

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

FUNDAMENTO PARA PROFERIR FALLO ABSOLUTORIO – Dudas sobre la ocurrencia del hecho

El señor XXXX en ejercicio de su cargo y funciones desempeñadas específicamente con el rol de notificador del Grupo Interno de Trabajo de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, no envió el oficio de citación No.1-90-235-402-4066, suscrito por la Jefe del GIT Documentación XXX, dirigido a la apoderada de la COMERCIALIZADORA XXXX NIT. XXX, con el propósito de citarla para luego notificarla personalmente de la RESOLUCIÓN QUE RESOLVIÓ RECURSO DE REPOSICIÓN DE CAMBIOS esto es la No.190 201 236 408 4926 del 16 de diciembre de 2010, tomada dentro del expediente EX12 2007 2009 00867, circunstancia que originó una indebida notificación por EDICTO sin efecto alguno y así la configuración del silencio administrativo positivo, consagrado como falta disciplinaria de acuerdo con el numeral 35 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

El disciplinado fue absuelto toda vez que después de analizar la probatoria obrante al interior de la investigación, se observó por parte de esta Subdirección la presencia de pruebas encontradas que inexorablemente generan dudas insuperables respecto de la ocurrencia del hecho. En tal sentido pudo establecerse que se encontraron elementos suficientes para resolver la actuación a favor del disciplinado en virtud del principio de In dubio pro disciplinado, teniendo en cuenta que, con el material probatorio recolectado, fue imposible superar las dudas sobre la ocurrencia del hecho

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 5

FALTA DISCIPLINARIA / ESTRUCTURA – Infracción del deber funcional.

“... en materia disciplinaria la falta se estructura a partir de la infracción del deber funcional, va que no es el simple desconocimiento del deber el que origina la falta disciplinaria, pues quienes ejercen la función pública, deberán desempeñar su empleo, cargo o función consultando en forma permanente los intereses del bien común, teniendo siempre presente que los servicios que prestan constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y no liberalidad del Estado.

Por ende, entonces, la falta disciplinaria debe estar objetivamente demostrada y corresponder la adecuación de la conducta del implicado o implicados, a la descripción legal de la irregularidad que se imputa, principio de legalidad y así mismo, su carácter antijurídico derivado de la infracción del deber funcional sin justificación alguna, ilicitud sustancial.”

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 5

ANTI JURIDICIDAD / EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. Por desempeñar funciones ajenas a su cargo sin estar capacitado para atender lo encargado.

“... la forma en que se presentó el hecho generador de esta investigación, obedeció a circunstancias que colocaron al funcionario en condiciones precarias para el desarrollo de la función encomendada, por lo tanto, la situación presentada impide la estructuración del elemento antijuridicidad para configurar falta disciplinaria, ya que la conducta reprochada carece de dicho elemento estructural de la falta, pues a juicio de esta instancia el conocido servidor de la contribución de manera alguna se apartó del cumplimiento de las obligaciones que devenían de sus PROPIAS FUNCIONES, a pesar de no estar capacitado ni reunir los requisitos necesarios para tan importante labor. Por consiguiente, no puede considerarse la existencia de dolo en la actuación y mucho menos de culpa ya que la administración asumió su propia responsabilidad al colocar un personal no calificado en tan importante labor como lo es control de ingreso y salida de mercancías al interior del país.

FUENTE FORMAL – LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 28

Dependencia:	Subdirección de Investigaciones Disciplinarias
Número de proceso:	1704-01-2012-0155
Número y fecha del fallo:	17317-04, del 9 de febrero de 2015
Asunto:	Fallo de Primera Instancia
Criterio de Selección:	Fallo absolutorio

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Por medio del Auto No.17412-00003 del 10 de septiembre de 2014, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, formuló pliego de cargos al investigado XXX, de la siguiente manera:

CARGO ÚNICO

"El señor XXXX en ejercicio de su cargo y funciones desempeñadas específicamente con el rol de notificador del Grupo Interno de Trabajo de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, no envió el oficio de citación No.1 -90-235-402-4066, suscrito por la Jefe del GIT Documentación dirigido a la apoderada de la COMERCIALIZADORA XXXX S.A. NIT. XXX, con el propósito de citarla para luego notificarla personalmente de la RESOLUCIÓN QUE RESOLVIÓ RECURSO DE REPOSICIÓN DE CAMBIOS esto es la No.190 201 236 408 4926 del 16 de diciembre de 2010, tomada dentro del expediente EX12 2007 2009 00867, circunstancia que originó una indebida notificación por EDICTO sin efecto alguno y así la configuración del silencio administrativo positivo, consagrado como falta disciplinaria de acuerdo con el numeral 35 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002", así:

*ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes
(..)35. Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo.(...)*

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

CASO CONCRETO

Procede el Despacho a realizar un análisis de Tipicidad objetiva del ilícito disciplinario endilgado al investigado XXXX consagrado en el numeral 35 del artículo 48, que reza:

48. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...,) Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo.(...)

Tipicidad Objetiva

Así tenemos que estamos frente a una falta disciplinaria de resultado, como es la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo positivo, el cual constituye una sanción a la administración, que opera en normas especiales de la administración, atribuible a los funcionarios que intervinieron o tuvieron conocimiento del asunto sea jurídico o secretarial, es decir, respecto de quien omitió hacer un trámite a la que se encontraba obligado a realizar en atención a su cargo o de sus funciones.

Entonces, las palabras "dar lugar" descritas en el tipo disciplinario del silencio administrativo positivo (numeral 35 del artículo 48 Ley 734 de 2002), permiten al operador disciplinario realizar una descripción amplia de la conducta que llevó como resultado a la ocurrencia de dicho fenómeno jurídico, que se presentó en el GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, al no enviar oficio de citación a notificar personalmente a un apoderado dentro de un proceso administrativo cambiario adelantado en dicha seccional.

Tipicidad Subjetiva.

Encuentra el despacho que el tipo disciplinario objeto de estudio (numeral 35 artículo 48 Ley 734 de 2002) admite las modalidades de culpabilidad, dolosa y culposa, sobre lo cual no existe mayor discusión; así el comportamiento que se imputó inicialmente al investigado lesionaba el bien jurídico tutelado, no sólo con la simple puesta en peligro del mismo, pues en el presente caso se dio el resultado descrito por la norma de conformidad con la Resolución 900004 el 27 de abril de 2010 acto que declaró el silencio administrativo positivo.

Se reitera que el ingrediente normativo "silencio administrativo positivo" es una figura propia del derecho administrativo, en virtud de la cual por la actitud contumaz de la administración respecto de una petición o recurso que efectúa un administrado, se entiende resuelta a su favor por el vencimiento de un término legal preestablecido.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-155

Para el caso de marras la norma a tener en cuenta es el Régimen Cambiario, Decreto 1092 de 1996 que en sus artículos 26 y 28 establecía que para resolver el recurso de reposición instaurado contra las decisiones sancionatorias se debía considerar lo siguiente:

(...) "... Artículo 26. Término para resolver el recurso. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrá siete (7) meses para expedir y notificar la resolución que resuelva el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, contados a partir del día siguiente a su interposición en debida forma. Contra la resolución que rechace el recurso de reposición no procederá recurso alguno...."

"... Artículo 28. Silencio administrativo. Si transcurre el término previsto en el primer inciso del artículo 26 sin que se expida y notifique el acto que decida de fondo el recursos de reposición, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales así lo declarará a de oficio o a

Los citados artículos explican entonces que la administración tiene siete (7) meses para expedir y notificar la resolución que resuelve el recurso de reposición incluyendo la notificación de la decisión, el no hacerlo constituye una situación atribuible a la administración. Ahora bien como quiera que se encontró que existió una indebida notificación, esta fue inicialmente enrostrada al servidor público que tenía a su cargo las diligencias secretariales de notificación, las cuales comprende la preparación de los oficios de citación, su envío, la elaboración del acta de notificación personal o el edicto si corresponde etc. y que para el caso de marras, dichas labores estarían en cabeza del funcionario XXXX.

La conducta imputada se basó en la amplitud del tipo disciplinario, que describe en las palabras "dar lugar" locución gramatical referente a causar alguna situación, que para el caso se refiere a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, al omitir presuntamente él envió de un oficio de citación para notificar personalmente a la apoderada de la empresa XXX S.A. situación que originó la ocurrencia del silencio administrativo positivo dentro del expediente cambiario EX 12 2007 2009 0867.

De igual manera, se debe tener en cuenta que la posible ocurrencia de la falta disciplinaria se cometió por omisión, según el artículo 27 de la Ley 734 de 2002, que reza:

"Artículo 27. Acción y Omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

De La Ilícitud Sustancial

El requisito de ilicitud sustancial, hace alusión a *"la oposición de la conducta desplegada por el agente frente a los deberes funcionales exigibles, concebidos estos como el pilar de la salvaguarda de la función pública, en cuanto atenta contra el buen funcionamiento del Estado y el cumplimiento de sus fines, (...)"*

Es importante destacar que los servidores públicos tienen una relación especial de sujeción frente al Estado, sea por el ejercicio de sus funciones, como por su cargo en cada uno de los casos, su demanda exige que estos servidores cumplan su función eficientemente, más cuando se trata de velar por los trámites o asuntos de particulares frente a la administración, por lo que se les reclama mayor cuidado en el desempeño de sus tareas y funciones, pues tienen el carácter de públicas, las cuales buscan precisamente la protección de intereses públicos respetando el cumplimiento de los requisitos y términos fijados en las normas. Entonces, irregularidades como las traídas a colación dentro de la presente audiencia, afectan la buena marcha o funcionamiento de la Administración.

De la Culpabilidad

- **Tipicidad Subjetiva**

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, las faltas sólo son sancionables a título de dolo y de culpa. Esta norma, como puede evidenciarse, ata los aspectos subjetivos propios de la conducta humana (dolo y culpa) al concepto de falta disciplinaria, es decir, al de tipicidad. En tal sentido, la citación a la presente audiencia fijó el grado de culpabilidad a título de CULPA, por considerar que

(...) "... el comportamiento del señor XXX de no enviar el oficio de citación para notificar, a pesar de su elaboración a saber el oficio No. 1-90-235-402-4066 es una conducta culposa, pues de acuerdo con las pruebas recaudadas, el citado en su rol de notificador descuido el envío de este a pesar de haber sido porteado y registrado en el libro de control de oficios obrante a folio 180, reglón apreciación anterior que hace el despacho, es por la anotación que aparece del oficio No. 1-90-235-402-4066 de citación a la apoderada pues aparece registrada con los últimos cuatro (4) números así, la resolución No. 2946 que resuelve el recurso de reposición, no obstante, el funcionario debió registrar el número 4926 lo que a juicio del despacho pudo generar desconcierto en cuanto al envío de la citación...sumado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la diligencia de notificación es integral, esto es incluye las citaciones, posiblemente también hizo falta el control de los términos y ejercitar con mayor aptitud el autocontrol..."

Es claro que el auto que motivó la citación a audiencia, estableció la falta disciplinaria gravísima, tipificada en el numeral 35 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y la imputación subjetiva fue a título de CULPA, modalidad que se mantuvo en el cargo endilgado.

Del caso en concreto

Está demostrado durante el proceso que fue el trámite de no enviar el oficio el que ocasionó el silencio administrativo positivo dentro del expediente cambiario EX 12 2007 2009 0867, mediante la resolución No.1 90 201 236 408 1658 del 17 de mayo del 2011, que en su parte motiva indicó esta razón como la principal causa de la ocurrencia. De igual manera, que el despacho encargado de hacer las diligencias de comunicación, citación, y notificación de actos administrativos era el GIT de Documentación de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-155

Como es sabido la División Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, elaboró la Resolución 1 90 201 236 408 4926 del 16 de diciembre de 2010, acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, el cual fue entregado en el GIT de Documentación de la División de Gestión Financiera, donde se elaboró la citación para notificar personalmente la mencionada resolución, es así como se encontró el oficio de citación correspondiente, el No. 1 90 235 402 4066 del 17 de diciembre de 2010, radicado en el aplicativo CORAN, que no se registró en la planilla de salida al correo.

Así tenemos que la causa que originó la ocurrencia del silencio administrativo positivo objeto de investigación, es el no envió de la citación para realizar la notificación personal, trámite a cargo del GIT de Documentación, lo anterior, a pesar de que se encontró diligencia de notificación por edicto, elaborado por la Jefe de dicho grupo, quien manifestó que por la carga laboral y funcional tenía el convencimiento de que había enviado la citación y que el recurrente (apoderado) había hecho caso omiso de la misma, efectuando la notificación por edicto posiblemente por confusión, pues se elaboró con la espera de los diez días indicados en la citación para que el usuario cambiario se presentará a notificarse personalmente.

Prosiguiendo con la revisión del trámite dado al oficio de citación por los funcionarios del GIT de Documentación de Gestión Jurídica, se encontró copia de este dentro de las diligencias disciplinarias, en el cual dicho documento advierte que fue elaborado y se firmó por la Coordinadora del Grupo de Documentación XXX y proyectado por el funcionario XXXX.

Ahora, de acuerdo con el trámite del oficio mencionado, también se pudo advertir que este documento se "porteo" es decir, se selló mediante el reloj electrónico del grupo, se registró en el aplicativo CORAN, pero no se registró en la planilla de mensajería, trámite requerido para que la empresa de mensajería lo pudiera llevar y entregar, omisión que se le atribuyo al señor XXXX pues esta función se encontraba a su cargo si se tiene en cuenta lo indicado en el pie de página del documento como por las personas que laboraron en dicho grupo que indican que quien aparece registrado es la persona que lo elabora.

Así las cosas, se había indicado que el señor XXXX fue quien elaboró el oficio de citación a la apoderada de la COMERCIALIZADORA XXX S.A., pues el citado tenía el rol de notificador, por lo que tenía el deber de ponerlo en el correo siendo este el hecho primigenio que originó la ocurrencia del silencio administrativo positivo por indebida notificación.

Es en este punto se centró la investigación disciplinaria, pues obran en el proceso una serie de testimonios que indican que el investigado XXXX, como otros funcionarios del grupo tenía la labor de efectuar las diligencias secretariales de notificación.

Además de esto, se allegó el libro radicador que para la época de los hechos se implementó para registrar el envío de oficios, entre ellos el de citación a notificar, en el cual se evidenció el siguiente registro: "4066,17-12-10, citación Res. 2946 William".

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-155

Al interpretar dicha anotación abreviada para la época de los hechos con la fecha de elaboración del oficio de citación, se advierte que la misma corresponde con el registro del oficio de citación para notificar personalmente el acto administrativo, que no se envió a saber, el No. 1 90 235 402 4066 del 17 de diciembre de 2010.

En esta anotación los últimos cuatro dígitos del oficio de citación, como los últimos cuatro dígitos de la resolución, advirtiendo un posible error en esta anotación pues se registró el número 2946 en vez del número 4926 de la resolución, registró que se le atribuyo al señor XXXX , en virtud de que aparecía su nombre, "XXX" siendo la única persona con el dicho nombre que laboraba en dicho grupo con la función de notificar y adicionalmente porque para esa fecha no se registraron más trámites relacionados con citaciones para efectuar notificaciones personales de actos administrativos.

Las circunstancias anteriores, constituyeron en fundamentos legítimos para que el Despacho señalara como responsable a modo culposo al señor XXXX de no enviar el oficio de citación, situación que entro en discusión pues la defensa del investigado pues argumentó que la anotación allí citada no fue realizada por el señor XXXX, incluso la defensa fue más allá, pues manifestaron que el oficio de citación en el que aparece proyectado y registrado por él ni siquiera lo había proyectado.

Después de esta sucinta exposición, el despacho considero realizar las diligencias pertinentes para dirimir la discusión planteada por la defensa, por lo que decretó y practicó una serie de pruebas que solicitó la defensa con el fin de aclarar este punto fáctico, así tenemos que dentro de las pruebas requeridas estaba la prueba técnica grafológica a la anotación del libro de oficios enviados, que se indicó como realizada por el investigado XXXX.

A continuación se cita la interpretación de los resultados y las conclusiones que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses hace del material suministrado para estudio, de la siguiente manera: *"... Terminado el estudio técnico que concierne sobre los textos manuscritos dubitados referente a los indubitados individualizados al comienzo de este informe, se puede colegir que existen marcadas divergencias fisonómicas y grafonómicas atribuibles a espaciamientos interliterales, proporción, inclinación, movimientos de confección, entre otros, que demuestran discrepancia caligráfica entre los dos materiales estudiados..."* Y concluyó *"...Los textos manuscritos cuestionados "4066, 17-12-10, citación pnal Res.2946 " inscritos en el folio 105 del libro radicator de oficios de la DIAN año 2010, NO PRESENTAN IDENTIDAD GRÁFICA con los rasgos grafonómicos exhibidos en el muestreo manuscritural indubitado que se tuvo a la vista del señor XXXX.. ."*

Sumado a lo anterior, se recepcionó declaración juramentada de XXX quien expresó que el oficio No.1-90-235-402-4066 obrante a folio 115 no se encontraba dentro del expediente cambiario, por lo que tuvo que solicitarlo por correo electrónico al grupo de documentación el cual no tenía firma del señor XXXX.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-155

También se recepcionó declaración juramentada de la señora XXX, Jefe para la época de los hechos del GIT de Documentación, quien sobre los hechos manifestó que el señor XXXX tenía la función de efectuar las notificaciones del grupo, pese a esto, no pudo explicar un nexo causal...

... Así mismo se constató, mediante diligencias de Inspección Administrativas adelantadas en el GIT de Personal de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, como en la Coordinación del GIT de Historias Laborales de la DIAN (nivel central), que no obra certificado de capacitación o de inducción del señor XXXX correspondiente a ejercer la labor en el GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, entre los meses de octubre y diciembre del 2010.

Con el nuevo acervo probatorio allegado al plenario queda claro que el señor XXXX, ejerció la función de notificar actos administrativos en el GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, pese a esto, no obra prueba dentro del proceso disciplinario que permita indicar con absoluta certeza que el mencionado tuvo a su cargo el oficio de citación a la apoderada de la empresa XXX. con el fin de notificarla del recurso de reposición que se resolvió dentro del proceso cambiario, expediente No. EX 12 2007 2009 0867 que originó el silencio administrativo positivo objeto de investigación.

En las circunstancias antes descritas resultaría contrario a los principios que rigen las reglas de la sana crítica, concluir que la mera existencia del oficio de citación que señala como proyectado por XXXX, resulta suficiente para concluir que el citado es responsable del silencio administrativo positivo presentado en el expediente cambiario No. EX 12 2007 2009 0867, pues si bien al momento de la evaluación de la investigación, se dieron los presupuestos para la formulación de cargos, por considerar que objetivamente se hallaba demostrada la falta y la presunta responsabilidad del implicado, también lo es que el fallo sancionatorio debe soportarse en pruebas que plenamente conduzcan a la certeza de la responsabilidad subjetiva del acusado, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 734 de 2002, está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, lo cual implica la demostración inequívoca de la culpabilidad ya sea a título de dolo o de culpa.

Así pues, conforme a lo anotado anteriormente, la carencia de los elementos de juicio en que se funde la certeza que debe tener la responsabilidad del señor XXXX, genera la existencia de duda probatoria que debe resolverse en su favor.

De conformidad con lo anterior y especialmente con el dictamen pericial allegado, el despacho considera que esta frente a un posible hecho punible por lo que compulsará copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue el mismo de conformidad con sus funciones y competencias

Así las cosas, toda duda imposible de eliminar conduce a proferir fallo absolutorio, por consiguiente se procede a favor de XXXX.

En mérito de lo expuesto,

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-155

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA al funcionario (XXXX), identificada con la cédula de ciudadanía XXX; por la conducta que a cada una le fue endilgada en el Auto de Citación Audiencia No. 1011-6 del 1 de julio de 2011, proferido dentro del presente proceso verbal disciplinario, toda vez que la misma carece de tipicidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR EN ESTRADOS la presente decisión de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 734 de 2002, a los sujetos procesales.

TERCERO: ADVERTIR al sujeto procesal que contra la presente decisión procede el **RECURSO DE APELACIÓN**, el cual de considerarse debe ser interpuesto y sustentado en la presente audiencia de conformidad con el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011.

CUARTO: En firme la presente decisión, **COMUNICARLA** a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 174 del Código Disciplinario Único.

QUINTO: REMITIR Informe de servidor público a la DIAN, para que inicie las acciones disciplinarias a que haya lugar, con ocasión a la indebida comunicación de funciones que se hicieron al señor XXXX, en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés, de acuerdo a la parte motiva de esta proveído.

En consideración a lo ordenado el numeral tercero de la presente decisión, este despacho corre traslado del recurso de apelación a la Doctora XXX, conforme lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011. En este estado de la diligencia debo manifestar al despacho que no se interpondrá recurso de apelación a la decisión notificada.

JORGE ADRIANO MORENO PONCE

Subdirector Investigaciones Disciplinarias -ITRC
Director del Proceso

Proyectó: Dr. Rodrigo Alejandro Rubio Gomez – Secretario Ad-Hoc

Aprobó: Dr. Jorge Adriano Moreno Ponce y Apoderado (a) del (os) investigado (s)