

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

FUNDAMENTO PARA PROFERIR FALLO ABSOLUTORIO - Ausencia de ilicitud sustancial.

Se incurrió en la presunta falta disciplinaria dispuesta en los artículos 23 y 27 de la Ley 734 de 2002 como quiera que la conducta desplegada por los servidores públicos XXXX, YYYY y ZZZZ aparece consagrada en el artículo 48 ordinal 1°, esto es artículo 413 del C.P., Prevaricato por acción.

Al observar que con el procedimiento de la resolución No. 1-88-236-408-612-0011 del 10 de diciembre de 2010, como instrumento adoptado para concretar la revocatoria total y subsiguiente pérdida de efectos del acto sancionatorio que fuera impuesto el día 25 de septiembre de 2008 al ciudadano mexicano XXXX, afectando la legalidad de las actuaciones.

Los funcionarios investigados fueron absueltos en razón a que del análisis emprendido sobre la valoración de las pruebas allegadas al proveído, no se encontró contravención al principio de ilicitud sustancial contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, por cuanto los disciplinados no se apartaron en ningún momento del cumplimiento de las obligaciones que para esa época tenían que acatar.

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 5

PREVARICATO POR ACCIÓN / TIPICIDAD – servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas,

“(…) el delito de prevaricato por acción se cometía cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso,...

En efecto, la Corte Suprema ha sido clara en que el servidor público profiere el acto irregular, bien como resolución, dictamen o concepto, en ejercicio de funciones oficialmente discernidas, por cuanto si no le ha sido “discernido” u otorgada la facultad, mal podría proferir un acto injusto, caso en el cual se estaría eventualmente ante otro tipo penal, pero no el de prevaricato por acción.”

La acepción “manifiestamente” a la que hace referencia la norma, se refiere a la claridad y evidencia respecto de un asunto, de tal forma que es inadmisibile o resulta inane su discusión. Para el caso particular y en el contexto estrictamente penal, refiere a que la contra evidencia que depreca la prevaricación, resulta inobjetable, de tal forma que la arbitrariedad de la decisión cuestionada trasciende sin ambages y la calificación sobre su ilegalidad surge con plena diafanidad.

FUENTE FORMAL –Código Penal art 413, Sentencia C- 335 del 16 de abril de 2008

DELEGACIÓN / COMPETENCIA FUNCIONAL – Traslata el ejercicio de las funciones

“...La Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 2002, ha señalado a su vez con relación a este tema, que la delegación es: “...un mecanismo jurídico que permite a las autoridades públicas diseñar estrategias relativamente flexibles para el cumplimiento de funciones propias de su empleo, en aras del cumplimiento de la función administrativa y de la consecución de los fines esenciales del Estado (CP, arts. 2 y 209)”.

“...la delegación es un acto formal por el cual son transferidas específicas competencias por parte de una autoridad administrativa que actúa como delegante, a un subalterno o a otra autoridad administrativa que adquiere el carácter de delegatario, quien las asume y responde por ellas, sin perjuicio de que el delegante pueda reasumir su competencia.”

En consecuencia, la conducta enmarcada dentro del verbo rector establecido en el artículo 413 del Código Penal se encuentra adecuadamente verificada, por lo que el análisis de la tipicidad en cuanto a este aspecto no requiere de mayor profundización, toda vez que amén de este planteamiento, la expedición fue realizada por el funcionario con competencia derivada del acto administrativo de delegación.

FUENTE FORMAL – Art. 413 CP, LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 26

Dependencia:	Subdirección de Investigaciones Disciplinarias
Número de proceso:	1704-01-2012-0160
Número y fecha del fallo:	17413-05, del 31 de enero de 2014
Asunto:	Fallo de Primera Instancia
Criterio de Selección:	Fallo absolutorio

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Concluidas las etapas de rigor dentro de la presente actuación, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, procede a proferir fallo de primera instancia, conforme a las exigencias del artículo 170 de la Ley 734 de 2002, y de acuerdo a las consideraciones que se expresan de modo posterior.

CARGO FORMULADO

Una vez valoradas las pruebas recaudadas en el curso de la indagación preliminar y en la investigación formal surtidas estas en la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, esta dependencia encontró mérito para fijar imputación contra los señores XXXX, identificado con Cédula de Ciudadanía XXX, XXX, identificado con Cédula de Ciudadanía No. XXX

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

y XXX, identificado con Cédula de Ciudadanía XXX, formulando en su contra cargos que a su tenor literal se transcriben del Auto de cargos No. 17406-034 de 10 de julio de 2013, en el acápite que sigue:

Como funcionarios de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali: al señor XXXX, en su condición de Jefe de la División de Gestión Jurídica, al señor YYYY, como Jefe de Grupo Interno de Trabajo de Vía Gubernativa y al señor YYYY, como servidor activo de dicha dependencia, al haber suscrito, revisado y proyectado en su orden, el acto revocatorio de la Resolución No. 05-87-2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008, el cual para esa data fuera proferido por la División de Liquidación de Aduanas de la misma Seccional, imponiendo sanción administrativa cambiaria al ciudadano mexicano, XXX, identificado con el número de pasaporte: XXX, correspondiente a la suma de: "\$1.274.616.000".

Así las cosas, la conducta disciplinaria reprochada en el mentado pliego de cargos a los prenombrados disciplinados, fue del siguiente contenido: "profirió la Resolución No. 01-88-236-408-612-0011 de fecha 10 de diciembre de 2010, como acto administrativo que analizado dentro de los marcos de razonabilidad y motivación que derivaron su discusión jurídica, no era susceptible de ser invalidado por esa vía, presumiéndose en tal sentido, ostensiblemente contrario a la Ley".

Se señaló en la mentada providencia, que los señores XXXX, YYYY y ZZZZ, YYYY, con su actuar, se encontraron presuntamente incurso en la configuración de falta disciplinaria dispuesta en los artículos 23 y 27 de la Ley 734 de 2002, como quiera que la conducta desplegada por cada uno aparece consagrada en el artículo 48, ordinal 1° del mismo cuerpo normativo.

El Despacho consideró que los investigados transgredieron disposición en cita, la cual, define como falta gravísima la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito a título de dolo, cuando se comete en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, habiéndose destacado que la conducta presuntamente desplegada por los tres disciplinados coincidía con la descripción típica prevista por el legislador para el delito de "PREVARICATO POR ACCION", en los términos del artículo 413 del Código Penal.

A efectos ilustrativos, los mencionados preceptos disciplinarios son del siguiente tenor literal:

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

(...)

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.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

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

(...)

**TITULO ÚNICO LA DESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN PARTICULAR CAPITULO I.
FALTAS GRAVISIMAS**

ARTICULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. *Son faltas gravísimas las siguientes:*

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo. (...)

Conforme con las consideraciones propuestas, sobre las cuales se profundizará en líneas posteriores, se expresó en el pliego de cargos que la conducta típica en que incurrieron los señores XXXX, YYYY y ZZZZ, YYYY, se encuentra descrita en el artículo 413 del Código Penal, Libro II, Parte Especial - De los delitos en particular, Título XV, Delitos Contra la Administración Pública, Del prevaricato, Capítulo VII, que es del siguiente tenor:

“ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCIÓN. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

CASO CONCRETO

Este fallador debe precisar preliminarmente que el presente asunto se tramitó conforme con las ritualidades previstas en las normas legales y constitucionales, en tanto que a los inculpados se les garantizó el derecho de contradicción y defensa, razón por la cual conocieron de los hechos de cargo, así como en tal virtud les fueron comunicadas las pruebas y diligencias a practicar; la fecha, hora y lugar de su desarrollo para que participaran de la confección, previstas para el impulso procesal del averiguatorio.

De tal suerte, en atención al principio de publicidad los disciplinados tuvieron oportunidad de pedir pruebas, controvertirlas y en últimas a través de su apoderado de confianza conocieron las imputaciones fácticas y jurídicas que se les atribuyó, quien oportunamente presentó descargos y alegaciones de conclusión.

En punto al desarrollo de este capítulo, se dirá que el análisis del material probatorio base de la decisión que esta instancia adopte, lo será bajo los parámetros señalados por el legislador, según los cuales, en cada caso concreto, deberán valorarse conjuntamente los elementos de juicio arrimados al proceso.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

Al efecto se tendrá en cuenta el contenido de los artículos, 21, 130 y 141 de la Ley 734 de 2002, que refieren los derroteros a seguir en la interpretación y la aplicación de las normas disciplinarias, los medios de prueba y la forma en que éstos deben ser apreciados, todo ello en armonía con las previsiones del artículo 176 del Código General del Proceso, disposiciones éstas cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

“Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.”

“Artículo 130. Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.”

“Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.”

Artículo 176 del Código General del Proceso, prevé:

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”

En orden a resolver la situación jurídica de los aquí procesados, el fallador a partir del material probatorio obrante, hará una presentación de los temas en torno a los cuales gravitó la censura disciplinaria, para determinar a renglón seguido, la consistencia jurídica y material del cargo formulado, a saber:

Al respecto, se observa de acuerdo con las pruebas recaudadas a lo largo de la actuación disciplinaria, se procuró la aplicación del principio de investigación integral, encontrando así en la cuestión materia de examen, se verificó la aparente concreción de una presunta conducta contraria al deber funcional que incumbía de manera directa a los disciplinados, al imputarse con la formulación de cargos en sede disciplinaria, entendido este como el abierto desconocimiento de la regulación administrativa cambiario al caso puesto bajo su consideración.

De esa forma, una vez presentados tanto el cargo endilgado a cada uno de los disciplinados y los argumentos que frente al mismo fueron expresados, y teniendo en cuenta que la defensa de los investigados resulta idéntica en afirmar que en ningún momento desconocieron la infracción

administrativa cambiaría suscitada como la vulneración del artículo 82 de la Resolución Externa 08 de 2000, modificado por el artículo 2 de la Resolución Externa 6 de 2004, dado que el acto reprobado en sede disciplinaria descendió del análisis de las irregularidades procesales evidenciadas en el procedimiento administrativo cambiario abierto contra el ciudadano mexicano XXX, en radicación número ISD20072007386, evidenciadas en discusión, desde el acto de formulación de cambios hasta la imposición de la sanción administrativa, los cuales bajo el criterio procesal de los disciplinados dieron cuenta de la flagrante vulneración al artículo 29 Superior, razón suficiente para que este Despacho inicié la presentes consideraciones precisando los elementos que se tienen probados en este proceso, para luego analizar los argumentos de defensa en consonancia con aquellos que soportaron la acusación.

Así, entrando en mayor análisis en el proceso disciplinario se encuentra establecido que:

- El día 10 de noviembre de 2010, el apoderado de la sociedad C. I. NUEVA INGENIERÍA S.A.S., doctor XXX., dentro del proceso administrativo cambiario ISD20072007386, presentó Acción de Revocatoria Directa contra la Resolución No. 05-87-2008-601-000160 de 25 de septiembre de 2008, conforme a la cual se impuso sanción consistente en el pago de multa equivalente a \$1.274.616.000, la decisión proferida en contra del ciudadano mexicano, XXX, identificado con el número de pasaporte: XXX, por infracción al artículo 82 de la Resolución Externa No. 8 de 2000 modificada por el artículo 2 de la Resolución Externa No. 6 de 2004, ambas de la Junta Directiva del Banco de la República, pues el día 19 de septiembre de 2007, bajo la calidad de viajero arribó al Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón portando como parte de sus haberes la suma de dinero correspondiente a USD 2.009.900", divisas que no declaró en el formulario N. 530 "Declaración de Equipaje y Títulos representativos de Dinero - Viajeros", superando el monto establecido en la norma transgredida, la cual permitía transportar a los viajeros hasta USD 10.000.

- La petición revocatoria del acto sancionatorio conocido como Resolución No. 05-87- 2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008, fue desatado por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, con el proferimiento de la Resolución No. 01-88-236-408-612-0011 de fecha 10 de diciembre de 2010.

Así las cosas, reconocida la Revocatoria y ubicada su causa de reparo en el trámite que se dio al proceso cambiario en la División Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, fueron llamados a esta actuación disciplinaria como presuntos responsables, el sustanciador proyectante del acto, así como el Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Vía Gubernativa y el Jefe de la División de Gestión Jurídica, funcionarios que en su defensa manifestaron que a la luz del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), vigente para la época, en que se resolvió la actuación en comento, el trámite por ellos impartido, se adecuó a la ley, toda vez que al observar las causales violatorias del debido proceso era preciso dejar sin efecto la actuación administrativa cambiaria en su totalidad, habida cuenta que desde el Auto de Formulación de Cargos proferido por la División de Control Cambios hasta la Resolución que materializó la sanción impuesta el día 25 de septiembre de 2008, fue abultada la notificación indebida de las actuaciones a los directamente interesados.

Por consiguiente, resultó a ellos necesario admitir y resolver de manera propicia la petición presentada por el representante judicial de la legítima propietaria de las divisas incautadas al señor XXX, la sociedad C. I. NUEVA INGENIERÍA S. A. S., teniendo en cuenta en todo caso, que en el curso del proceso cambiario número 1SD20072007386, la Administración Aduanera no le vinculó como parte, armonizando junto a ese hecho que dicha circunstancia fue exteriorizada por autoridad competente, la Fiscalía Veinticuatro (24) Especializada de Santiago de Cali quien reportó a la Entidad (DIAN) la disposición de abstenerse de iniciar la extinción de dominio de las divisas incautadas, al encontrar probado su origen lícito.

Desde esa perspectiva, fue claro al operador jurídico que bajo tal calidad asistía a la referida persona jurídica interés en las resultas del referido proceso administrativo cambiario, puesto que la cancelación de la sanción habría de extraerse de su peculio y no lo sería del patrimonio del prenombrado infractor y por ende era indispensable su vinculación a la actuación administrativa cambiaria.

A partir de esas apreciaciones, encontró fundada la actuación jurídica que se procuró respecto a cada uno de los trámites traídos del expediente ISD20072007386, los cuates fueron distinguidos por los disciplinados como parte de un cumplimiento riguroso de la normativa y jurídicamente instituida para la actividad misional dispuesta a la DIAN, ratificando de ese modo el respeto al débito funcional de esta dependencia frente al manejo interno que debía estar precedido en la determinación que se tomara en el caso concreto y así lo señalaron hasta sus alegaciones, que de haber tomado una determinación en sentido contrario a la revocación, sí se hubiese generado de su parte la incursión de un prevaricato.

Ahora bien, en el asunto sometido al estudio disciplinario está visto que del análisis de la norma comprendida en el artículo 69 del Decreto 01 de 1984, relacionado explícitamente con la actuación desplegada por los funcionarios de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, se desprenden criterios hermenéuticos contrapuestos, el primero, el desprendido de la Jefatura de la Subdirección de Gestión de Control Cambiario y el segundo, la postura que sostuvieron inicialmente los investigados.

De esa suerte, el operador disciplinario al momento de la formulación, plasmó la proposición jurídica completa del cargo, al esgrimir que la descripción típica reprochable a los investigados y constitutiva de la falta disciplinaria arriba referida, como es la conducta punible dolosa que transcribe el artículo 413 del Código Penal.

A partir de estos planteamientos plasmados en el pliego, se desprende la problemática jurídica que ha de abordar este fallo. Tal problemática gira en torno al discernimiento sobre aspectos puntuales que de forma irrefragable han de considerarse a fin de verificar los requisitos sustanciales que por ministerio de la ley debe tener todo fallo disciplinario, como la demostración del aspecto objetivo, la consolidación probatoria sobre la existencia efectiva de la falta endilgada, así, como en igual grado de certeza, la demostración del aspecto subjetivo.

Ahora bien, con relación al aspecto objetivo, resulta menester abordar el alcance y esencia de la descripción típica de la falta, análisis que de manera indefectible determina el estudio dogmático

de la norma penal, habida cuenta que de allí se desprende una primera controversia, esto es, si la resolución revocatoria calificada como irregular, tuvieron la entidad como para subvertir el orden jurídico preestablecido, de tal forma que su expedición constituyó prevaricación.

Para ello, resulta pertinente estudiar la tipicidad de la norma ya que aun cuando la dogmática disciplinaria y penales son en esencia diferentes, confluyen en algunos aspectos, particularmente cuando el tema involucra el estudio de la falta consagrada en el numeral 1o del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por lo que tal análisis resulta inescindible para una mejor comprensión a fin de proseguir con el análisis sobre el aspecto subjetivo o de responsabilidad.

- **De la tipicidad en el delito de prevaricato por acción en cuanto al sujeto activo**

El artículo 413 del Código Penal, describe como prevaricato por acción la conducta en la que incurre el servidor público que profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley. La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, Sentencia de 21 de septiembre de 2011, Expediente. 37205, al respecto ha manifestado:

"De acuerdo con lo anterior los supuestos normativos para que se estructure el tipo objetivo son la concurrencia de un sujeto activo calificado, es decir, tener la calidad servidor público; como sujeto pasivo el Estado y la Sociedad; el bien jurídico que este delito viola o pone en peligro es la administración pública en su específica versión de exigir el respeto de la autoridad a la ley y el derecho; la conducta consiste en conceptuar, proferir el dictamen o la resolución ilegal y como elemento normativo, además de los anteriores, la expresión "manifiestamente contrario a la Ley".

Como se observa, el primer elemento básico de la tipicidad en la conducta punible de prevaricato por acción, lo constituye el sujeto activo, que para el caso es un sujeto activo cualificado, toda vez que el legislador determinó que dicho delito sólo lo podía cometer el servidor público y aunque en razón a la dinámica que ha tomado las relaciones del Estado con los particulares y la posibilidad de que estos puedan ejercer funciones públicas, lo cual podría otorgar elementos que hagan extensiva tal condición para efectos penales, no es del caso para el análisis que se propone entrar a divagar sobre estos aspectos, habida cuenta que resulta claro que en el contexto particular del caso objeto de estudio, los aquí investigados ostentaban al momento de los hechos la condición de servidores públicos.

Ahora bien, el carácter de "servidor público", lo obtiene toda persona natural que presta sus servicios al Estado bajo el contexto del artículo 123 de la Constitución Política, cuando indica que: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

Como se observa, la acepción que trae la norma penal, involucra en principio a todas las personas que integran el servicio público; sin embargo, tal condición no es simplemente vinculante por la interrelación con la simple y llana relación de sujeción entre el Estado y sus servidores, habida cuenta que también surge una condición fundamental derivada de la conducta plateada en la estructura del artículo 413 del Código Penal, cuando establece que el servidor público prevarica cuando profiere resolución, dictamen o concepto contrario a la ley.

Desde esa óptica, la conducta, consistente en *"proferir resolución, dictamen o concepto"*, va aparejada a un concepto subyacente, propio del derecho administrativo, pero de capital relevancia a la hora de adelantar el ejercicio de adecuación.

En efecto, la Corte Constitucional, al abordar el análisis del tipo penal frente a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el mentado artículo en Sentencia C- 335 del 16 de abril de 2008, trajo a colación algunos apartes jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde identifica el alcance jurídico de la conducta descrita en la norma en comento. En dicho análisis hizo alusión a un pronunciamiento del 18 de enero de 2003, en el que ésta Corporación enfatizó que el delito de prevaricato por acción se cometía cuando: *"...el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso,..."* (negrilla agregada al texto).

Como es posible apreciar, la condición de servidor público, per se, no es suficiente para la adecuada configuración del tipo a un evento específico, si el sujeto activo, en este caso el servidor público, no está investido de la competencia o condición funcional que le permita la expedición del acto que se reputa como irregular.

En efecto, la Corte Suprema ha sido clara en que el servidor público profiere el acto irregular, bien como resolución, dictamen o concepto, en ejercicio de funciones oficialmente discernidas, por cuanto si no le ha sido "discernido" u otorgada la facultad, mal podría proferir un acto injusto, caso en el cual se estaría eventualmente ante otro tipo penal, pero no el de prevaricato por acción.

Esta condición es fundamental en el análisis de la tipicidad y es determinante en el caso particular, por cuanto la formulación de cargos involucró a varios servidores, sin que fuese claro dentro del aspecto eminentemente funcional, a quien le había sido discernida la función de expedir los actos administrativos catalogados como contrarios a la ley, que para el caso en comento, conforme a la delegación que fuera a este concedida, recaería sobre el Jefe de la División de Gestión Jurídica de ese entonces.

- **De la condición funcional del servidor público en el prevaricato por acción**

Un aspecto fundamental que debe ser tenido en cuenta en todo análisis que involucre la adecuación de una conducta al tipo penal de prevaricato por acción, es el de establecer si existía por parte del imputado la competencia funcional para expedir el acto, siendo este el momento en el que es dable abordar el tema de las modalidades de la actuación administrativa, a la luz de los mandatos que al respecto establece la Constitución y la ley, particularmente el artículo 211 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998.

Es dable anotar que la Ley 489 de 1998, que fija las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, establece las diversas modalidades del accionar administrativo, como lo son la competencia directa otorgada por la ley, las ordenanzas, los acuerdos o los reglamentos ejecutivos (artículo 5o), cuyo desarrollo viene de los preceptos

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

constitucionales contenidos en los artículos 6o, 121 y 122; la descentralización y desconcentración administrativa (artículos 7° y 8o) y la delegación (artículos 9 y siguientes).

A efectos del análisis que se está adelantando, es menester centrar el estudio en la figura de la delegación, la cual, como se verá más adelante, resulta determinante para el esclarecimiento y debida adecuación objetiva de los tipos penal y disciplinario traídos a colación por el pliego de cargos en el caso concreto.

Sobre la delegación, es pertinente recalcar que la base constitucional se encuentra fijada por el artículo 211, el cual señala que: *"La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.*

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios".

Por su parte la Ley 489 de 1998, define a la delegación como una modalidad del actuar administrativo, por la cual las autoridades podrán *"...transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias."* (Artículo 9o).

La normatividad también establece los requisitos esenciales al indicar que:

"En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren" (artículo 10); las limitaciones a la delegación, referidas a las funciones que no se pueden transferir como: "1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley. 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación. 3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación" (artículo 11) y el régimen del delegatario respecto de los actos expedidos con base en la delegación, cando señala que "Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas" (artículo 12), siendo fundamental lo indicado en el inciso segundo, cuando la norma prevé que "La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo".

La Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 2002, ha señalado a su vez con relación a este tema, que la delegación es: *"...un mecanismo jurídico que permite a las autoridades públicas diseñar estrategias relativamente flexibles para el cumplimiento de funciones propias de su*

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

empleo, en aras del cumplimiento de la función administrativa y de la consecución de los fines esenciales del Estado (CP, arts. 2 y 209)".

La misma Corporación en la decisión aludida, profundizó en aspectos fundamentales para la comprensión del instituto jurídico, planteando en la decisión en comento que el objeto de la delegación recae sobre *"...la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo. La Constitución lo postula y el legislador así lo ha consagrado en diferentes oportunidades (). Igualmente la Corte se ha pronunciado sobre la competencia, como objeto de la delegación ()*.

Recapitulando los aspectos fundamentales que respecto de esta modalidad de actuación administrativa trae la constitución y la ley, se puede concluir que la delegación es un acto formal por el cual son transferidas específicas competencias por parte de una autoridad administrativa que actúa como delegante, a un subalterno o a otra autoridad administrativa que adquiere el carácter de delegatario, quien las asume y responde por ellas, sin perjuicio de que el delegante pueda reasumir su competencia.

Esta conceptualización era necesaria a efectos de comprender que en la comisión de una conducta punible, como lo es el prevaricato por acción, la condición de sujeto activo, como lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia, la obtiene el servidor público en el ejercicio de funciones oficialmente discernidas, ora por virtud expresa de directas competencias que le son otorgadas por la Constitución y la ley, ora en el ejercicio de competencias transferidas mediante modalidades de actuaciones administrativas, siendo ejemplo de ello la delegación.

-De la delegación en el Procedimiento Administrativo Cambiario

Verificando la normatividad vigente por lo menos para la época de los hechos, se observa que en la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, la normatividad previo en el Decreto 4048 de 2008, de manera diáfana, la aplicación de la delegación como modalidad administrativa. En consecuencia, las actuaciones administrativas proferidas por las autoridades o los funcionarios en ejercicio de una delegación, apareja la aplicación de los fundamentos constitucionales y legales establecidos en los artículos 211 de la Constitución Política, así como la de los artículos 9 y siguientes de la Ley 489 de 1998, aspecto de suma trascendencia para el análisis de tipicidad que se adelanta con base en los eventos objeto de esta actuación disciplinaria.

El Decreto No. 4048 de 22 de octubre de 2008, "Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales", regula dentro de su articulado, lo relacionado con las competencias de la autoridad jurídica, en desarrollo del artículo 211 de la Constitución Política. Para el efecto, la normatividad en comento prevé en el Parágrafo segundo (2) su artículo 40 lo siguiente:

"PARÁGRAFO 2º._ Las reglas de competencia definidas en los numerales 1, 2 Y 3 del presente artículo aplican igualmente para la revocatoria directa contra los actos de determinación de impuestos y que imponen sanciones."

- **De la identificación del sujeto activo en e/ caso en concreto**

Verificado lo anterior, al revisar el acervo probatorio recopilado en el expediente administrativo disciplinario que atañe a esta decisión, se aprecia que a folio 328 y 329, fue emitida Resolución No. 001 del 4 de noviembre de 2008, como acto administrativo por parte del Director Seccional de Aduanas de Cali, para delegar en la Jefatura de la División de Gestión Jurídica su facultad para fallar las revocatorias directas.

En efecto, el Director Seccional de Aduanas de Cali, doctor XXX, mediante la señalada, en consideración de las facultades previstas en el artículo 211 de la Carta y del artículo 40 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, delegó algunas funciones de su competencia a determinados servidores públicos vinculados con la Entidad, por lo que la parte resolutive se formuló de la siguiente manera: "ARTÍCULO PRIMERO: Delegar el "Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Aduana de Cali, la facultad de fallar las revocatorias directas conforme a las reglas de competencia definidas en el artículo 40 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, sean de competencia del Director Seccional respectivo".

Fue con base en esta delegación que el servidor público XXXX, quien asumió la competencia para la expedición, entre otros, de los actos administrativos de Revocatoria Directa, por su condición de Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali; cargo al cual fue designado mediante Resolución No 0005 del 4 de noviembre de 2008 y del cual tomó posesión a la misma fecha, tal y como lo reportara el Grupo Coordinación de Historias Laborales en el extracto de historia laboral (folio 510).

En consecuencia, el servidor público XXXX, por virtud al acto de delegación, quien asumió y se responsabilizó a partir de la expedición de la Resolución No. 001 del 4 de noviembre de 2008, de los actos administrativos que en ejercicio de la delegación, expidiera el Grupo Interno de Trabajo de Vía Gubernativa la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali. Bajo dicho contexto y con base en las competencias otorgadas, el servidor público en comento, expidió la Resolución No. 01-88-236-408-612-0011 de fecha 10 de diciembre de 2010), dentro del expediente ISD20072007386. Tal actuación se consolidó por la suscripción de dichos actos por parte del servidor en mención como "Funcionario Competente", lo cual determina la asunción de responsabilidades por la decisión.

Con base en lo anterior, el Despacho puede evidenciar que en el caso particular el sujeto activo, presunto autor de la conducta punible de prevaricato por acción y de contera a quien le es imputable la falta disciplinaria contemplada en el artículo 48, numeral 1o de la ley 734 de 2002, es el servidor que en virtud a la delegación, fue el competente en la expedición del mencionado actos administrativo revocatorio.

Desde tal perspectiva quienes fungieron como proyectante y revisor del acto administrativo objeto de investigación no se adecuaron a la calidad de sujeto activo cualificado del tipo penal de prevaricato por lo que todo análisis o consideración posterior no hará referencia a tales procesados, en tanto la ilicitud de la presunta falta, no les es atribuible.

No obstante lo anterior, la imputación no se limita a esta consideración, ya que se debe abordar, dentro de este análisis sobre la tipicidad de la falta, los demás elementos que integran la conducta punible específica, en aras de establecer la existencia material de la misma, esto es, la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de ta función o cargo, o abusando del mismo, tal y como lo formulara el pliego de cargos.

- **De la tipicidad en cuanto a la conducta**

La conducta que define el artículo 413 del Código Penal, como fuente de la prevaricación, es la "expedir", bien una resolución, dictamen o concepto. Este verbo que rige la acción generadora de la ilicitud, consiste, conforme a su definición, a "Dar curso a las causas y negocios" o "pronunciar un auto o decreto", entre algunas de las definiciones que al respecto trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

En el caso particular, la conducta imputada en el pliego, se sustentó en la expedición de la Resolución No. 01-88-236-408-612-0011 de fecha 10 de diciembre de 2010, por medio de la cual se dejó sin vigencia la Resolución No. 05-87-2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008, proferida por la División de Liquidación de la misma Administración que impuso sanción cambiaría al ciudadano mexicano, XXX.

En consecuencia, la conducta enmarcada dentro del verbo rector establecido en el artículo 413 del Código Penal se encuentra adecuadamente verificada, por ío que el análisis de la tipicidad en cuanto a este aspecto no requiere de mayor profundización, toda vez que amén de este planteamiento, la expedición fue realizada por el funcionario con competencia derivada del acto administrativo de delegación.

- **De la tipicidad en cuanto al ingrediente normativo**

Habiendo analizado hasta este momento algunos de los elementos integradores de la tipicidad para el punible de prevaricato por acción, como lo es la presencia del sujeto activo cualificado y de la conducta matizada en el verbo rector establecido por la norma, se debe proseguir con el estudio de un elemento álgido en la configuración del tipo, como lo es el ingrediente normativo allí inserto por el legislador.

En efecto, el artículo 413 del Código Penal, enriquece la descripción del tipo penal de prevaricato por acción, al incorporar un ingrediente normativo cuya rigurosidad es fundamental en el proceso de adecuación de la conducta que se imputa como prevaricadora. De tal suerte, la norma en comento exige que la resolución, dictamen o concepto expedido por el servidor público competente, sea "manifiestamente contrario a la ley".

La exigencia en torno a este elemento ha sido particularmente analizada por la jurisprudencia penal, la cual ha sido pródiga en señalar el alcance del ingrediente normativo.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

Así las cosas, por citar sólo uno de sus pronunciamientos, ha indicado la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 25627, que:

"También ha señalado la Sala que al incluir el legislador en la referida descripción un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguas, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley"

La acepción "manifiestamente" a la que hace referencia la norma, se refiere a la claridad y evidencia respecto de un asunto, de tal forma que es inadmisibile o resulta inane su discusión. Para el caso particular y en el contexto estrictamente penal, refiere a que la contra evidencia que deprecia la prevaricación, resulta inobjetable, de tal forma que la arbitrariedad de la decisión cuestionada trasciende sin ambages y la calificación sobre su ilegalidad surge con plena diafanidad.

Sobre este punto, se ha definido igualmente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22855, que: "...si el juicio que ha de hacerse para determinar la concurrencia o no del elemento normativo del tipo penal del prevaricato activo, debe girar en torno al abierto desconocimiento de las normas legales que debían gobernar la solución del asunto sometido al conocimiento del funcionario, sin que en cambio pueda fundarse en juicios de valor sobre el mayor o menor acierto de lo decidido,...".

Aunado al concepto anterior, el tipo penal contempla la frase "contrario a la ley", referida a que la decisión objeto de cuestionamiento y constitutiva de la resolución, dictamen o concepto riñe con el precepto normativo. Bajo este contexto, el término "ley", según la jurisprudencia constitucional "ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos".

Es menester acotar que cuando la jurisprudencia menciona el término "actos administrativos", se refiere a los actos administrativos de carácter general por su condición vinculante.

Con base en lo anterior, resulta claro hasta el momento que en sede del análisis que atañe a este Despacho, la decisión proferida por el servidor público competente y que se cataloga como manifiestamente contraria a la ley, se inscribe dentro de un contexto permeado por la arbitrariedad por contravenir en forma grosera y patente el contenido legal de la norma, alterando premeditadamente su alcance.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto segunda instancia del 18 de febrero de 2003, Radicado 16262, señaló:

"No basta, por supuesto, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente.

La realización de la conducta, y por supuesto su trascendencia social y jurídica, encuentra comprobación, como viene en juzgarlo la Sala, por medio del examen entre el mandato legal contenido en las disposiciones aplicables al caso y la decisión del funcionario, y, de igual manera a través de la acreditación de si éste, de acuerdo con la información disponible al momento de resolver el asunto, contaba con la posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicaba, y, por tanto, si tenía conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la conducta prohibida".

Es a partir de estos planteamientos, se hace necesario ahora revisar si la actividad particularmente cuestionada, cumple con los requerimientos a los que alude la norma penal, lo que implica un examen cuidadoso del mandato legal y de la determinación o determinaciones calificadas como prevaricadoras en el examen que en su momento se realizara en el pliego de cargos.

El 10 de diciembre de 2010, la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali expidió el acto administrativo conocido como Resolución No. 01-88- 236-408-612-0011, "Por medio de la cuál se resuelve Solicitud de Revocatoria Directa. Acto Impugnado Resolución No.05-87-2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008"

Este acto administrativo revocatorio puede concretarse en cinco (5) aspectos a saber:

El primero, "LA FALTA DE VINCULACIÓN DE LA SOCIEDAD C, I NUEVA INGENIERIA S.A.S. AL PROCESO EN VIRTUD AL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD DE LA SUMA DE DINERO INCAUTADA".

En cuanto a la omisión de vinculación del legítimo propietario de las divisas ingresadas de manera irregular al País, esto es, la sociedad C. I. NUEVA INGENIERIA S.A.S., el acto revocatorio en sede de discusión, estudió las actuaciones adelantadas en el procedimiento administrativo tanto en la División Control Cambios como en la División de Liquidación, así como de las diligencias que se desprendieron en la instancia penal, desde la aprehensión e incautación del dinero hasta la procedencia de la devolución.

De esa suerte, señaló la mentada providencia, que la DIAN podía de manera "autónoma" establecer el infractor cambiario y bajo tal presupuesto una vez situadas las medidas procedidas de la Fiscalía 24 Especializada de Cali "REDIRECCIONAR" la averiguación hacia el propietario de las divisas puesto que justamente "de su patrimonio se extrae el valor de la sanción impuesta", para que de esa forma ejerciera su derecho de defensa.

Así, entendió la dependencia jurídica que el ciudadano mexicano vinculado a la investigación administrativa se desentendió de las circunstancias adversas a su peculio y en esa medida, dedujo la importancia de la comunicación presentada por la delegada de la Fiscalía, cual era, “vincular a la persona jurídica colombiana a este asunto”.

En ese sentido, arribaron como razonamiento:

“consideramos que esta Entidad erró cuando luego de conocer la decisión de la Fiscalía 24 Especializada en la cual determinó no solo el origen lícito de las Divisas sino también su propietario, y aun no venciendo el término de la prescripción, estando dentro de una oportunidad para hacerlo, no ajustó a Derecho la investigación, utilizando las facultades que el Código Contencioso Administrativo otorga (Revocatoria de los actos Art. 69) procediendo luego a reiniciar y re direccionar la investigación, vinculando en esa nueva oportunidad, además a la sociedad C. I. XXX. para que ésta en virtud al hecho de que con la multa impuesta se diezma su patrimonio (Lícito), hiciera uso de las herramientas jurídicas que concede la Ley en procura de la defensa de sus intereses, esta apreciación en derecho cobra mayor relevancia al tener presente que en el actual proceso, solo intervino la Entidad y nunca se planteó la controversia, pues la Entidad no contó con contraparte que debatiera lo que se endilgaba...”.

De dicho análisis se desprende entonces, la observancia de la afectación patrimonial que recaía sobre el propietario de las divisas declaradas como lícitas en el ámbito penal, las cuales aun cuando introducidas al país de manera irregular derivaron en una sanción que no perjudicaba al infractor y por lo mismo, era relevante la vinculación de la persona jurídica para que defendiera sus legítimos intereses ante la Administración Aduanera.

Al punto, es preciso advertir que el operador disciplinario no comparte esta tesis, en tanto que, conforme al caudal probatorio arrimado a la plenaria esencia de estudio, entiende la responsabilidad administrativa cambiaría como objetiva y de contera la pluricitada sociedad comercial recurrente, no se hizo parte, ni requirió su legitimación por pasiva. Por ende, la conclusión de los postulados antes señalados que refieren la vulneración del debido proceso a la luz del artículo 29 de la Constitución Nacional, siendo en ese escenario la Resolución cuestionada, como arbitraria o caprichosa, valga decir, manifiestamente contraria a la ley.

El segundo, “NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No.160 DE SEPTIEMBRE 25 DE 2008 POR NOTIFICACIÓN INDEBIDA”.

Luego de agotar un examen jurisprudencial y normativo referente a los trámites y efectos de la notificación, el funcionario jurídico de conocimiento asentó como base de reproche la dirección de ubicación “errada” del ciudadano Mexicano en el Distrito Federal de ese País, habida cuenta que su paradero fue reportado por el Grupo Operativo de la Policía Fiscal y Aduanera - POLFA, como residente de Chicoasen (Estado de Chiapas), y no como morador o residente de dicha capital, otorgando razón al recurrente en cuanto a este ítem.

Teniendo en cuenta lo anterior, es viable a criterio de esta instancia las observaciones realizadas en torno a la ausencia de formal verificación de la dirección de notificación del infractor cambiario, habida cuenta que la autoridad administrativa no podía limitarse a los datos equívocos consignados en los actos administrativos que originaran la sanción impuesta al ciudadano mexicano, dado que para tal efecto era preciso lograr el conocimiento efectivo de las actuaciones adelantadas en territorio colombiano, como al parecer, no se logró, edificando en ese contexto una irregularidad procesal de tal tálente que evidenció la indebida notificación pedida por el recurrente.

El tercero, "LA NOTIFICACIÓN POR ESTADO ES ILEGAL, DEBIDO A QUE ÉSTA NO FUE ORDENADA EN EL ACTO Y, AUSENCIA DE PUBLICIDAD DEL ACTO".

La disertación relacionada con la notificación por Estado sentó sus bases en la verificación y transcripción del artículo tercero de la Resolución Sanción No. 05-87- 2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008, para así demostrar la ausencia de fijación de "Edicto", puesto que su publicación se adelantaría de manera personal.

En ese entendido, no compartió la crítica planteada por el recurrente al considerar que tal omisión no invalidaba la actuación al reconocer que la misma norma cambiaría fijaba la notificación subsidiaria por Edicto en el evento tal que no se lograra la personal, circunstancia que a la par comparte este Despacho de conocimiento.

El Cuarto, "OMISIÓN DE NOTIFICAR AL REPRESENTANTE O APODERADO DEL INVESTIGADO"

Para finiquitar este juicio de reproche esbozado por el recurrente, la dependencia jurídica no prestó notabilidad al hecho de abstenerse de notificar al apoderado del infractor cambiario, atendiendo a la imposibilidad del licenciado Ricardo Casarín Barríos de ejercer el ius postulandi en un Proceso Administrativo adelantado en Colombia, por no cumplir con los requisitos fijados en el artículo 24 del Decreto 196 de 1971, al no encontrarse inscrito ante el Consejo Superior de la Judicatura y no tener homologación de su título profesional en este País.

Aunado a ello, manifestó el Despacho de conocimiento, la necesidad de suministrar la dirección de notificación por parte del prenombrado apoderado, pues al abstenerse de proveerla, presumiría la intención de conocer del acto en el Consulado General de Colombia en México y en esa medida supuso como notificado del acto contenido en la Resolución 160 del septiembre 25 de 2008.

Como segundo evento, es del caso señalar que si bien emergió en el proceso administrativo cambiario la figura de un defensor que aparentemente asistió al infractor cambiario en el acto de notificación de los cargos formulados, también lo es, que a este profesional del derecho asistía la obligación de hacer valer las garantías procesales y sustanciales de su prohijado, circunstancia esta que tan solo se materializaba desde el acondicionamiento propio de la autoridad administrativa para que lograra dicho propósito, de tal suerte que al revisar las results del proceso ISD20072007386, se desprendió la ausencia de establecimiento o información precisa

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

referente a los requisitos propios que debía acreditar un ciudadano mexicano para apoderar a otro en ese país, frente a los actos emanados en Colombia.

Quinto y último, "CONFIGURACIÓN DE LA LLAMADA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA, ARTÍCULO 4o DEL DECRETO 1092 DE 1996".

Esta figura procesal fue declarada y desarrollada por el operador jurídico desde la aplicación del artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, partiendo de la verificación de las actuaciones surtidas en la sede administrativa, así:

Se dijo que el Acto de Formulación de Cargos No. 8205073-301-0309 del 16 de octubre de 2007 fue notificado personalmente el día 12 de marzo de 2008, entendiéndose el vencimiento del término para presentar descargos el día 13 de mayo de 2008 y por consiguiente el año para proferir el acto sancionatorio iniciaría al día siguiente de concluido ese tiempo.

Bajo ese escenario, al tener en cuenta los argumentos del recurrente plasmados en la indebida notificación de la Resolución Sanción, al evidenciar que la citación de notificación del acto sancionatorio fue remitido a domicilio diferente y de acuerdo a ello, entendió el operador jurídico la imposibilidad de reiniciar la investigación administrativa luego de concedida la revocatoria, al haber transcurrido para ese tiempo los tres (3) años fijados por la norma, esto es 19 de septiembre de 2010, tomando a tal efecto como contabilización la ocurrencia de los hechos que acaecieron el día 19 de septiembre de 2007 y teniendo como base el concepto No. 042 de junio 18 de 2003.

En ese contexto, la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali encontró la procedencia de la Revocatoria Directa de la Resolución Sanción No. 05-87-2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008 y la Declaratoria de la Prescripción de la Acción Sancionatoria Cambiaría, al ultimar en sus consideraciones, respecto del acto invocado:

"En consecuencia por todo lo expuesto es procedente la solicitud de Revocatoria Directa de la Resolución No. 05-87-2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008, por medio de la cual se impone una sanción cambiaría al ciudadano mexicano XXX, identificado con el Pasaporte No.XXX, por cuanto la misma se encuadra en las causales previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo".

Por tanto, en criterio de los operadores jurídicos del caso, los apartes de la resolución sancionatoria objeto de revocación fueron vistos desde los medios de notificación implementados por las dependencias de conocimiento de la DIAN, puesto que no se suministraron conforme a lo establecido en el Decreto.

En su sentir la decisión recurrida también se edificó desde la falta de competencia que en torno a este tema cobijó la actuación del Consulado General de Colombia en México

Estos planteamientos, que fueron base para la decisión de Revocatoria Directa de la Resolución Sanción No. 05-87-2008-601-000160 de septiembre 25 de 2008, constituyeron la fuente del

cuestionamiento disciplinario en sede de los cargos, habida cuenta que, en esencia, se consideró como irregular que el fundamento para tales determinaciones, proviniera de fundamentación insuficiente, observada desde la alegación de revocación por tercero ajeno al proceso C.I XXX., quien como propietaria de las controvertidas divisas alegó la causal de nulidad por indebida notificación al infractor cambiario, la cual en el escenario procesal no fue invocada por el señor XXX o por parte de su apoderado y de acuerdo a tal hecho no compartió la prescripción de la acción sancionatoria cambiaría como fenómeno devenido del hecho invocado.

En este estadio corresponde ahora entrar a verificar si la inobservancia de los fundamentos arriba reseñados, determinó la consolidación cierta de decisiones manifiestamente contrarias a la ley, tal y como lo exige la norma penal, para la demostración que de contera es requerida respecto de la falta imputada, esto es, la ejecución o realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo.

Como primera medida, resulta procedente recalcar, que la imputación disciplinaria estructurada en el pliego de cargos, al analizar lo concerniente al concepto de violación, hizo referencia de un elemento fundamental, matriz de la acusación misma, como lo fue, el discernir que la conducta reprochable y constitutiva del elemento normativo descrito por el legislador en el artículo 413 del Código Penal, se adecuó, para el caso en concreto, en la inobservancia de la controversia de orden cambiario, la cual fue consecuencia del transporte irregular de dólares por valor de USD \$2.009.900, atendiendo a los presupuestos ventilados en el escenario penal de donde emergió una relación contractual informal desconocida por la Dirección de Aduanas de Cali, entre la persona jurídica propietaria de las divisas y el infractor que como viajero ingreso de manera irregular la señalada cantidad de dinero, circunstancia que necesariamente devenía en el pago de la multa impuesta por el ordenamiento administrativo.

Este elemento se suma al cuestionamiento que en el pliego de cargos se efectuó con relación a la contra evidencia surgida del acervo probatorio incorporado al expediente, referente a los trámites adelantados para agotar el procedimiento publicitatorio tanto de la actuación surtida por la División de Control Cambios como de la División de Gestión de Liquidación, por cuanto se consideró que no habían sido valorados de manera integral y resultaban insuficientes, como para sustentar con ellos, la indebida notificación alegada por el tercero.

Entre ellos destacó el Despacho, la notificación personal del Auto No. 8205073-301 0309 de 16 de octubre de 2007 librado por la División de Control Cambios, en el Consulado General de Colombia en México, surtida el día 12 de marzo de 2008, al apoderado del sancionado Juan Manuel Pérez González, Licenciado Ricardo Casarin Barrientos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 1092 de 1996, y el artículo 45 del Código de lo Contencioso Administrativo.

De lo mismo, previo el Despacho Instructor como inobservancia de la actuación censurado en sede disciplinaria en cuanto a lo que considero como notificación apropiada diferente al criterio adoptado por el operador jurídico, puesto que a su parecer el acto proferido en sede de determinación, con la Resolución No. 05-87-2008- 601-000160 de 25 de septiembre de 2008, se sujetó a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Decreto 1092 de 1996, así como el artículo 35 del

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

Código de Procedimiento Civil, en CHICOASEN MANZANA 1 No. 45 Barrio o Colonia Santa Cecilia de la República de México, haciendo referencia que a tal propósito el sujeto infractor fue enterado de la actuación a la señalada dirección, teniendo como base en el oficio recibido el día 3 de diciembre de 2008, y ante la no comparecencia el mismo Consulado fijó edicto el día 16 de enero de 2009 de acuerdo a los distinguido en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.

En ese sentido, no compartió la prescripción de la acción sancionatoria cambiaría desde la fecha de ocurrencia de los hechos, obedeciendo a la indebida notificación pregonada, pues el operador se detuvo sobre la notificación del acto de formulación de cargos, el término de traslado para presentar objeciones y el tiempo a considerar para la concreción del acto sancionatorio, el cual de acuerdo a las apreciaciones documentales derivaron en una contabilización del tiempo para proceder con la declaratoria de este fenómeno de manera diferente a la que fue forjada por la División de Gestión Jurídica.

Por tanto resulta indispensable analizar la naturaleza de los lineamientos institucionales y de las observaciones implementadas por los disciplinados en etapa de discusión, para así inferir que la inobservancia del acto administrativo cuestionado, constituyó efectivamente la expedición de una decisión manifiestamente contraria a la ley o por el contrario se ajustaba al ordenamiento jurídico, esto para tener por demostrado en el ejercicio de adecuación la tipicidad del punible endilgado en los cargos o de acuerdo al análisis que corresponda desvirtuarlo.

Al prestar atención con detenimiento a la dirección procesal reportada por la única instancia de conocimiento de la ubicación del infractor cambiario, evidenció que la Policía Fiscal y Aduanera, reportó ante la Jefatura de la División de Control de Cambios la nomenclatura: "Chicoasen manzana 1 N° 45 Barrio o Colonia Santa Cecilia"(Folio 71).

No obstante, esa dependencia procedió a remitir notificación del Auto No. 8205073-301 0309 de 16 de octubre de 2007, a la ciudad de México Distrito Federal, cuando lo correcto era enviar la noticia al municipio de Chicoasen, Estado de Chiapas (folio 85).

El acto señaló que la notificación al infractor cambiario debía realizarse atendiendo lo establecido en el artículo 18 del Decreto 1092 de 1996, esto es, de manera personal la siguiente: "CHICOASEN MANZANA 1 No. 45 BARRIO O COLONIA SANTA CECILIA

en la ciudad de MÉXICO D.F., REPUBLICA DE MÉXICO dirección de notificación aportada por el usuario." (Negritas en el texto), trámite que propuso se practicara con sujeción a los artículos 35 y 696 del Código de Procedimiento Civil, con mediación de la Coordinación Rilo e Intercambio de Información de la Subdirección de Fiscalización, para que esta dependencia librara a dicho propósito EXHORTO al Consulado Colombiano en México D. F., disposiciones éstas cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

Del Decreto 1092 de 1996, "ARTICULO 18. NOTIFICACION PERSONAL. Decreto derogado por el artículo 43 del Decreto 2245 de 2011. La notificación personal se practicará por el funcionario competente en el domicilio del interesado, o en las oficinas respectivas de la Dirección de

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

Impuestos y Aduanas Nacionales; en este último caso, cuando quien deba notificarse se presente a recibirla voluntariamente, o se hubiere solicitado su comparecencia mediante citación.

El funcionario encargado de hacer la notificación pondrá en conocimiento del interesado la providencia respectiva, entregándole un ejemplar de la misma y dejando constancia de la fecha de entrega y la identificación de la persona que recibe la notificación."

Del Código de Procedimiento Civil, "ARTÍCULO 35. COMISION EN EL EXTERIOR. Cuando la diligencia haya de practicarse en país extranjero, debe dirigirse el exhorto al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que tenga conocimiento de sus términos y lo envíe a su destino con observancia de lo que dispongan los tratados públicos, las leyes y los principios de Derecho Internacional".

"ARTÍCULO 696. PROCEDENCIA. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Los jueces colombianos deberán diligenciar los exhortos sobre pruebas decretadas por funcionarios extranjeros del orden jurisdiccional o de tribunales de arbitramento, y las notificaciones, requerimientos y actos similares ordenados por aquellos, siempre que no se opongan a las leyes u otras disposiciones nacionales de orden público".

Continuando así con el yerro observado en sede de discusión por los disciplinados, estudió este Despacho el procedimiento de notificación adelantado para la actuación emanada de la División de Liquidación, correspondiente ésta a la Resolución Sanción No. 05-87-2008-601-000160 de 25 de septiembre de 2008 (folios 104 a 113), en cuyo cuerpo considerativo y motivatorio, la Administración Aduanera impuso al ciudadano mexicano la sanción en comento (\$1.274.616.000), así mismo fijó la procedencia y determinó a su favor el alcance del allanamiento debido al infractor para que redujera el pago indicado como multa.

De esa suerte, se previó el descuento del valor fijado como sanción en caso tal que aconteciera la devolución de las divisas, en consideración a lo estipulado mediante memorando No. 309342 de octubre 13 de 2006 de la Dirección Nacional de Fiscalías y la Dirección Nacional del C. T. I.

Por otro lado, observó el Despacho que de manera redundante en el acápite resolutorio del mentado acto, quedó sentado el procedimiento de notificación a la dirección del infractor cambiario, esto es, "Chicoasen Manzana 1 No. 45 BARRIO O COLONIA SANTA CECILIA en la ciudad de México D.F., (México)", de la cual se señaló, se practicaría a través de la Oficina Rilo e Intercambio de Información de la Subdirección de Fiscalización Aduanera, "mediante Exhorto al Consulado de Colombia en ciudad de México D. F., de acuerdo con el artículo 35 del código de Procedimiento Civil".

Por otra parte, informó de acuerdo al artículo 25 del Decreto 1092 de 1996, la dependencia que proveyó el acto administrativo sancionatorio, la procedencia única del recurso de reposición, un mes después de surtida la notificación. Así las cosas, para lo pertinente, se remitirían a la División de Recaudación, al Banco de la República y al Fiscal 16 Especializado para lo de su competencia.

Por lo precedentemente desplegado, estima el Despacho que en el presente caso se halló en primera medida, un proceder equivocado de confrontación en cuanto a la ubicación cierta e indiscutible del ciudadano mexicano, el cual como lo afirmó el apoderado de los disciplinados, tan solo requería cotejo del reporte dado por las autoridades colombianas (POLFA) con la identificación oficial (radicada en copia en el expediente disciplinario) del señor XXX, documento que para todos los efectos fue exhibido como "Credencial para votar" y donde meramente era notable conforme a lo indicado, el domicilio del infractor cambiario en lugar diferente al Distrito Federal, es decir, el municipio de Chiapas. No obstante, este último no fue tenido como sitio de residencia del prenombrado señor, para ninguno de los actos previos a la resolución revocatoria que se reprocha, como es, la formulación de cargos y el acto sancionatorio dejado sin efectos.

Como complemento a tal circunstancia, debe precisarse como estos últimos actos administrativos, intentaron ser oponibles al interesado (infractor cambiario) de conformidad con el citado artículo 35 del Código de Procedimiento Civil, sin que en el pleno de sus trámites, la Administración Aduanera (Control Cambiario y Liquidación), haya detenido su procedimiento notificadorio a un ciudadano no colombiano en el exterior desde la revisión protocolaria respecto a la competencia otorgada al Consulado General Colombiano en México D. F., el cual de acuerdo a lo establecido como "funciones consulares", habría de ceñirse a las contenidas en el literal j) artículo 5 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, que dice:

"j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor;"

Sobre el particular ha de entenderse entonces, como cada una de las dependencias de conocimiento libraron como trámite de la comisión el Exhorto o Despacho Comisorio Consulado General Colombiano en México D. F., para que agotara la notificación al ciudadano mexicano, sin dejar vestigio en el expediente administrativo cambiario, de contemplación alguna al principio de reciprocidad entre Colombia y los Estados Unidos Mexicanos, así como la existencia de algún tipo de acuerdo o tratado que regulara la materia, como presupuesto necesario para asegurar el acatamiento de las regulaciones establecidas en la legislación del Estado receptor.

Empero, el representante de los disciplinados afirmó como de acuerdo a lo señalado en el Concepto Expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio), que el Consulado General Colombiano en México D. F., no contaba para ese tiempo con la competencia necesaria para surtir el trámite de notificación con el infractor cambiario y/o con su apoderado como evidentemente aconteció respecto del Auto de Formulación de cargos. Lo anterior, al extraer de la referida consulta, como propio de este trámite la usanza de la Carta Rogatoria, como instrumento para requerir se llevara a cabo la notificación de un ciudadano extranjero (mexicano), bajo el entendido que el Cónsul que atendió dicho trámite únicamente podía realizarlo frente a sus connacionales.

Siguiendo tales lineamientos, debe anotarse que, aunado a lo notado en sede de discusión por los disciplinados, que si bien, el día 12 de marzo de 2008, se agotó conforme a los presupuestos irregulares observados antes señalados, la notificación al apoderado del señor XXX, el licenciado XXX, identificado con cédula profesional No. XXX, este profesional del derecho tan solo aportó una Carta Poder calendada ese mismo día (folio 87), y de acuerdo a ello no cumplió los requisitos para representar al sujeto pasivo de un procedimiento administrativo en Colombia, valiéndose para ello de los contenidos dispuestos en el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía, esto es, artículo 24 del Decreto 196 de febrero 12 de 1971, que establece:

Bajo ese entendido, refieren en sus alegaciones los investigados en vocería de su representante, como al ver vulneradas varias garantías procesales que la Administración Aduanera debía procurar a la hora de adelantar en su conjunto el procedimiento administrativo cambiario sancionatorio seguido en contra de un ciudadano extranjero no residente en el País, zanjó jurídicamente la protección no solo del individuo formalmente vinculado a esas diligencias, al considerar como propio tener en cuenta la nulidad presentada por indebida notificación con fundamento en los presupuestos antes señalados; que como interesado en las resultados del proceso asistía al legítimo propietario de las divisas, es decir, a la persona jurídica que recurrió la revocatoria directa.

De tal suerte, siguiendo su criterio jurídico al no encontrar prohibición en el ordenamiento, merecieron dar un trato excepcional a quien no hizo parte en el proceso, luego de razonar los derechos y obligaciones que a la sociedad comercial asistía luego de acontecida la infracción cambiaria, pues en últimas, era esta persona jurídica la que entraría a resolver el pago de la sanción, derivando de esa forma la admisibilidad de la responsabilidad solidaria y la aceptación implícita de la legitimación para actuar en la causa puesta bajo su conocimiento, entendiendo de esa manera la imposibilidad de revertir toda la actuación administrativa por el acaecimiento de la prescripción originada en el trámite impropio de notificación de los actos emanados tanto en gestión control cambiario como en la División de Liquidación.

En ese sentido dieron cuenta de la admisión textual que sobre la transgresión del artículo 82 de la Resolución Externa No. 8 de 2000, modificada por el artículo 2 de la Resolución Externa No. 6 de 2004 ambas de la Junta Directiva del Banco de la República, la cual en la providencia de revocación no fue desechada, pero pese a ello, no era la infracción impedimento propicio para admitir la violación del debido proceso en aras de mantener un juicio de sanción pecuniaria insostenible por ese hecho.

Así entonces, es indefectible resaltar como los argumentos más importantes que motivaron la decisión de Revocatoria Directa, aun cuando no fueron señalados de manera expresa en dicha actuación y a la postre dados a conocer en el escenario disciplinario, revelan la imposibilidad categórica del operador disciplinario para adelantar algún control de legalidad sobre las diferentes actuaciones previstas en el diligenciamiento efectuado para culminar con la práctica de la Resolución No. 01-88- 236-408-612-0011 de fecha 10 de diciembre de 2010, en tanto, que las condiciones tácticas y jurídicas que dieron origen a la expedición de este acto administrativo no fue oportunamente controvertido por la Administración, mediante el medio de control que ha

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

sido señalada legalmente para prescindir de los efectos jurídicos derivados del otorgamiento del mismo en sede jurisdiccional, como bien se observó en el caudal probatorio.

Por tanto, en este punto a sentir de este Despacho es importante llamar a la atención, en el entendido que los actos administrativos deben estar plenamente justificados y debidamente motivados, empero, en el caso concreto que ocupa su análisis aprecia debilidad en la parte motiva del acto administrativo, toda vez que muchas circunstancias relacionadas con los temas propuestos como de revocación, no fueron desarrollados en la Resolución, temas tales como la aplicación del Concepto emitido por la Jefatura de la "ARTICULO 24. No se podrá ejercer la profesión de abogado ni anunciarse como tal sin estar inscripto y tener vigente la inscripción". otrora Jefatura de la Oficina Jurídica de la DIAN, referido bajo el número 103133 de 14 de diciembre de 2007 o la misma falta de competencia del Consulado General de Colombia en México D. F. Descuido tal que puede no derivar en reproche disciplinario pero si a un llamado a alerta para que la División de Gestión Jurídica de la Seccional Cali, sea más cuidadosa a la hora de estructurar la motivación de los actos administrativos y de tal suerte argumentar jurídica y razonablemente la decisión a adoptar.

De otra parte, el Despacho destaca en el presente proveído la obligatoriedad que tienen los conceptos emitidos por la Entidad para los funcionarios, bajo el entendido que su aplicación obedece a la interpretación que de estos debe hacerse al momento de componer una decisión. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no le es permitido al operador disciplinario contrarrestar la apropiación que de estos hizo el entonces Subdirector de Gestión Control Cambiario respecto a la aplicación de la norma contenida en el artículo 82 de la Resolución Externa No. 8 de 2000 modificada por el artículo 2 de la Resolución Externa No. 6 de 2004 ambas de la Junta Directiva del Banco de la República, como principio imperativo que debe primar en el ejercicio de las actividades de los funcionarios de las diferentes áreas de la DIAN, más aún cuando observa la ostensible disparidad conceptual dada al tema, por parte de quienes participaron en el acto revocatorio.

Así las cosas, habrá de convenir en que no es esta la instancia competente para decidir la legalidad del procedimiento administrativo cambiario realizado en el proceso señalado tanto en las etapas de determinación como de discusión y traído a esta actuación disciplinaria, pues lo único posible de verificar por esta autoridad es el cumplimiento de las actuaciones emanadas por la DIAN, es decir en lo referente al cumplimiento de las disposiciones normativas, los cuales fueron verificados en el proveído y como se anotó éstos se cumplieron conforme a la ley y a la misma delegación funcional, pues desde una perspectiva hermenéutica se intentó alcanzar la verificación de los desaciertos contemplados en el expediente puesto bajo su conocimiento en aras de garantizar la protección constitucional de las partes.

En este punto no sobra traer a colación otros de los conceptos sobre legalidad de las actuaciones, de la Procuraduría Segunda Vigilancia Administrativa. Radicación No. 074- 05384-06 del 18 de diciembre de 2006, que sus apartes pertinentes dice:

"La potestad disciplinaria, cuyo titular es el Estado, a través de sus ramas y órganos (art. 1), en manera alguna comprende el análisis de la legalidad de la toma de decisiones y los errores en

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

que pueden caer tales servidores por tales motivos, no están ni pueden estar comprendidos ni en los deberes, ni en las prohibiciones, ni en las conductas atentatorias de un Estado de derecho. A nadie se le puede decir que no puede equivocarse o que le está vedado errar, como un mandato de prohibición; como tampoco el deber de siempre acertar en todos los casos(...)

En la interpretación de la ley es usual la equivocación, la disparidad de criterios, incluso los desaciertos; pero la propia ley tiene establecidos mecanismos que apuntan a que se corrijan esos desvíos, como la doble instancia, las nulidades, la revocatoria, aún la revisión, el mejoramiento de los procesos, la optimización de los niveles de comunicación; los mismos manuales de funciones, de procesos y de procedimientos, los diagramas de flujo, los tableros de control, entre muchos otros, lo que buscan, en el fondo, es reducir al mínimo los errores, las equivocaciones y evitar los excesivos costos en que incurre por el establecimiento de controles interminables; en otros casos, la acción de tutela es también un mecanismo supletorio.

De allí por qué se sostenga, como lo hacemos, recogiendo una vieja jurisprudencia, en el sentido de que en el proceso disciplinario se juzga la voluntad, no el entendimiento.

El llamado poder disciplinario en manera alguna comprende el análisis de la legalidad de las decisiones, ni mucho menos la recta o la equivocada interpretación de las normas de procedimiento... (...)

Las cuestiones atinentes a la pura doctrina o la interpretación de la ley, no pueden servir de sustento para dar inicio a una investigación disciplinaria contra un servidor público, ni mucho menos para edificar un auto de cargos o proferir fallo sancionatorio. Pero si se inicia, la absolución deviene como inevitable.

Sostener lo contrario conduciría a la conclusión de que siempre que se revoque una decisión, o se anule una actuación, tendría que sancionarse al funcionario respectivo, lo que repugna al propio sentido común. (...)

Estos errores deben, por supuesto, haber sido cometidos de buena fe; y los errores así cometidos no pueden ser objeto de sanción disciplinaria porque en este campo no es dable aceptar la responsabilidad puramente objetiva (artículo 13), es decir, aquella que sólo tiene en cuenta los resultados de la acción, prescindiendo por completo del elemento subjetivo (culpabilidad).

Ei día en que la potestad disciplinaria se ejerza sobre los servidores públicos por la interpretación o aplicación de la ley, la incorrecta ejecución de un procedimiento, la independencia intelectual y el postulado de la buena fe habrán concluido para siempre..."

Y el concepto de la Procuraduría Primera Vigilancia Administrativa con No. de Radicación 083-02101-2003. de fecha 24 de noviembre de 2003 señala:

"Debe tenerse en cuenta que en el intervalo transcurrido entre la resolución de reconocimiento de la indemnización y la definición del recurso de apelación, se produjo la manifestación hecha el 28 de febrero de 2003 en oficio (no legible), por el Director del Departamento Jurídico de la Gobernación del Huila, XXX a la Gerente de Aguas del Huila SA, manifestándole que a XXX se le

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

debe reconocer todo el tiempo servido al Estado, tal como lo expresa el Doctor XXX en su concepto (fl. 18).

Lo anterior, sirve para señalar que la definición de la modalidad y el tiempo de servicios prestados por el quejoso a la administración municipal de Neiva, no resultaba sencillo; de ahí, que hubo necesidad de acudir a profesionales del derecho externos, que dieron sus conceptos: unos en favor del exfuncionario y otros, que interpretaron que la administración debía cancelar únicamente la indemnización a partir de la fecha en que como empleado público ingresó a la carrera administrativa.

Sin embargo, esa materia no corresponde a la órbita de la Delegada, ni a la Procuraduría General de la Nación, sin olvidar, claro está, que el Señor XXX tiene su apoderado que ha acudido a la administración en procura de lograr una reliquidación de acuerdo a valores, que el considera son los acertados, pero se reitera que serán otras instancias las que definan quien tiene la razón.

Esa interpretación, errada o no, de manera alguna constituye falta disciplinaria, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia. Si existe equivocación, el legislador ha establecido los recursos legales, quedando al arbitrio de la parte interesada para recurrir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en orden a controvertir las decisiones que le son contrarias, teniendo en cuenta que son dependencias competentes para establecer la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos.

El poder disciplinario en manera alguna, comprende el análisis de la legalidad de las providencias, menos aún la recta o equivocada interpretación de los preceptos aplicables. Por ello, los errores cometidos por las autoridades, no configuran falta disciplinaria, sino cuando son el resultado de la conciencia y la voluntad de obrar contra derecho, porque en ninguno de los dos campos puede aceptarse la responsabilidad objetiva, es decir aquella que solo tiene en cuenta los resultados de la acción, prescindiendo por completo del elemento subjetivo, es decir, que la conducta se cometa a título de dolo o culpa...".

Por tanto, no se pueden establecer violaciones de derechos, ni incursiones en faltas disciplinarias, hasta tanto los actos administrativos respectivos no hayan sido objeto de revocatoria suspensión o nulidad, presumiéndose legales. Al respecto es atinente el concepto de la Procuraduría Primera Vigilancia Administrativa. Radicación No. 13- 138232 de 2006. 30 de enero de 2007, que dice:

"A esta parte, es oportuno traer a colación lo preceptuado en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece, que los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Por lo anterior, la presunción de legalidad de los actos administrativos consiste en suponer que todo acto administrativo ha sido expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico en procura del buen servicio público, o sea, conforme a las reglas para su creación, tanto desde el punto de vista material, es decir, en relación con su contenido, como desde el punto de vista formal, esto

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

es, en lo concerniente a sus elementos, la competencia, requisitos, trámites, oportunidad y demás aspectos sustantivos y adjetivos para la expedición de cada acto administrativo.

Luego las consecuencias prácticas de la presunción de legalidad del acto administrativo son:

- Obligatorios
- Deben ser obedecidos

Sus efectos inmediatos sólo pueden anularse o suspenderse por la autoridad competente

La carga de la prueba es del demandante.

El Consejo de Estado lo ha definido así:

"Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad", que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia" y "presunción de legitimidad". Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad, se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad" (Sentencia de la Sección Segunda, radicación N° 6264 de 17 de febrero de 1994).

Esta presunción implica, entonces, que un acto administrativo siempre debe considerarse acorde con el ordenamiento jurídico en todos los aspectos o elementos que lo conforman, esto es, que lo expidió el órgano o funcionario autorizado para ello (con competencia), con el objeto o contenido previsto en las normas superiores pertinentes y dentro del marco de las mismas, por las causales o motivos necesarios, con la forma y fines aplicables al caso.

En el caso particular materia de análisis, no es competencia de este Ministerio Público, declarar derechos o definir controversias; solo a la jurisdicción contenciosa le compete la función de definir y decidir derechos controvertidos, como así lo ha entendido el quejoso, al interponer acción de tutela para amparar derechos fundamentales quebrantados.

Como consecuencia de lo anterior, resulta irrelevante para el derecho disciplinario la conducta atribuida a los funcionarios de la administración departamental de Antioquia para la época de los hechos".

Por último, al tener en cuenta estos lineamientos, es dable considerar que el análisis no abordó el tema del dolo, contemplado desde la perspectiva de la atipicidad subjetiva, dado que los cargos no resistieron el estudio respecto del elemento normativo, por lo que no fue necesario abordar el punto al que alude la defensa; sin embargo, si se consideró la imposibilidad de abordar un control de legalidad en torno a la fundamentación normativa y argumental de los actos administrativos, por cuanto ciertamente, este aspecto no es del resorte de esta Subdirección

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

como operador disciplinario, sino de los organismos jurisdiccionales competentes, al no evidenciar una flagrante y abierta vulneración de los preceptos legales, en los términos del ilícito de prevaricato por acción.

Conclusiones y situación jurídica de los investigados

Con base en el análisis precedente, concluye este Despacho que la conducta imputada en el pliego de cargos y que fuera enmarcada dentro de la proposición jurídica completa, no cumple con rigurosidad, con los elementos constitutivos de la tipicidad del tipo penal de prevaricato por acción descrito en el artículo 413 del Código Penal, toda vez que, si bien es cierto se observa la consolidación de algunos de sus características objetivas como la presencia de un sujeto activo cualificado y de una conducta enmarcada dentro de la expedición de una resolución, el elemento normativo allí exigido no puede construirse a partir de los hechos verificados, puesto que el acto administrativo cuestionado no pueden calificarse como manifiestamente contrario a la ley.

Con relación a la situación jurídica de los investigados, una vez realizado el análisis precedente, se considera que el sujeto activo cualificado, responsable de la emisión de los actos administrativos, no era otro que el funcionario XXXX, Gestor II Nivel; 302 Grado: 02, con funciones de Jefe División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali, quien bajo tal condición y por virtud del acto administrativo de delegación, expedido por el Director Seccional Aduanas de ese entonces, mediante la Resolución No. 001 del 4 de noviembre de 2008, fue investido de la facultad de proferir actuaciones administrativas, entre ellas las de fallar revocatorias, siendo por ello que pudo suscribir y expedir como funcionario el acto administrativo cuestionado, por lo que fue a él a quien en ejercicio de la competencia discernida respondía por los efectos de sus actuaciones, acorde con la base normativa que al respecto establece el artículo 211 de la C.P. y el artículo 9 de la Ley 489 de 1998.

Bajo este contexto, las actuaciones de XXX, como el servidor que esencialmente proyectó el acto administrativo y YYYYY, como la funcionario que lo revisó, es claro que sus conductas no pueden enmarcarse dentro del concepto de violación exigible dentro del marco disciplinario, debido a que por virtud del acto de delegación, era al delegatario en calidad de titular de la atribución funcional quien corrió con la responsabilidad en la expedición de las decisiones cuestionadas.

Continuación - Resolución Número 17413-005 de 31 de enero de 2014, por la cual se profiere fallo de primera instancia en el Expediente Administrativo Disciplinario No. 1704-01-2012-160.

Es cierto que a dicho nivel y por virtud del artículo 26, la Ley 734 de 2002 establece respecto al concepto de autoría, que "Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función". Esto quiere decir que, no obstante, no se aplican los dispositivos amplificadores del tipo, como la coparticipación, sí se reconoce la posibilidad de un determinador, pero a quien se considera como autor.

Por ende, desde el punto de vista disciplinario cabría la posibilidad de que por lo menos el funcionario que elabora el proyecto de una resolución o decisión ilegal, llegue eventualmente a

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

determinar al titular a cometer la falta, por lo que no existiría cortapisa alguna para su vinculación a una investigación disciplinaria; sin embargo, no obstante esta aclaración, en el caso particular el acto administrativo de delegación cumplió con todos los requerimientos legales para su existencia, por lo que la decisión de Revocatoria Directa, fueron proferidas por el delegatario, en este caso el funcionario XXXX, con total autonomía y bajo su responsabilidad, en virtud al respaldo que le brindo el diferimiento de las competencias por el delegante.

Por tanto, para el caso particular, las actividades e intervenciones que en los hechos materia de investigación pudieron haber adelantado los señores XXXX y YYYY, conforme al concepto de violación planteado en el pliego de cargos, bajo esta argumentación, no son susceptibles de reproche disciplinario, por lo que la decisión jurídicamente viable respecto de ellos ha de ser la de absolverlos de los cargos que les fueron formulados.

En lo concerniente a la actuación del señor XXXX, no obstante la demostración de su condición de sujeto activo cualificado en la conducta punible objetivamente considerada, y que gracias a tal condición expidió los actos administrativos cuestionados, estos no comportaron una determinación manifiestamente contraria a la ley, como lo exige la adecuación de una conducta al punible de prevaricato por acción, con base en los argumentos expuestos en acápites precedente, por lo que la conducta imputada no resultó típica, por consiguiente, no es procedente o resulta inane abordar el análisis de los demás aspectos sustanciales como lo son el concepto de antijuridicidad (ilicitud sustancial) y el de culpabilidad, ya que mal podría el operador continuar con la valoración de la antijuridicidad respecto de un hecho que no es típico y que no decir de la culpabilidad.

Así las cosas, la decisión jurídicamente viable respecto de su situación ha de ser también la de absolverlo de los cargos imputados, amén que basado en el concepto de violación formulado en el pliego de cargos y en el análisis del aspecto o elemento normativo del prevaricato, se deduce que no incurrió con la expedición de acto en una conducta manifiestamente contraria a la ley.

En suma, no está de más recordar que el juicio disciplinario no procede frente a situaciones derivadas de la interpretación de normas, tal y como ocurre en el presente asunto; toda vez que la discrecionalidad que el servidor público tiene para interpretar la norma, siempre que lo haga de manera razonada está amparada dentro de su límite funcional, ya que la fuente de responsabilidad de acuerdo al artículo 6 de la Constitución Política, es entre otras la infracción a la ley, circunstancia que en casos de interpretación no se configura.

Para terminar, concluye en razón del análisis emprendido sobre la valoración de las pruebas allegadas al proveído, la inexistencia de contravención al principio de ilicitud sustancial contemplado en el Artículo 5 de la Ley 734 de 2002, por cuanto los señores antes señalados como servidores públicos, no se apartaron en ningún momento del cumplimiento de las obligaciones que para esa época tenían que acatar, consagradas en Artículo 7°.-de la Resolución Número 0009 de 04 de Noviembre de 2008, "Por la cual se distribuyen funciones en las Divisiones de las Direcciones Seccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales" que reza: "Son funciones de la División de Gestión de Jurídica, atendiendo la naturaleza de la Dirección Seccional además de las dispuestas en el artículo 15 de la presente

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

Resolución las siguientes: 5. Proyectar los actos administrativos que resuelvan las solicitudes de revocatoria que conforme a las reglas definidas en el artículo 40 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, sean de competencia del Director Seccional respectivo;".

OTRAS CONSIDERACIONES

Primera: Conforme a las precedentes consideraciones este Despacho encuentra razones suficientes para asentar acción preventiva encauzada a proponer de acuerdo a la competencia de la Dirección de Gestión Jurídica de la U. A. E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN o a quien desde esa dependencia se estime competente, a efectos que se disponga lo necesario para proferir o en tal caso divulgar de manera masiva, las directrices como instrucciones, memorandos u órdenes que correspondan a sus funcionarios, las cuales sirvan a éstos de guía para lograr el debido trámite de notificación de los diferentes actos proferidos por esta Entidad, específicamente los que refieran la intervención institucional como autoridad administrativa en temas relacionados con infracciones de índole cambiario como las que tratan el ingreso irregular de divisas al País, para así ofrecer mayor claridad en cuanto a la aplicación del principio de publicidad a interesados extranjeros cuya residencia se encuentra en País diferente a Colombia.

Segunda: Del análisis detallado de la presente actuación administrativa disciplinaria, se perciben sendas irregularidades que muy presuntamente podrían adentrarse dentro del campo de la impunidad, aprovechada ésta por el transcurso del tiempo, las cuales, en cierta medida, condujeron a lograr la decisión que hoy nos ocupa, conforme a lo visto en los antecedentes que preceden la actuación que fuera objeto de reproche ante esta Instancia.

No obstante lo anterior, y ante la existencia de supuestas conductas punibles que bien podrían haberse configurado, se hace indispensable compulsar copias relevantes para los propósitos de que se ocupa, de las actuaciones administrativas gestionadas dentro del proceso administrativo sancionatorio adelantado por la DIAN, así como de la actuación penal tramitada ante la Fiscalía Veinticuatro Especializada de Santiago de Cali que condujo a un Auto de Abstención de Iniciación de Extinción de Dominio con algunos de sus soportes, para ante la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, intervenga en lo de su cargo, toda vez que al parecer los hechos puestos bajo el conocimiento de este Despacho dejan en evidencia la posible existencia de una conducta penal de su competencia, pues conforme a lo revisado, tal escenario al parecer no fuere objeto de investigación penal; y además dada la autonomía que implica tanto la acción penal como la acción de pérdida de dominio.

En mérito de lo expuesto, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC,

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA a los señores XXXX, identificado con Cédula de Ciudadanía XXX, YYYY, identificado con Cédula de Ciudadanía No. XXX y ZZZZ, identificado con Cédula de Ciudadanía XXX, del cargo formulado mediante auto 17406-034 del 10 de julio de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-160

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a los sujetos procesales.

TERCERO: En firme la presente decisión, **COMUNICARLA** en la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación.

CUARTO: PROPONER como acción preventiva ante la Dirección de Gestión Jurídica de la U. A. E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN o a quien desde esa dependencia se estime competente, se sirva disponer lo necesario para proferir las directrices institucionales que correspondan que permitan guiar el debido trámite de notificación de los diferentes actos proferidos por esta Entidad como autoridad administrativa a interesados extranjeros cuya residencia se encuentra en País diferente a Colombia.

QUINTO: COMPULSAR COPIAS, de la presente actuación, y de las señaladas en el acápite de "OTRAS CONSIDERACIONES" a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE y CÚMPLASE