⁶ Ver folios 118

¹⁷ Ver folios 138 ss y 257

¹⁸ Ver folios 180-229

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. 1704-01-2012-290.

A folio 314 obra testimonios de la funcionaria (XXXX), quien relató que conoce a la investigada desde el año 92 cuando ingresó a la Aduana, época en que aquella ya laboraba en la entidad. Hace énfasis a las dificultades que entrañan la existencia de dos términos para una misma actuación procesal.

Del anterior acervo probatorio se infiere que en efecto la conducta típica e ilícitamente sustancial enrostrada en el auto de cargos como en el fallo impugnado a la disciplinada, se encuentra proporcionado y legalmente motivado con base en las pruebas obrantes en el expediente, en cuanto a que tal conducta reprochada claramente descuidada por la disciplinada, trascendió la esfera de lo personal para invadir el ámbito institucional, contrario a lo alegado por la defensa en cuanto alega que no existe prueba de tal descuido, si se observa que los anteriores testimonios al unísono señalan que ya se habían percatado los demás funcionarios de la dependencia sobre la complejidad y las dificultades que entrañaban la existencia de dos términos para una misma actuación procesal, así como también “ que los términos establecidos en el artículo 512 siempre han generado dificultad, habida cuenta que cada caso es diferente, dependiendo del número de investigados, del número de las agencias y los tiempos en los que ingresan las respuestas”¹⁹.

Lo anterior permite concluir que los demás funcionarios como la jefe de la dependencia hacen alusión al especial cuidado que se debe tener en el análisis de los términos establecidos en el artículo 512 y ss. del Estatuto Tributario por la complejidad que se presenta cuando existen varias peticiones sin responder o con respuestas parciales de algunos de los contribuyentes como lo fue en el caso particular.

Al respecto debe recordarse que la diligencia exigida dentro del campo disciplinario debe enmarcarse dentro de la especial condición de cuidado sobre las actuaciones que atiendan los funcionarios públicos en ejercicio o con ocasión de su función, sobre el particular las funciones de la disciplinada quien para la época de los hechos ocupaba el cargo de Gestor III-303 en la División Gestión Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, la impelían para desplegar una actividad más constante referente a revisar con detenimiento y cuidado los asuntos a ella asignados, así como el estado actual de los procesos, por lo que para este sensor de instancia debía la enjuiciada asumir una conducta razonable y dar prioridad a cada asunto según la prioridad y urgencia, y es claro que dentro de los asuntos prioritarios estaba precisamente la revisión cuidadosa del expediente Aduanero RA-2009-2011-0901, adelantado en dicha dependencia al contribuyente (XXXX).

Comparte en tal sentido la conclusión a la que arriba el despacho A-Quo en cuanto a que la propia investigada reconoce en su versión libre que era consciente de que el trámite administrativo involucraba en el mismo contexto tres requerimientos respecto de un mismo importador, lo cual permite inferir que era conocedora de la complejidad del caso en particular.

Si tenemos presente que la culpa grave es el escenario en donde debe analizarse el elemento subjetivo con que se cometió la conducta y que este a su vez se produce cuando la persona investigada incurre en la falta disciplinaria por faltar a la diligencia y cuidado que cualquier otro

¹⁹ Ver folios 309 y 314.

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. 1704-01-2012-290.

servidor público estando en las mismas condiciones o circunstancias asume en el ejercicio de los asuntos a su cargo.

Al aplicarlo al asunto bajo estudio, se debe preguntar si cualquier otro abogado que además de las funciones propias del cargo de la misma seccional y grupo de liquidación, tiene a su cargo la revisión de los términos de sustanciación de los procesos a él asignados y teniendo la posibilidad de revisar en cualquier momento los procesos con el objeto de hacerle control de términos a los mismos dentro del radio perentorio del propio término asignado en cada caso concreto, decide desconfiarse en su actuar y revisar los expedientes más complejos con el debido cuidado, como en efecto lo reconoce tanto la defensa como la disciplinada al referirse a la complejidad diáfana que avizoró desde el principio de la revisión del expediente, por tratarse de un asunto con más de tres requerimientos a estudiar; conduce necesariamente a una respuesta negativa, es decir, que una exigencia de este nivel es la que corresponde a la actividad que un funcionario normalmente cuidadoso y diligente despliega en sus actuaciones.

Contrario a lo planteado por la defensa, ello no implica una exigencia extrema, o un cuidado demasiado minucioso en cada una de las tareas, que fácilmente podría atender un servidor público, que tenga los mismos conocimientos en derecho y la suficiente experiencia en la labor, como la que ostenta la disciplinada.

Se trata entonces que en efecto estamos en presencia de un descuido debidamente probado, al cual puede estar expuesto un servidor público en similares circunstancias concretas que tiene a su cargo esta conjunción de actividades, pero cuyas medidas de precaución, como la revisión previa y constante de los términos de vencimiento para las respuestas de los expedientes tramitados en la dependencia, resultan suficientes para percatarse de los posibles riesgos que pueden generar el descuido por la no verificación de este tipo de revisiones cuidadosas sobre los términos de los expedientes; por lo que la culpa generada por estas circunstancias, puede ser sancionable disciplinariamente, pues cualquier servidor público diligente debe revisar con detenimiento los términos propios de cada caso concreto, en situaciones de similar naturaleza.

Recuérdese que lo que persigue sancionar el derecho disciplinario es la conducta de quien actúa dolosamente o falta a la diligencia y al debido cuidado común de las personas que prestan sus servicios para el Estado, lo cual encuentra subvención con lo que fue probado en el presente caso.

Debe recordarse que el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 proscribe toda forma de responsabilidad objetiva en materia disciplinaria y estipula, en esa dirección, que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de Dolo o Culpa.

La H. Corte Constitucional al respecto se ha pronunciado al revisar la Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 734 de 2002, sobre el cual puntualizó que la incorporación del principio de culpabilidad en la norma revisada se relaciona con las garantías de que los servidores públicos solo pueden ser sancionados disciplinariamente una vez se haya agotado el respectivo proceso disciplinario.

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. 1704-01-2012-290.

Por ser la razón de ser de la falta disciplinaria la infracción de los deberes vinculados al ejercicio leal y eficiente de la función pública, la imposición de la sanción está condicionada a que el servidor público infractor haya procedido dolosa o culposamente, sobre el particular precisó:

“...Ahora bien, el tema que convoca la atención de la Sala tiene que ver con que lo primero que hay que tener en cuenta al realizar el examen de culpabilidad es que, en atención a los fines del proceso disciplinario, los servidores públicos responden disciplinariamente por vulnerar la garantía de la función pública establecida en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002.

Es decir, que la falta disciplinaria debe evaluarse desde la óptica del incumplimiento de su deber de salvaguardar la moralidad pública, la transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que se les exige observar en el desempeño de su empleo, cargo o función...²⁰”.subraya fuera de texto.

Por lo anterior el alegato que no existe acervo probatorio en el expediente para determinar la certeza del elemento subjetivo de la culpa grave reprochada no está llamado a prosperar.

Ahora y como se observa la disciplinada contaba con un manual de funciones que le impelía desarrollar el ejercicio y labor de la sustanciación de los expedientes a ella asignados, con plena observancia y subvención de los términos previstos para cada caso en particular en la normatividad aduanera²¹, por ello que no es de recibo para este despacho el alegato referente a que no existía normatividad que le demarcara o trazara el procedimiento a seguir por la funcionaria al interior de la dependencia de fiscalización, si es que para tal efecto el mismo inciso primero del artículo 512 del Decreto 2685 de 1999, es el derrotero normativo que determinaba los términos en que debían decidirse y pronunciarse por la administración los asuntos referentes a las decisiones de fondo cuando no se presenta respuesta al requerimiento especial aduanero; omisión presentada en el sub examine por la disciplinada en el trámite administrativo de Liquidación Oficial de Corrección número RA 2009 2011 0901, adelantado al importador (XXXX), cuyo término se le venció el 6 de febrero de 2012, dando así lugar a la configuración del “silencio administrativo positivo”, conforme el artículo 519 del Estatuto Aduanero.

Por lo tanto comparte esta segunda instancia la exposición de motivos que sobre el asunto en concreto hiciera la primera instancia al señalar que el término para decidir de fondo respecto de estos actos, según el inciso primero del artículo 512, era de sólo treinta (30) días, que para el caso particular se vencieron el 6 de febrero de 2012, por lo que la decisión de fondo no fue proyectada por la investigada en ese interregno y en consecuencia el plazo legal otorgado a la administración para su pronunciamiento precluyó respecto de las declaraciones de importación 01165080664272, 23231017814653, y 14308030715526, razón por la cual, la División de Liquidación no tuvo opción distinta que la de declarar su firmeza por la configuración del Silencio Administrativo Positivo, tal y como se efectuó mediante los autos de archivo 0666 y 0665 del 5 de mayo de 2012, en aplicación

²⁰ Sentencia C-1076 de 2002.

²¹ Ver folios 118 y 138.

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. 1704-01-2012-290.

del artículo 519 del Estatuto Aduanero al verificar precisamente la inobservancia del inciso primero del artículo 512 indicado.

Dicha inobservancia por parte de la disciplinada para el despacho A-Quo fue determinada como un descuido en la debida y diligente verificación del termino perentorio para resolver y pronunciarse en la decisión de fondo en el expediente RA 2009 2011 0901, por cuanto como arriba se dijo, ya se habían percatado en la seccional de la complejidad y del mayor esmero que debía darse por los funcionarios, de la lectura de las circunstancias fácticas y probatorios de cada caso concreto por la misma dificultad que se desprende del artículo 512 del ET, y que la misma disciplinada asevera reconocer, pero que para su defensa no reviste una obligación de observancia de tales enunciados por el abogado sustanciador, sino que compele tal función de orden legal a la seccional y no a quien tiene a cargo la revisión y sustanciación misma de cada expediente.

Al respecto debe recordarse que es la misma Constitución Política en su artículo 6º quien demarca el derrotero de la función publica de sus funcionarios, al establecer que estos son responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, así mismo el articulo 122 y 123 ibídem instituyen que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o en el reglamento y que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Por lo anterior no encuentra subvención de prosperidad para este sensor de instancia el alegato de que no existía norma que delimitara el actuar de la funcionaria (XXXX) en la sustanciación y manejo del expediente RA 2009 2011 0901.

En cuanto a la presunta ausencia valorativa del alegato de “error invencible” en la conducta de la disciplinada en el conteo de términos, sobre el error la jurisprudencia disciplinaria ha dicho:

“...Sin duda alguna, objetivamente se quebrantó la ley; empero, subjetivamente nunca estuvo en la mente de la acusada la conciencia de tal quebrantamiento, y soslayar este aspecto comporta, sin más, tal como lo afirmó el magistrado disidente en el fallo del a quo, deducción de las más crasa responsabilidad objetiva, proscrita constitucionalmente, como se ha sostenido invariablemente por esta Sala, por el artículo 29 de la Carta Política al consagrar la palabra “acto”, denotativo de conciencia y voluntad en el proceder del ser humano, notas distintivas del principio de la dignidad que sirve de sustento al orden político – jurídico (...)”²².

La conciencia de la antijuridicidad o de la ilicitud, dice el tratadista Gómez Pavajeau²³, se afecta por el error sobre la naturaleza antijurídica del comportamiento. La posibilidad de actualizar el conocimiento del ilícito –cognoscibilidad de la ilicitud – basta y resulta suficiente para fundar el reproche jurídico de culpabilidad; es decir, que «*el autor tenga, al menos, la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada*»; puesto que, como lo han dicho

²² Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de junio de 1994, con ponencia del doctor Edgardo José Maya Villazón.

²³ Dr. Carlos a. Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, PG. 364.

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. 1704-01-2012-290.

Carretero Pérez y Carretero Sánchez citados por el profesor anotado, el «**límite del error se halla en el deber de informarse**»; no obstante, el reproche atenuado implicará menor sanción.

De modo que el conocimiento exigible de lo ilícito no es el real, como lo instruye Gómez Pavajeau, sino «*los conocimientos exigibles a la diligencia debida*» subraya fuera de texto y en consecuencia la relevancia del error depende del asesoramiento o información con que haya contado o con el que debía haber contado para conocer su antijuridicidad o la alta probabilidad de su antijuridicidad.

Respecto del error invencible, con ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Disciplinario realizado en la ciudad de Bogotá el 19 de octubre de 2011, se expuso lo siguiente:

*(...) Lo importante es tener en cuenta que la invencibilidad del error está marcada por lo siguiente: 1) Por la Imposibilidad de advertirlo; o 2) Porque al advertir un posible error, **se ejercen todos los medios para salir de él** sin resultados positivos. (Subrayado y Negrilla fuera de texto).*

En la primera, el sujeto no tiene la posibilidad de discernir entre lo verdadero y lo falso, debido a la afectación contundente de su entendimiento y a la carencia entre dicha afectación y su conducta.

En la segunda, el sujeto tiene un tiempo mayor entre esa posible afectación y la conducta desplegada. Aquí, tiene la oportunidad de razonar sobre lo verdadero o lo falso; entre la afectación de su entendimiento y el momento en que se despliega la conducta, el sujeto se pregunta, se cuestiona, duda acerca de si lo que va a hacer o no hacer es verdadero o falso (...).

Con estas sencillas reflexiones, hemos querido explicar que el error es una imperfección del acto humano, que tiene unas consecuencias especiales en el derecho disciplinario, esta imperfección puede ser suficiente para excluir la responsabilidad disciplinaria o para atenuarla. Con todo, lo que no puede perderse de vista es que el acto humano, que también está inmerso en la estructura de la falta disciplinaria, debe explicarse a partir de la realidad, y no de simples construcciones idealistas. De manera que ante la Presencia del error sea vencible o invencible, la consecuencia debe ser la exclusión de la responsabilidad en el primer caso y la imputación del acto en el segundo evento, pero siempre a título de culpa. Ello es más realista y, por tanto, justo.²⁴

Por lo anterior, en el caso de estudio se debe entender que para que el error sea invencible, se debieron ejercer todos los medios para salir de él.

²⁴ Dr. Juan Carlos Novoa Buendía, Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios - Octubre 19 de 2011 – 1er. Congreso Nacional de Derecho Disciplinario – Hotel Bogotá Plaza.

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. 1704-01-2012-290.

La defensa señaló que el expediente en particular tenía unas características tales que fácilmente hacían incurrir en error en el conteo de términos, aún por parte de un funcionario experto como la investigada.

A juicio de la segunda instancia, la disciplinada pudo salir del alegado error, consultando con mayor rigor las circunstancias fácticas propias del contribuyente sancionado, revisando con más detenimiento los actos frente a los cuales este se había pronunciado y frente a cuales no, en concordancia con las normas del Estatuto Aduanero del artículo 512 inciso primero y de los artículos 519 y ss. Ejusdem, así como ella misma lo señala en conjunción con los testimonios legal y oportunamente allegados al plenario en cuanto a la demanda de mayor cuidado por parte de la verificación de los términos establecidos en la normatividad referida.

De modo que el yerro en que incurrió la disciplinada era superable, puesto que el texto de la ley generadora de los términos perentorios para pronunciarse la administración de fondo de 30 y 45 días según sea el caso de si hay o no respuesta o pronunciamiento del importador o declarante, existía y era claro, por tanto era su deber conocerlo y manejarlo verificando las circunstancias propias de cada expediente, máxime acudiendo a la alta experiencia de la encartada en el asunto y a sus estudios como profesional del derecho. Por lo tanto el conocimiento de las prerrogativas perentorias de la norma aduanera para el pronunciamiento de fondo en los asuntos asignados, es obligatorio para aquel que los sustancia o proyecta, frente al cuidadoso estudio factico y pormenorizado de cada expediente y no se le relevaba dicho deber de conocimiento y cuidado por excepción alguna.

Gracias a las manifestaciones de la disciplinada en su versión libre²⁵, se establece que sabía, o al menos intuía, la existencia de una situación que con el fin de que verificar la fecha de vencimiento para proferir la decisión de fondo en dicha División, momento en el cual además de haber señalado el día 27 de febrero de 2012, tuvo presente que eran tres requerimientos especiales aduaneros proferidos dentro del mismo expediente, pero asumiendo erradamente que tales requerimientos eran para el mismo usuario aduanero y el mismo declarante, cuando realmente eran tres declaraciones de importación del mismo importador, pero cada una con un declarante distinto. No se pueden desconocer las apreciaciones que hizo sobre la complicación propia del asunto en particular por tratarse de tres requerimientos especiales aduaneros proferidos dentro del mismo expediente, por ello es posible señalar que como funcionaria pública sabía que debía ejercer más control y cuidado de los términos propios del asunto RA 2009 2011 0901 a ella asignado.

Téngase en cuenta, a propósito, que uno de los deberes funcionales de un servidor público, vinculado a la administración, es cumplir con las exigencias legalmente establecidas como arriba se dijo en la ley y en el reglamento.

Por lo anterior, encuentra el Despacho que lo que corresponde luego de lo analizado en esta providencia, es verificar si frente a tales alegaciones se configura el error invencible como causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

La ley exige, para que opere la causal en comento, que la persona obre “con la convicción errada

²⁵ Ver folios 221-225.

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. 1704-01-2012-290.

e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria²⁶. Así las cosas, al error, han de sumarse su invencibilidad.

Por tanto es invencible un error, cuando no puede superarse; cuando las circunstancias en que se encontraba la persona, al momento de tomar la decisión objeto del cuestionamiento, le hacían físicamente imposible ilustrar su entendimiento **con un criterio diverso** que lo aparte de la convicción errada que le asiste, ejerciendo todos los medios funcionales posibles para salir del error.

La responsabilidad que el derecho disciplinario eleva a categoría normativa, impone al funcionario público, el proceder con el máximo de prudencia y ponderación. Teniendo en cuenta que aquello que se pone en manos del funcionario público, es lo máspreciado de la justificación axiológica de éste: la realización de sus fines²⁷.

Entonces, el funcionario que aduzca haberse encontrado ante un error invencible, debe demostrar que extremó las medidas de precaución tendientes a eludir tal error. Comparte este despacho de Ad-Quem en tal sentido la exposición de motivos que sobre el particular desarrolla el despacho A-Quo, en cuanto a que bastaba una revisión cuidadosa del expediente aduanero, para verificar que respecto de dos de los tres requerimientos propuestos por la División de Fiscalización, no se había presentado respuesta alguna por parte del importador o de la Agencia aduanera respectiva, lo cual generaba que para estos casos particulares, el término legal para el pronunciamiento de fondo fuera de treinta (30) días. Ello no convocaba mayor análisis ni dificultad por parte de la investigada de una lectura detenida del expediente, por parte de una servidora pública que, como la doctora (XXXX), cuenta con los conocimientos, destreza, idoneidad y experiencia en el tema aduanero, tal y como al unísono se desprende de los testimonios recepcionados en la actuación disciplinaria, lo que en manera alguna, para este sensor de instancia equivalió a extremar medidas de precaución para salvar el error, por parte de la enjuiciada.

Por consiguiente, no considera el Despacho que el disciplinado estuviese ante un error invencible, muy por el contrario, se encontraba ante un error vencible, error que realmente no intentó superar debida y racionalmente, por cuanto no se encuentra prueba alguna de ello, por el contrario se observa el reconocimiento por parte de la disciplinada y de los funcionarios juramentados de la complejidad del asunto y del mayor cuidado que en tal sentido este demandaba y que sin justificación alguna no se hizo.

Lo anteriormente expuesto, demuestra una convicción errada, pero no descarta la posibilidad de que fuera vencible. En efecto y como se observó, la vencibilidad del error no depende del grado de convicción que el sujeto pasivo de la acción disciplinaria tenga, sino de las reales y diversas circunstancias que le permitan tener otra visión del alcance de su conducta, por lo tanto aceptar que el grado de convicción libera al servidor público del deber de comprobar si su certeza coincide con la realidad, equivale a desconocer que la eximente de responsabilidad tiene, además, como

²⁶ Ley 734, artículo 28, numeral 6

²⁷ Artículo 2 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. 1704-01-2012-290.

elemento normativo, el que el error sea invencible.

Por lo anterior no prospera el cargo impugnado de falta de apreciación del error invencible en la providencia atacada.

De la exposición de motivos del fallo atacado, hay que destacar que el investigador disciplinario disponía al momento de valorar las pruebas y los hechos, de un amplio campo y autonomía legal para determinar si la conducta investigada se subsumía o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si esta fue cometida con dolo o con culpa, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en los Art. 13 y 43 del CDU, sin embargo el hecho de que tal valoración no beneficie al recurrente, en nada tiene que ver con violaciones al debido proceso.

Frente a la valoración probatoria ha puntualizado el H. Consejo de Estado:

(...) Vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa legal probatoria; de hecho el propio Código Disciplinario Único consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al establecer que “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”. De manera que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de pruebas –por ejemplo un testimonio o un documento- para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios probatorios admitidos por el sistema legal Colombiano e incluso en otros medios probatorios, como se deduce del mismo artículo 130 ibídem²⁸ (...).

En ese orden de ideas, para la segunda instancia, el criterio de interpretación, valoración y aplicación normativa y probatoria que realizó el despacho A-quo, como órgano de control disciplinario de primera instancia, al que la ley le ha dotado de amplia autonomía e independencia, se ajustó con plena subvención al ordenamiento jurídico, la sanción se impuso sin menoscabo del derecho al debido proceso de la disciplinada (XXXX), luego de hallar plenamente acreditadas: la comisión de la falta gravísima (art. 48 núm. 35 CDU), la ilicitud sustancial de la conducta, (art 5º y 22 CDU) y la responsabilidad subjetiva de la actora (Art 13 y 42 CDU), con pruebas legalmente practicadas, y debidamente valoradas, (Art 128 y 130 CDU), como arriba se expuso con suficiencia.

Recuérdese que el funcionario titular de la acción disciplinaria, dada la autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad que ejerce, puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas como del acervo probatorio recaudado en el curso de la actuación disciplinaria, actuando dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley, dentro del criterio de Autonomía Funcional, que el mismo legislador le ha autorizado y reconocido.

²⁸Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001032500020110012100 (041311).

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. 1704-01-2012-290.

Así mismo la Jurisprudencia Administrativa como Constitucional más recientes, han reconocido la interpretación y aplicación de la ley, como un pleno ejercicio propio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario; entonces cuando éste adopta las decisiones interpretando y aplicando la ley, siguiendo su propio criterio, y con fundamento en los elementos de juicio y probatorios aportados al proceso, el control de legalidad del acto sancionador no autoriza per sé, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente; ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborde los límites que imponen la Constitución y la ley.

En consecuencia, las diferencias interpretativas entre lo expuesto en la decisión disciplinaria por parte del titular de la misma y la interpretación que adopte el procesado frente a los mismos asuntos probatorios, no constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa de primera instancia, así el hecho de que tal valoración no beneficie al recurrente, nada tiene que ver con la violación al debido proceso y al derecho de defensa.

La Jurisprudencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha sido enfática en reconocer en desarrollo del principio de la Autonomía Funcional del Juez Disciplinario, que mientras la valoración fáctica y probatoria que este realice, se encuentre debidamente fundamentada y argumentada en el acto disciplinario sancionatorio o absolutorio, según sea el caso, y la interpretación sea razonable, acorde con las normas legales disciplinarias, las pruebas legal y oportunamente allegadas al plenario y compatibles con la Constitución, la decisión de instancia deberá mantenerse.

Por lo anterior la Segunda Instancia comparte la imputación de la conducta a título de culpa grave que hiciere el fallador de primera instancia tanto en el auto de cargos, como en la resolución No. 17413 -026 del veinticinco (25) de septiembre de 2013 o fallo de primera instancia.

De acuerdo con las normas legales que rigen esta clase de actuaciones administrativas sancionadoras, establece este despacho que en el presente caso se cumplió a cabalidad con las respectivas etapas del debido proceso disciplinario, pues, como se aprecia claramente, la inculpada conoció con antelación los cargos endilgados, presentó sus respectivos descargos y alegatos de conclusión y oportunamente contravirtió las pruebas allegadas en su contra. Además, al proceso se le imprimió el principio de la doble instancia, que con esta providencia y una vez ejecutoriada quedara surtido.

Finalmente y sobre el particular si alguna irregularidad se presentó dentro de la respectiva actuación administrativa procesal disciplinaria de primera instancia, la cual no se advierte, ha debido entonces el interesado demostrar tal inconsistencia, que a juicio de este despacho, se itera, no existió.

De otra parte y en cuanto a la presunta indebida dosificación de la sanción argüida por la defensa, encuentra este despacho que las decisiones se adoptaron luego de la valoración integral y en conjunto de las pruebas arimadas a la actuación, bajo una crítica razonada y proporcionada, respetando el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción de la encartada, por cuanto

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. 1704-01-2012-290.

en el caso concreto, en el acápite de la sanción a imponer del fallo impugnado, se realizó por el despacho A-Quo un análisis de los criterios valorativos para tal efecto previstos en el Artículo 47 de la Ley 734 de 2002²⁹.

Al respecto señalo el despacho A-Quo: *"...Atendiendo el contenido del numeral del artículo 47 de la citada codificación, esto es, la ausencia de antecedentes fiscales o disciplinarios dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; la falta de cuestionamiento a la diligencia y eficiencia en el desempeño del cargo o función; el no haber atribuido infundadamente la responsabilidad a un tercero, y la distancia de un grave daño social o afectación a derechos fundamentales, el término de la sanción ha de ser la de SUSPENSIÓN en el ejercicio de su cargo, por UN (1) mes e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el mismo término, como monto mínimo que es establecido para esta clase de faltas a la luz de la ley disciplinaria..."*.

Visto que el propósito del derecho disciplinario es garantizar la buena marcha de la función pública, mediante la investigación y la eventual sanción de comportamientos que resulten nocivos para los fines y el buen desempeño de las entidades estatales, también corresponde al operador disciplinario evaluar y tasar mediante criterios objetivos y ponderados que respondan a la proporcionalidad y a la dignidad humana, en una sanción ajustada a derecho, en ese orden de ideas, sobre la materialidad de la conducta asumida por la enjuiciada y sancionada en el fallo de primera instancia, no existe duda para este despacho, que la misma se encuentra ajustada a derecho y proporcional a los hechos imputados en la sanción impuesta por la Sub Dirección Técnica Disciplinaria de la Agencia ITRC. Por lo anterior el cargo impugnado tampoco prospera.

Desde este momento, debe expresar esta instancia que comparte y avala plenamente el análisis probatorio realizado por el despacho A Quo en el sub examine; como consecuencia del análisis documental y testimonial realizado en el fallo impugnado, resultando imperioso afirmar, contrario a lo manifestado por la defensa recurrente, que el requisito probatorio para sancionar se encuentra cumplido a cabalidad y con suficiencia dentro de la presente causa.

No cabe duda para la segunda instancia que el despacho instructor, recaudo las pruebas necesarias para demostrar en grado de certeza y más allá de toda duda razonable, la responsabilidad disciplinaria de la funcionaria (XXXX), las analizo de acuerdo a las reglas propias de la lógica y la sana crítica, determino la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad y finalmente expuso de manera precisa y razonada los motivos por los cuales se debía sancionar. Se itera por este sensor de instancia, que el hecho de que el recurrente no comparta los criterios que se tuvieron en cuenta por parte del ente investigador en la valoración de las pruebas, no son razones suficientes para obtener de este despacho Ad-Quem, decisión favorable a sus pretensiones.

Basten hasta aquí las consideraciones ut supra, para rechazar los argumentos de sustentación de la apelación, presentados por la defensa. Solo resta afirmar, haciendo eco del análisis probatorio realizado por el operador disciplinario de primer grado, que la expedientada (XXXX), incurrió en la falta disciplinaria objeto de censura, razón por la cual deberá responder disciplinariamente por

²⁹ Ver folios 374 y 375

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. 1704-01-2012-290.

dicho comportamiento, tal como se expresará en la parte resolutive de esta providencia, al confirmar en su totalidad el fallo objeto de alzada.

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 las razones de impugnación invocadas por el defensor (XXXX), en representación de la funcionaria (XXXX), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. En consecuencia, **CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD** el fallo sancionatorio proferido por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC mediante resolución No. 17413-026 del 25 de Septiembre de 2013.

TERCERO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión a los sujetos procesales, de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101,104 y 107 de 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. Una vez surtida la notificación del presente fallo, **REGISTRAR** La sanción disciplinaria ante la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, según lo ordena el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 48, numeral 57 de la misma norma.

SEPTIMO: REMITIR copia de la presente decisión al nominador del procesado, para que proceda a ejecutar la sanción impuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º y párrafo del artículo 172 del C. D. U.

OCTAVO. Ejecutoriada esta decisión y libradas las comunicaciones de rigor, **ARCHIVAR** el expediente.

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. 1704-01-2012-290.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE

Directora General

Proyectó: Julian Andres Garcia Novoa
Aprobó: Carmen Maritza González M. – Directora General.