



EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD POR CONVICCION ERRADA E INVENCIBLE DE QUE LA CONDUCTA NO CONSTITUYE FALTA DISCIPLINARIA – Operancia

Para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible. Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura. Tampoco le puede ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley. Bajo la anterior consideración vale la pena destacar, que la conducta reprochada era totalmente evitable, en la medida en que, al demandante le correspondía estar seguro de la existencia del acto administrativo que le otorgara la competencia para suscribir la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001, es decir, debía estar atento a la suscripción del acto o adelantar las diligencias necesarias que lo llevaran a obtener la certeza de que estaba debidamente facultado para ejercer esa función y no sólo limitarse a cumplirla de manera verbal sin el lleno de los requisitos.

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

PLIEGO DE CARGOS – Expedición fuera de término. Efectos / AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACION – Expedición fuera de término. Efectos

En ese sentido, analizando el caso concreto, la Sala observa que el Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias efectivamente excedió el términos de que trata la Ley 734 de 2002 para el Auto de Apertura de Investigación y del Auto de Pliego de Cargos, pero esta circunstancia objetiva, *per se*, no limita el ejercicio de su potestad disciplinaria, o dicho de otra manera, el hecho de que se excedan los términos dispuestos para efecto de adelantar la investigación disciplinaria y la formulación del pliego de cargos, no implica que los elementos materiales probatorios allegados pierdan valor, mientras que no se exceda el término de prescripción y se respeten las garantías derivadas del debido proceso, como por ejemplo las relacionadas con la solicitud, aporte y práctica de pruebas, así como el derecho a controvertir las allegadas, entre otras.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 22

PRESCRIPCION DE LA ACCION DISCIPLINARIA – Precedente jurisprudencial vigente

La Jurisprudencia vigente en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria, es la contenida en la Sentencia proferida 23 de mayo de 2002, proferida por la Sección Segunda, Subsección 'B' del Consejo de Estado, expediente 17112, Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado, según la cual, dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad competente debe concluir la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la



sanción disciplinaria al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa. Así las cosas, como la conducta reprochada al señor Patiño Velasco no es de carácter instantáneo, sino que corresponde a una falta continuada, dado que estuvo desempeñando un cargo sin tener la competencia para ello, específicamente, hasta el 25 de octubre de 2001, y como el Jefe del Grupo de Notificaciones del Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales notificó el Fallo de Segunda Instancia el 23 de octubre de 2006, se concluye que no han transcurrido los 5 años que la Ley le confiere al Estado para investigar las faltas que por acción u omisión cometan los servidores públicos; por ende, este cargo no está llamado a prosperar.

NOTA DE RELATORIA: Mediante sentencia de 17 de abril de 2013 de la Sección Segunda, Subsección A, Sala de Conjuces, Consejo de estado, Rad. 2010-00076, Conjuce: Alvaro Escobar Enriquez, se determinó que en el término de 5 años de prescripción de la acción disciplinaria se deben proferir las decisiones disciplinarias que definen la situación del actor, resolver los recursos y notificarlos, retomando la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 23 de mayo de 2002, Rad. 2003-60442(17112), M.P., Jesús María Lemos Bustamante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E)

Bogotá D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12)

Actor: ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala en Única Instancia¹, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., interpuesta por el señor Albeiro Freddy Patiño Velasco contra la Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

¹ Mediante Auto de 23 de enero de 2013, esta Corporación admitió la demanda (folios 473 a 477).



LA DEMANDA²

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 54060 2007-03 de 17 de agosto de 2006 proferida por la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Sur Occidente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que declaró la responsabilidad disciplinaria del señor Albeiro Freddy Patiño Velasco e impuso como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 2 meses; y, 11646 de 3 de octubre de 2006 proferida por el Director General del ente demandado, por medio de la cual, al resolver el recurso de apelación, confirmó el anterior acto administrativo.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte demandada a cancelar la sanción impuesta al señor Albeiro Freddy Patiño Velasco en aras a no alterar la continuidad en la prestación del servicio; pagar con los ajustes correspondientes todos los haberes salariales³ y prestaciones⁴ dejados de percibir por el lapso en que perduró la sanción, y como indemnización, la suma de \$10.000.000; cancelar las costas y agencias en derecho; declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; y, dar aplicación a la Sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes **HECHOS**:

En el año de 2001, la Jefe Titular de la División Liquidación de la Administración Local de Aduanas de Cali, se sometió a una cirugía estética, razón por la cual, tuvo una incapacidad médica entre el 18 y el 26 de octubre de 2001. Previo a ello, el señor Albeiro Freddy Patiño Velasco, quien se desempeñaba como Jefe de Grupo de la misma División recibió una orden verbal de parte de la Administradora de la Entidad, para que asumiera la Jefatura de División durante el término de durara la incapacidad. Esta designación debía ser legalizada mediante un acto administrativo que haría la Jefatura de Desarrollo Humano.

² Visible a folios 270 a 359.

³ Incluyendo el factor grupal y las horas extras.

⁴ Valoradas aproximadamente en 2.366.000.



En virtud de lo anterior, el demandante asumió el desarrollo de funciones inherentes a la Jefatura de la División de Liquidación, entre ellas, la referente a la revisión y firma de actos administrativos, actuando bajo el convencimiento de que se encontraba ostentando el mencionado cargo. Precisó el actor que en ningún momento indagó sobre la Resolución de asignación, pues por lo general, se tramitaba una vez vencía el encargo y, en ocasiones, no se le enviaba copia directamente a él sino a su hoja de vida, por ser un acto que requiere comunicación y no de notificación.

El 28 de abril de 2003, el señor Edgar Albeiro Aristizabal presentó una queja ante la Oficina de Quejas y Reclamos de la Regional Sur Occidente, porque a pesar de que había solicitado información de la persona que había sido asignada de la Jefatura de la División de Liquidación de la Aduana de Cali, para los días 22 y 24 de octubre de 2001, se le indicó que por ser de su competencia, sería trasladada a la Administradora de Aduanas de Cali.

La Administradora de Aduanas de Cali mediante Oficio No. 588 de 5 de mayo de 2003 le contestó a la Jefe de la Oficina de Quejas de la Regional Sur Occidente que por medio del Oficio No. 8205001-1629 de 28 de octubre de 2002 se le había informado al usuario, que en el año 2001 la Jefe de la División de Liquidación era la señora María Constanza Dussan Barreiro, y además, que revisados los archivos del Despacho no se encontró ningún documento adicional sobre la incapacidad médica que tuvo ésta durante 8 días, contados a partir del 18 de octubre de 2001.

A través del Oficio No. 0247 del 14 de mayo de 2003, la Jefe de la Oficina de Quejas de la Regional Sur Occidente remitió queja disciplinaria a la División de Investigaciones Disciplinarias, para que iniciara Indagación Preliminar.

El 9 de septiembre de 2003, mediante Auto No. 54060.1001-0058 se ordenó la apertura de la Indagación Preliminar de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, esto es, por el término de 6 meses; además se indicó que una vez fuesen identificados los presuntos infractores se notificarían personalmente o en su defecto por edicto. En ese sentido, el señor Albeiro Freddy Patiño, fue notificado de manera personal el 11 de febrero de 2004.



La División Jurídica de la Administración de Aduanas de Cali⁵, remitió a la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Sur Occidente la Resolución No. 306 del 19 de septiembre de 2003, por medio de la cual se revocó, a petición de parte, la Resolución No. 163 del 22 de octubre de 2001, en la cual se había impuesto una sanción dineraria, pues carecía de competencia. Lo anterior, porque si bien es cierto la señora Dussan Barreiro gozó de una incapacidad médica durante cierto tiempo, no fue debidamente reemplazada por el demandante, en tanto no le fueron asignadas las funciones como corresponde. De esta anomalía se compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

En virtud del Auto No. 54060 1012 de 9 de febrero de 2004, el operador disciplinario decretó la práctica de pruebas documentales y testimoniales y ordenó comunicar de esta determinación a los interesados, entre ellos, al actor.

El 30 de noviembre de 2004, el Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Sur Occidente, profirió Auto de Apertura de Investigación en contra de los señores Albeiro Freddy Patiño Velasco, Lilly Londoño Avendaño, Ana Rosalba Benavides Legarda y Falya María Sandoval Higueta, para lo cual dispuso la práctica de nuevas pruebas. El actor fue notificado de esta determinación el 18 de enero de 2005.

El 20 de junio de 2005, fue formulado pliego de cargos en contra los citados señores. La notificación de este Auto al demandante se surtió personalmente el 8 de septiembre de 2005.

De manera simultánea a la investigación disciplinaria, la Fiscalía Seccional 45 de Cali conoció del presunto delito de abuso de función pública, sin embargo, el 14 de julio de 2005 decretó la preclusión de la investigación, pues se demostró la inexistencia de una conducta dolosa, en tanto que, el imputado actuó en cumplimiento de una orden verbal emanada de la Administradora de Aduanas de Cali.

El 22 de septiembre de 2005, el apoderado del demandante presentó los descargos correspondientes, y pidió la nulidad de todo lo actuado, solicitud que

⁵ El demandante no indicó qué autoridad administrativa lo remitió.



fue resuelta de manera desfavorable a través del Auto No. 54060-9999-0060 de 28 de septiembre de 2005.

El 17 de agosto de 2006, fue proferido Fallo de Primera Instancia mediante Resolución No. 540602007-03, que sancionó al actor con la suspensión del cargo por el término de 2 meses. Inconforme el señor Patiño Velasco con esta determinación, presentó recurso de apelación el 13 de septiembre de 2006, pero el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de la Resolución No. 11646 de 3 de octubre de 2006, confirmó en todas sus partes el Fallo de Primera Instancia y no accedió a las causales de nulidad propuestas.

Mediante Resolución No. 13417 de 9 de noviembre de 2006, el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hizo efectiva la sanción disciplinaria.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 29 y 209; Código Contencioso Administrativo, artículo 3; Leyes 200 de 1995, artículos 23, 27 y 29; 734 de 2002, artículos 6, 12, 18, 19, 21, 94, 97, 141, 143, 150, 156, 161, 163 numeral 6, 168 y 169.

El demandante consideró que los actos impugnados están viciados de nulidad por los siguientes cargos:

Expedición irregular del acto administrativo.

Se pretende demostrar, cómo a pesar de haber informado al Operador Disciplinario la omisión de varios términos y de solicitar la nulidad de lo actuado, el ente demandado prefirió expedir el acto administrativo sancionatorio, incurriendo con ello, en una causal de nulidad por expedición irregular del acto administrativo.



Para el efecto, se relacionaran algunas actuaciones, que de acuerdo con los términos y etapas de la Ley 734 de 2002, fueron pasados por alto:

- El vencimiento de la investigación preliminar fenecía el 9 de marzo de 2004, término dentro del cual ha debido la Administración pronunciarse, pues de lo contrario, tenía que archivarse por duda a favor del investigado.
- A pesar de que mediante Auto No. 54060.1012.0018 de 9 de febrero de 2004 se dio inicio al periodo probatorio, no se cumplió el plazo que establece el artículo 168 de la Ley 734 de 2002.
- La División de Investigaciones Disciplinarias expidió el Auto de Apertura el 30 de noviembre de 2004, existiendo con ello, una extemporaneidad en su emisión de 8 meses y 15 días hábiles.
- La evaluación de la investigación, la cual de acuerdo con el artículo 161 de la Ley 734 de 2002, es de 15 días para proferir Pliego de Cargos, se realizó de manera extemporánea.
- El Auto de Pliego de Cargos ha debido formularse a más tardar el 30 de septiembre de 2004, pero fue proferido 8 meses y 21 días después.
- Los descargos fueron presentados el 22 de septiembre de 2005, sin embargo, pese a la existencia de dilatación injustificada de la Administración en su actuación, así ésta sea extemporánea en todas sus etapas, al administrado le corresponde actuar en la fecha que la misma le diga.
- En la etapa de descargos, se solicitó de parte del apoderado del señor Patiño Velasco, la declaratoria de nulidad por la extemporaneidad en la expedición del Auto de Apertura de Investigación, la cual fue negada mediante Auto No. 54060-9999-0060 del 28 de septiembre de 2005. Debe tenerse en cuenta que en materia disciplinaria los términos son perentorios y de obligatorio cumplimiento, por lo que entonces era válido el alegato de nulidad propuesto.



- Para el 23 de septiembre de 2005, ha debido proferirse el Auto de Periodo Probatorio, no obstante, fue expedido 3 meses después.
- Dicho periodo fue cerrado anticipadamente el 31 de Enero de 2006, por lo cual, el Fallo ha debido ser suscrito el 1 de febrero de 2006.

En síntesis, transcurrieron más de 14 meses desde la apertura del Auto de Indagación y el Auto de Investigación, con lo cual se incumplieron los términos de la indagación, generando con ello, la nulidad de todo lo actuado, puesto que si se pasaba de este término por no tener certeza de la comisión de la conducta, la Administración debió cerrar la investigación con fundamento en el principio del *in dubio pro reo*, dado que los términos son perentorios tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en diversas Sentencias⁶.

Reprochable es la actuación del ente demandado cuando al conocer de la solicitud de nulidad de lo actuado, decide continuar con el yerro⁷, a pesar de conocer de la existencia de una causal de nulidad.

Tampoco es aceptable que en el Auto que niega las nulidades fundamente su determinación en la Ley 200 de 1995, pues por la fecha de los hechos solo era aplicable esta norma en lo sustancial; además, no se puede extender el término legal de las etapas procesales con el fundamento en que luego de los 6 meses cuenta con un tiempo adicional sin límite para tomar su decisión.

El período probatorio y el Fallo de Primera Instancia fueron suscritos por fuera del término legal, lo que significa, que existe una violación al debido proceso que no es saneable por ningún medio.

⁶ C-728 de 2000, C-181 de 2002 y C-036 de 2003.

⁷ El ente demandado mediante Auto No. 54060-9999-0060 del 28 de septiembre de 2005 indicó que:

"(...) Nótese que el citado artículo, no refiera o diga que, antes del vencimiento de los seis meses, el funcionario investigador del conocimiento, deba realizar pronunciamiento definitivo de la fase preprocesal. La norma si dice que las alternativas al vencimiento o si se quiere finalizado o terminado el período indagatorio (sic), son, ABRIR INVESTIGACIÓN O ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE EL EXPEDIENTE más aún, de la inteligencia del texto de dicha norma se puede concluir sin conspirar a su real sentido, que cuando dice "al vencimiento solo podrá", se está indicando sin Jugar a equívocos, las opciones de que dispone el sustanciador, en una redacción que no hace énfasis en lo pretérito sino en situaciones probables hacia futuro (...)"



Inobservancia de causales de exclusión de responsabilidad.

Debe tenerse en cuenta que el actor actuó bajo el convencimiento de ser el Jefe de dicha División, y aun así éste fuese errado, solamente hasta la apertura del proceso disciplinario es que vino a desconocérsele tal condición, porque antes nunca lo hizo la señora Londoño Avendaño.

Está demostrado en las diferentes declaraciones obrantes en el expediente disciplinario que, por un lado, era habitual que el Jefe inmediato asignara a los funcionarios obligaciones y responsabilidades de otros cargos, y por otro, la designación de la Administradora de Aduanas al señor Patiño Velasco, referente a posesionarse en una Jefatura y atender todos los asuntos relativos al empleo, debía llevarse a cabo sin que llegara acto administrativo que legalizara la designación.

También se encuentra demostrado que el demandante siempre estuvo encargado de la División de Liquidación Aduanera en ausencia de su titular, prueba de ello, es el Oficio No.684 de octubre 24 de 2001 y las Resoluciones Nos. 381 de 17 de abril de 2000, 494 de 26 de diciembre de 2000, 768 de 3 de julio de 2001 y 583 de 6 de junio de 2001, en donde la Administradora de Aduanas de Cali y la Jefe de Desarrollo Humano, asignan funciones al actor como Jefe de la División de Liquidación Aduanera de Cali.

Si bien la génesis del asunto se refiere a que no hay acto administrativo asignando funciones del 18 al 26 de octubre de 2000 al señor Patiño Velasco como Jefe de Liquidación Aduanera de Cali, también está probado, que éste actuó con el convencimiento, así fuese errado, de ostentar tal calidad.

No puede desconocerse entonces la fuerza probatoria que tienen los testimonios, en la medida en que respaldan las justificaciones del disciplinado, puesto que en ausencia del titular de la Jefatura de la División, siempre se había encargado a una persona para reemplazarla. Además, si bien el procedimiento efectuado para los encargos no era el más idóneo, ello continuó siendo parte del descuido y de la desatención.



En los Fallos de Primera y Segunda Instancia se desconoce no sólo la orden verbal, sino también la costumbre en el manejo de asignación de jefaturas, específicamente, en que el señor Patiño Velasco siempre quedaba encargado de la Jefatura. El demandante no se dedicó a indagar si el acto administrativo que lo iba a designar como Jefe temporal se había proferido, sino a responsabilizarse de las tareas que tenía a su cargo.

Para que se reproche, a título de falta disciplinaria, la actuación de Albeiro Freddy Patiño Velasco se requiere de la demostración de que actuó con conocimiento y que su proceder era violatorio de las normas positivas.

En síntesis, estas pruebas no fueron sometidas a la sana crítica ni a una evaluación imparcial de los hechos ni fueron evaluadas de manera imparcial a las peticiones de nulidad de la actuación, razón por la cual, la decisión final no podía ser otra que el archivo del expediente. Lo que indica que estos elementos probatorios “hablan” de una realidad muy distinta a la que sirvió de fundamento para los Fallos de Primera y Segunda Instancia, por lo que se puede concluir que existe una falsa motivación.

Violación del principio de gradualidad de la pena.

Como la fecha en que se cometieron los presuntos hechos objeto de investigación datan del año 2001, la norma sustancial aplicable es la Ley 200 de 1995; es así como, el inciso 2° del artículo 32 *ibídem*, estipuló que las faltas graves se sancionarán con multa entre 11 y 98 días de salario devengado al tiempo de cometer la presunta falta, o en su defecto, con la suspensión en el cargo hasta por el mismo término. Ahora bien, para la determinación de la gravedad o levedad de la falta, debe tenerse en cuenta el grado de culpabilidad, el grado de perturbación del servicio, la naturaleza esencial del servicio, la falta de consideración para con los administrados, la reiteración de la conducta y la jerarquía y mando que el servidor tenga en la respectiva institución.

El Fallador Disciplinario, tanto en Primera como de Segunda Instancia, no esgrimió de manera clara, precisa y justificada la clase y el tiempo de la sanción impuesta al demandante, consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo



de 2 meses. Lo anterior conlleva a que sea nula, pues al no contar con un sustento o motivo que la demuestre, vulnera la legalidad de la misma.

La diligencia en el ejercicio del cargo que le fue encomendado de manera verbal al actor, debe ser uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para graduar la pena. En efecto, pues desde su ingreso a la entidad desde el año 1993, ha ocupado diferentes cargos de jerarquía y responsabilidad en donde no ha tenido ninguna queja que hiciera notar alguna negligencia en el desempeño de éste.

Otro de los elementos que permiten graduar la sanción, es el referente a los motivos por los cuales actuó la persona, específicamente a si fueron nobles y altruistas; pues al observar el proceder del señor Patiño Velasco, se puede concluir que el origen de la supuesta falta es totalmente noble, como quiera que procedió con el convencimiento errado de ostentar el cargo de Jefe Encargado de la División de Liquidación de Aduanas de Calí y lo realizó buscando evacuar los expedientes y resoluciones que tenía a su cargo en términos indicados por la Ley.

Se encuentra violado el principio de proporcionalidad estipulado en el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, el cual indica que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida; así como también el artículo 163 numeral 6º *ibídem*, en la medida en que los Actos demandados no tienen una exposición motivada de los criterios que tuvo en cuenta el Fallador para determinar la gravedad o levedad de la falta.

Notificación irregular del Fallo de Primera Instancia.

El 5 de septiembre de 2006, el abogado José Orlando Gil Murillo informó a la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Sur Occidente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que renunciaba al poder otorgado en el expediente No. 5-60-2002-60, sin embargo, en el texto hizo alusión al expediente No. 5-60-2203-60. Por lo anterior, el Operador Disciplinario procedió a solicitarle al citado togado que precisara el número del expediente, pues al revisar el consecutivo no coincidía con ninguno.



El 8 de septiembre de 2006, el señor Gil Murillo precisó que el poder al que renunciaba, era el conferido por el señor Albeiro Freddy Patiño Velasco dentro del expediente No. 5-60-2003-60, además señaló, que desde el 5 de septiembre de 2006 había dejado de ser apoderado por razones particulares.

El abogado Fidel Osorno Vallejo solicitó, el 8 de septiembre de 2006, que fuese notificado del Fallo de Primera Instancia.

No es congruente que el mismo día que en se le reconoció personería para actuar al abogado Osorno Vallejo a través del Auto No. 54060-1023-14 de 11 de septiembre de 2006, fuera proferido el Auto de admisión de renuncia al señor Gil Murillo, es decir, en un mismo instante procesal se da lugar a la aceptación de renuncia de un apoderado con la condición de esperar 5 días luego de la notificación del Auto, suponiéndose entonces que el abogado Osorno Vallejo no podía actuar sino hasta el 20 de septiembre del mismo año.

La División de Investigaciones Disciplinarias, ha debido proceder a ordenar la notificación del acto administrativo al abogado Osorno Vallejo, y no persistir en comunicarle al señor Gil Murillo; por ello, se debe declarar la nulidad de la actuación por violación al debido proceso, pues el demandante fue casi obligado a presentar directamente el recurso de apelación, todo como consecuencia de no haber dirimido con exactitud, quién era el abogado facultado para interponerlo.

Prescripción de la acción disciplinaria.

Para demostrar este fenómeno, se debe tener en cuenta 2 fechas en particular, la primera, aquella por la cual se dio inicio a la designación verbal que data del 18 de Octubre de 2001; y la segunda, la numeración del acto administrativo revocado por la falta de competencia, es decir, el 22 de octubre de 2001.

Dentro del proceso disciplinario, la prescripción permite tener certeza de que a partir de su declaratoria la acción disciplinaria iniciada deja de existir. En este sentido, la necesidad de un equilibrio entre el poder sancionador del Estado, el derecho del servidor público a no permanecer indefinidamente en un proceso y



el interés de la administración en ponerle límites a las investigaciones, justifica el acaecimiento de la prescripción.

El vencimiento de los 5 años implica para las entidades estatales la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

Si el 18 de octubre de 2001, se consumó la falta disciplinaria, se puede concluir que es a partir de esta fecha en que se debe contar el tiempo para determinar si hubo o no prescripción. Como el Fallo fue notificado el 23 de Octubre de 2006, se configuró la prescripción de la acción disciplinaria.

Falta de competencia de la funcionaria que aperturó la investigación disciplinaria.

De acuerdo con los artículos 1⁸, 15⁹, 18¹⁰ y 27¹¹ del Decreto No. 1647 de 27 de Junio de 1991, es necesario que el Titular de la Jefatura de la División de

⁸ "(...) ARTÍCULO 1º. CAMPO DE APLICACIÓN. El presente Decreto regula los regímenes especiales de Administración del Personal, del sistema de planta, de la Carrera Tributaria y del Régimen Prestacional de los funcionarios que prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, así como la creación del Fondo de Gestión Tributaria.

Los aspectos no contemplados en este decreto, se rigen por las normas generales aplicables a los empleados públicos del orden nacional. (...)"

⁹ "(...) ARTÍCULO 8º. MÍNIMO DE DERECHOS Y GARANTÍAS. Las disposiciones del presente decreto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los funcionarios de la tributación.

No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo de derechos y garantías. (...)"

¹⁰ "(...) ARTÍCULO 18. REQUISITOS PARA SER DESIGNADO A UNA JEFATURA. Para ser designado en una Jefatura se requiere ser funcionario del cuerpo tributario de la carrera y estar escalafonado en los niveles y grados que a continuación se señalan:

a) Las Jefaturas de Director, Subdirector y Jefe de Oficina, sólo podrán desempeñarlas los funcionarios del Nivel Especialista que se encuentren escalafonados desde el grado 36 en adelante;

b) Las Jefaturas de Administrador Regional y Especial solo podrán ser desempeñadas por funcionarios del nivel profesional y especialista escalafonados a partir del grado 31;

c) La Jefatura de Administrador Local de Impuestos sólo podrá ser desempeñada por funcionarios del nivel profesional o Especialista escalafonados a partir del grado 27.

d) Las Jefaturas de División y Administraciones Delegadas sólo podrán desempeñarlas los funcionarios del nivel profesional, así:

En el nivel central, las Administraciones Regionales y sus sedes, así como en las Administraciones Especiales, las Jefaturas de División se proveerán designando sólo funcionarios escalafonados desde el grado 27. (...)"



Investigaciones Disciplinarias ostente por lo menos en el Grado 27 en el escalafón de la carrera administrativa del ente demandado.

Si por el contrario, el titular se encuentra en una situación administrativa como permiso, licencia, vacaciones o enfermedad, bien sea de carácter temporal o definitivo, se debe asignar a otro funcionario que cumpla con los requerimientos de dicho cargo, de manera que no puede asignarse a quien tenga el nivel jerárquico de Técnico o Auxiliar.

La Jefe (e) de la División de Investigaciones Disciplinarias, la señora Ana Patricia Castro Vinasco, para el momento en que profirió el Auto de Apertura de la Indagación Preliminar¹² no cumplía con los requisitos legales para ostentar el cargo como asignado, como quiera que solo tenía el nivel de Técnico, y no, de Profesional o Especialista.

Bajo esa consideración, se puede concluir que la encargada no gozaba de competencia para proferir la citada providencia, con lo cual se configura una causal de nulidad en contra de la investigación que se le adelantó al demandante.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN

La entidad demandada, a través de su apoderado, se opuso a las pretensiones de acuerdo con los siguientes argumentos (folios 514 a 526):

Los actos atacados están debidamente motivados conforme a las pruebas y de acuerdo con la legislación disciplinaria vigente y aplicable al caso, tal cual como se puede comprobar con un examen de los mismos.

La Corte Constitucional en su Sentencia C-37 de 1996, al referirse al tema de la eficiencia previsto en la Ley 270 de 1996, indicó que por ésta se entiende la

¹¹ "(...) ARTICULO 27. ASIGNACIÓN DE FUNCIONES. En los casos de vacancia o ausencia temporal de funcionarios nombrados o designados en una Jefatura, podrán asignarse las funciones de Jefatura a un funcionario de carrera tributaria que se encuentre escalafonado en los niveles profesional o especialista.

El funcionario de la carrera tributaria con funciones asignadas continuará devengando el sueldo del cargo del cual es titular y podrá desempeñar las funciones de su cargo y las del asignado, si así lo señala el acto administrativo correspondiente. (...)"

¹² Auto No. 54060-1001-0058.



virtud y la facultad para lograr un efecto determinado, es decir, que los Despachos Judiciales no sólo deben atender en forma diligente sus responsabilidades, sino que fallar con conocimiento y con un verdadero sentido de justicia.

Si bien, el artículo 141 de la Ley 200 de 1995 señaló como término 6 meses para proceder a abrir la correspondiente investigación disciplinaria, nótese que la norma lo que señala es que transcurrido dicho término, se puede abrir la correspondiente indagación preliminar, es decir que no sugiere un límite para el cual se pueda iniciar ésta.

Lo que si se da por entendido respecto al término de 6 meses, es que transcurrido el período de la investigación, luego de practicadas las pruebas correspondientes, pueda proferir Providencia tendiente a dar apertura formal a la investigación disciplinaria.

La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella deber obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. En efecto, la causa o motivo de los actos administrativos se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad¹³.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que las actuaciones de los funcionarios que adelantaron la investigación en contra del actor, se surtió de acuerdo a los procedimientos legalmente indicados en cuanto a las exigencias del proceso administrativo disciplinario y a las normas vigentes en el momento en que acontecieron los hechos.

El artículo 34 del Decreto No. 1265 del 13 de julio de 1.999 señaló las funciones de los Administradores Locales para ejercerlas Directamente o a través de las

¹³ Consejo de Estado, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Expediente No. 25000-23-27-000-2005-00279-01, C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.



Divisiones creadas por el mismo ordenamiento, a su turno, el artículo 39 de la Resolución 0164 de 1999 estableció que los Administradores Locales y Delegados pueden asignar funciones en caso de vacancia temporal o absoluta de algún empleo de su respectiva administración.

Entonces, la competencia en materia disciplinaria se asigna de acuerdo con la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio, el factor funcional y la conexidad. El artículo 61 de la Ley 200 de 1995, indicó que, cuando la falta sea leve, el proceso es de única instancia y el funcionario competente es el Jefe inmediato, de igual modo, cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, es al Jefe de la Dependencia o de la Regional quien le corresponderá fallarlo en Primera Instancia y la Segunda Instancia será el nominador.

La controversia gira en torno al hecho de que el actor suscribió un acto administrativo sin tener competencia, lo cual conllevó a que el acto no tuviera el efecto y el alcance que se pretendía. Esta situación implicó que fuera revocado, y en consecuencia, afectara el patrimonio del Estado en la medida en que se vio deteriorado el proceso cambiario en el cual se pretendía imponer una sanción.

Al demandante le faltó diligencia al no cerciorarse que, previo a realizar actuaciones que implicaran decisiones de fondo, debía realizar las diligencias pertinentes para el encargo del empleo. No es recibo el pretender disculpar la conducta bajo la convicción errada e invencible de estar actuando conforme a derecho por cuanto no era la primera ocasión en que actuaba como encargado.

Dentro de los criterios que sirvieron de fundamento para determinar la gravedad o levedad de la falta, según lo señalado en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, fue la conducta negligente, descuidada y con desconocimiento de las normas legales con las que actuó el actor, pues habiendo previsto lo que podría pasar, no adelantó las acciones pertinentes para cumplir en debida forma su función.

Tampoco es cierto que en el presente caso haya operado el fenómeno de la prescripción, ya que si bien es cierto el señor Patiño Velasco ejerció funciones en la Jefatura de la División de Liquidación Aduanera de Cali, entre el 18 de



Octubre de 2001 y el 26 de octubre de 2001, sin que mediara acto administrativo de comisión o designación para el ejercicio de dichas funciones (conducta continuada); también lo es que, la providencia que desata el recurso de apelación contra la Sentencia Disciplinaria de Primera Instancia, se notificó por edicto el 18 de octubre de 2006, es decir que no trascurrieron los 5 años que señala el demandante.

Finalmente en cuanto a la falta de competencia, es preciso afirmar que desde el mismo momento en que se inició la investigación, se realizó con la funcionaria competente, en este caso, por la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias Regional Sur Occidente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término probatorio, tanto el actor como la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión, con fundamento en los siguientes argumentos:

- Parte demandante (folios 537 a 555):

Observó que el ente demandado no desvirtuó las causales de nulidad que recaen sobre los actos acusados.

Al respecto, es importante precisar que en la demanda se ejemplificaron las etapas cronológicas que estipula la Ley 734 de 2002, y se indicó, cómo en cada una de ellas hubo una violación tanto a la Constitución como a la Ley Disciplinaria, en ese sentido, se puede concluir que existió una vulneración al debido proceso, por haberse proferido los actos de manera extemporánea.

Tanto en el proceso disciplinario como en el judicial, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ha obviado el convencimiento errado con el que actuó el señor Albeiro Patiño; pues si bien, no legalizó la orden verbal que recibió de parte de la Jefe de División de Liquidación Aduanera para que remplazara a la señora Constanza Dussan, no se tiene en cuenta que en más de una ocasión firmó como Jefe (e) de la División de Liquidación, sin que fuese en algún momento desautorizado.



El ente demandado tampoco esgrimió de manera clara, precisa, diáfana y justificada, el por qué de la sanción impuesta, consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 2 meses, en tanto que, sólo se limitó a expresar "*con base en las razones expuestas en la parte motiva*", con lo cual, además, se vulneró el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, que precisó que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida.

Otra de las razones que hacen anulables los actos acusados, es la indebida notificación del Fallo de Primera Instancia, como quiera que el mismo día en que fue reconocida la personería para actuar al abogado Osorno Vallejo a través del Auto de 11 de Septiembre de 2006, también fue proferido otro Auto en el que admiten la renuncia al señor Gil Murillo para seguir representando al demandante; bajo esa consideración, no se entiende cómo podían reconocer la representación sin antes haber esperado a que se ejecutoriara la terminación del primer poder.

La Jefe (e) de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Suroccidente al suscribir el Auto No. 54060-1001-0058 del 9 de septiembre de 2003, no cumplía con los requisitos legales para ostentar el cargo.

· Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (folios 557 a 560):

La Corte Constitucional en Sentencia C-728 de 21 de junio de 2000, indicó sobre el tema de los términos procesales que el lapso de los seis meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de las pruebas recopiladas durante el período de indagación, lo que permite que ese período sea utilizado íntegramente para la recopilación de pruebas; y también, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 27 de la Ley 24 de 1992¹⁴, el Ministerio Público debe inadmitir aquellas quejas que considere que carezcan de fundamento, lo que significa que la autoridad de control disciplinario bien puede concentrar su

¹⁴ Ley 24 de 1992.

"(...) Artículo 27: Para la recepción y trámite de quejas ante esta Dirección se ceñirá a las siguientes reglas:

1. Inadmitirá quejas que sean anónimas o aquellas que carezcan de fundamento. Esta prohibición será obligada para todo el Ministerio Público.
 (...)"



actividad en las denuncias en las que se observe que existe posibilidad de culminar con éxito la indagación preliminar.

Por lo que entonces, la acusación referente a que el proceso disciplinario no se realizó dentro del términos establecidos por la Ley, no está llamada a prosperar, pues dentro del proceso “(...) *el término en exceso no se decretó ni se practicó (...)*”.

Finalmente, propuso un argumento que no tiene nada que ver con el sub - lite¹⁵.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, al rendir su Concepto solicitó negar las pretensiones, de conformidad a los siguientes argumentos (folios 561 a 564):

El actor fue sancionado, en virtud al material probatorio recaudado por la Jefe de División de Investigaciones Disciplinarias Regional Sur Occidente, pruebas éstas que fueron allegadas legalmente al plenario y que tuvo la oportunidad de controvertir oportunamente. Además, se le dio la oportunidad de presentar descargos, se le resolvió el recurso de apelación, por lo que entonces, no se le desconoció el debido proceso, pues se encuentra demostrado el grado de responsabilidad del señor Patiño Velasco.

Es evidente que el disciplinado, así fuera de buena fe, usurpó funciones administrativas, en la medida en que no tenía en su poder el acto que lo acreditara como Jefe de la División Cambiaria, actuación que perjudicó pecuniariamente al Estado.

No se puede creer que el demandante actuó bajo la causal de justificación de error invisible, dada la preparación académica y la experiencia que ostentaba. Tampoco está llamado a prosperar el argumento referente a la prescripción, como quiera que la sanción se produjo dentro de los 5 años.

¹⁵ “(...) el método financiero (consignaciones versus ingresos), consiste en un análisis de la totalidad de las consignaciones que figuran a nombre del implicado versus los ingresos, en el que se concreta Si el total de las consignaciones son superiores o no a los ingresos, y si esos ingresos guardan relación de causalidad con las consignaciones. Es por lo que el hecho de que quede anualmente por concepto de recursos y usos, un saldo considerable a favor de investigado, no es razón suficiente para justificar las consignaciones controvertidas, toda vez, que se debe demostrar que esos excedentes fueron consignados. (...)”.



Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si los actos administrativos demandados suscritos por la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Sur Occidente y el Director General de la Unidad Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que declararon responsable al señor Albeiro Freddy Patiño Velasco, y en consecuencia, lo sancionaron con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 2 meses, fueron expedidos irregularmente, sin tener en cuenta las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, desconociendo la gradualidad de las penas y violándole el debido proceso.

ACTOS DEMANDADOS

- Resolución No. 54060-2007-03 de 17 de agosto de 2006, por medio de la cual la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, declaró responsable¹⁶ al señor Albeiro Freddy Patiño Velasco y lo sancionó con la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 2 meses. Lo anterior, porque se encontró demostrado que actuó de manera negligente e imprudente, al extralimitarse en sus funciones por haber suscrito, en su condición de Jefe del Grupo de Sanciones de la División de Liquidación Aduanera de Calí y sin acto administrativo que lo designara como tal, la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001, a través de la cual fue impuesta una sanción por violación del régimen de cambios al señor Edgar Albeiro Aristizabal Giraldo (folios 2 a 28).

¹⁶ De igual modo, fue declarada responsable la señora Lilly Londoño Avendaño, y en consecuencia, fue sancionada con multa equivalente a 60 días de sueldo.



- Resolución No. 11646 de 3 de octubre de 2006 proferida por el Director General de la Unidad Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien a resolver el recurso de apelación en contra del anterior acto administrativo, decidió confirmarlo integralmente, pues no logró desvirtuar la responsabilidad disciplinaria imputada (folios 29 a 70).

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- A folios 109 a 113 obran las Resoluciones Nos. 1494 de 26 de diciembre de 2000, 0768 de 3 de julio de 2001, 0583 de 6 de junio de 2001 y 17 de abril de 2000, por las cuales se asignaron al actor, las funciones del Jefe de la División Liquidación Aduanera de la Administración Local de Aduanas, mientras su titular se encontraba ausente.
- A folio 88 se observa la incapacidad que le fue concedida a la señora María Constanza Dussan Barreiro por el periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2001 y el 25 de de octubre del mismo año.
- El 9 de septiembre de 2003, la Jefe (A)¹⁷ de la División de Investigaciones de la Dirección Regional Sur Occidente, ordenó la apertura de investigación preliminar dentro del expediente identificado con el Radicado No. 85-033-03 vigía 5-60-2003-60, específicamente, porque mediante Oficio de 28 de abril de 2003, el señor Edgar Alberto Aristizabal Giraldo formuló queja por la presunta desatención a un derecho de petición por él presentado a la Dirección Regional, el 2 de octubre de 2002, puesto que no hay documento que identifique la persona que remplazó a la señora María Constanza Dussan Barreiro, a partir del 18 de octubre de 2001, por el término de 8 días, durante los cuales se encontraba con licencia de incapacidad médica (folios 71 y 72).
- El 13 de febrero de 2004, en la exposición libre y espontánea que rindiera el demandante ante el Abogado Investigador designado del ente demandado, indicó, por un lado, que firmó la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001, porque era costumbre, ante la ausencia del titular, asumir la función

¹⁷ Asignada o encargada.



de Jefe de la Unidad, porque la Titular o la Administradora se lo solicitaban; y por otro, que la firma de ese acto administrativo, así como otros que suscribió, lo hizo con pleno convencimiento del cumplimiento de la orden verbal que había recibido (folios 76 a 78).

- El 30 de noviembre de 2004, la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Dirección Regional Sur Occidente, ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en contra de los señores Albeiro Freddy Patiño Velasco, entre otros¹⁸, porque no existía acto administrativo que le asignara las funciones de Jefe de División Liquidación de la Administradora de Aduanas Local de Calí, para remplazar a la señora María Constanza Dussan Barreiro el 22 de octubre de 2001, fecha en que fue expedida la Resolución No. 163 (folios 91 a 102).
- El 20 de junio de 2005, la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias Regional Sur Occidente, resolvió formular pliego de cargos en contra de los señores Albeiro Freddy Patiño Velasco, entre otros, porque presuntamente se extralimitó al desempeñarse como Jefe del Grupo de Sanciones de la División de Liquidación Aduanera de Calí, en la medida en que, sin mediar acto administrativo que le asignara las funciones para que ejerciera este cargo, suscribió la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001, por la cual se impuso una sanción al señor Edgar Albeiro Aristizabal Giraldo (folios 147 a 164).
- El 14 de julio de 2005, la Fiscal 45 Seccional de la Unidad de Delitos en contra de la Administración Pública, profirió Resolución de Preclusión en contra del actor como quiera que no se demostró una conducta dolosa por parte de éste (folios 256 a 266).
- El 22 de septiembre de 2005, el demandante a través de su apoderado, contestó el pliego de cargos, indicando que entre el Auto de Investigación Disciplinaria y el Auto de Pliego de Cargos había transcurrido más del tiempo establecido para ello, esto es, 6 meses, por lo que solicitó la nulidad de lo actuado; y, que su actuación objeto de reproche fue bajo el

¹⁸ Lilly Londoño Avendaño, Ana Rosalba Benavides Legarda y Falya María Sandoval Higueta.



convencimiento errado e invisible de que no constituía falta disciplinaria (folios 169 a 176).

- El 28 de septiembre de 2005, la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias Regional Sur Occidente, no accedió a las solicitud de nulidad, puesto que el término de los 6 meses es para la recopilación de las pruebas, mas no, para evaluar las mismas (folios 177 a 182).
- Mediante Auto No. 54-060-1023-03 de 28 de septiembre de 2006 (sic, debió decir 2005), la Abogada Investigadora de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Dirección Regional Sur Occidente, le reconoció personería al señor José Orlando Gil Murillo para que representara al demandante dentro del proceso disciplinario que se estaba adelantando en su contra (folios 147 a 166) .
- El 31 de enero de 2006, la Abogada Instructora del Proceso Disciplinario que se estaba adelantando en contra del actor, dispuso declarar legalmente cerrado el periodo probatorio y ordenó correr traslado para los Alegatos de Conclusión (folios 186 y 187).
- El 8 de septiembre de 2006, el abogado Fidel Antonio Osorno Vallejo actuando en representación del demandante¹⁹, solicitó a la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias, Regional Sur Occidente, que lo notificara del Fallo de Primera Instancia (folios 190 a 194).
- El 11 de septiembre de 2006, la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias, reconoció personería al abogado Fidel Antonio Osorno Vallejo para que ejerciera la defensa del señor Albeiro Fredy Patiño Velasco dentro del proceso disciplinario que se estaba adelantando en su contra (folios 198 y 199). En esa misma fecha pero en Auto distinto, fue admitida la renuncia presentada por el señor José Orlando Gil Murillo como apoderado el actor (folios 200 y 201).

¹⁹ La Abogada Instructora del Proceso Disciplinario que se estaba adelantando en contra del actor le hizo saber que existía otro poder.



- El 13 de septiembre de 2006 el actor interpuso recurso de apelación en contra del Fallo de Primera Instancia, presentando los mismos argumentos que expuso en la contestación al pliego de cargos, esto es, que habían transcurrido más de 14 meses desde la apertura del Auto de Indagación Disciplinaria No. 58 de 9 de septiembre de 2003 y hasta la Apertura de la investigación Disciplinaria No. 32 de 30 de noviembre de 2004; y además, que las pruebas practicadas demuestran que actuó bajo la convicción errada e invencible de que la conducta reprochada no constituía falta disciplinaria (folios 225 a 243).
- Por medio de la Resolución No. 13417 de 9 de noviembre de 2006, el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales resolvió hacer efectiva la sanción impuesta en la Resolución No. 54060-2007-03 de 17 de agosto de 2006 (folios 253 y 254).

DEL CASO EN CONCRETO. ESTUDIO DE LOS CARGOS.

Previo a desarrollar los cargos planteados por el demandante, es pertinente afirmar que el debido proceso es una garantía Constitucional instituida a favor de las partes y de aquellos terceros interesados en una determinada actuación administrativa o judicial consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política. Esta garantía consiste en que toda persona, natural o jurídica, debe ser juzgada conforme a las leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándole principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa.

De otro lado, se puede afirmar que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por si sola la nulidad de los actos a través de los cuales se impone a un funcionario una sanción, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso.

Expedición irregular del Acto Administrativo.

El demandante aseguró que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales recayó en esta causal de nulidad al momento en que algunos de los términos



establecidos por la Ley 734 de 2002, no se cumplieron, tal es el caso, del Auto de Apertura de Investigación y del Auto de Pliego de Cargos²⁰, sin tener en cuenta que éstos son perentorios y de obligatorio cumplimiento.

Por su parte el apoderado de la entidad demandada, indicó respecto de este tema en particular, que la Ley lo que sugiere es un límite para que se puede iniciar la investigación.

Se encuentra probado que la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias ordenó la apertura de investigación preliminar el 9 de septiembre de 2003²¹, y posteriormente, el 30 de noviembre de 2004²² dispuso iniciar una investigación disciplinaria en contra del demandante, entre otros²³, por la queja que presentó el señor Edgar Albeiro Aristizabal el 28 de abril de 2003, concretamente, porque no existía documento alguno que identificara a la persona que reemplazó a la señora María Constanza Dussan Barreiro durante el tiempo en que permaneció incapacitada por el término de 8 días, a partir del 18 de octubre de 2001.

El 20 de julio de 2005, la misma autoridad administrativa, profirió Auto de Pliego de Cargos en contra del señor Patiño Velasco, pues presuntamente se había extralimitado en sus funciones de Jefe de la División de Liquidación Aduanera de Cali al suscribir la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001.

La Ley 200 de 1995, vigente para la época en que incurrió en los hechos objeto de investigación, dispuso respecto de los términos procesales lo siguiente:

*“(...) **Artículo 139º.- Fines de la indagación preliminar. La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella.***

(...)

Artículo 141º.- Término. Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses.

²⁰ De acuerdo con el artículo 161 de la Ley 734 de 2002 se tiene 15 días para proferir Pliego de Cargos.

²¹ Auto No. 54060-1001-0058 de 9 de septiembre de 2003, visible a folio 71 y 72.

²² Auto de Apertura de Investigación Disciplinaria No. 54060-1002-32 de 30 de noviembre de 2004, suscrito por la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias, Dirección Regional Sur Occidente.

²³ Lilly Londoño Avendaño, Ana Rosalba Benavides Legarda y Falya María Sandoval Higueta.



La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos: al vencimiento de este término perentorio el funcionario sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente. (...)”.

A su turno, con la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002 el 5 mayo de 2002 (Código Disciplinario Único), en relación con las etapas de apertura de la investigación y formulación de cargos, dispuso que:

*“(...) **Artículo 152.** Procedencia de la investigación disciplinaria. Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria.*

(..)

***Artículo 156.** Término de la investigación disciplinaria. El término de la investigación disciplinaria será de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura.*

En los procesos que se adelanten por las faltas descritas en el artículo 48, numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de este código, la investigación disciplinaria no se podrá exceder de doce meses. Este término podrá aumentarse hasta en una tercera parte, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos o más inculpados.

Vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reunieren los requisitos legales para ello o el archivo de las diligencias. Con todo si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular cargos, se archivará definitivamente la actuación.

(...)

***Artículo 161. Decisión de evaluación.** Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, dentro de los quince días siguientes, el funcionario de conocimiento, mediante decisión motivada, evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación, según corresponda, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 156.*

(...)”.

Es importante tener presente que de acuerdo con el artículo 29 de la misma Ley 734 de 2002, la acción disciplinaria se extingue por muerte del investigado ó por prescripción de la acción, fenómeno que opera en los términos del artículo 30, el cual prevé:

*“(...) **Artículo 30.** Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas*



instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

(...)

La potestad disciplinaria busca asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública, por tal motivo, debe ponderarse la posible vulneración del derecho al debido proceso del investigado y la responsabilidad que trata de establecerse mediante el proceso disciplinario, toda vez que éste fue instituido para la salvaguarda de la función pública como pilar del Estado Social de Derecho.

Para establecer la vulneración del derecho constitucional fundamental al debido proceso debe analizarse la situación atendiendo los supuestos de hecho y de derecho que fundan el proceso disciplinario, instituido para la protección de la función pública, en los términos del artículo 22 de la Ley 734 de 2002²⁴.

En ese sentido, analizando el caso concreto, la Sala observa que el Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias efectivamente excedió el término de que trata la Ley 734 de 2002 para el Auto de Apertura de Investigación y del Auto de Pliego de Cargos, pero esta circunstancia objetiva, *per se*, no limita el ejercicio de su potestad disciplinaria, o dicho de otra manera, el hecho de que se excedan los términos dispuestos para efecto de adelantar la investigación disciplinaria y la formulación del pliego de cargos, no implica que los elementos materiales probatorios allegados pierdan valor, mientras que no se exceda el término de prescripción y se respeten las garantías derivadas del debido proceso, como por ejemplo las relacionadas con la solicitud, aporte y práctica de pruebas, así como el derecho a controvertir las allegadas, entre otras.

²⁴ "(...) ARTÍCULO 22. GARANTÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes."



Sobre el particular, la Corte Constitucional²⁵ ha admitido que el incumplimiento del término de la indagación preliminar, no conlleva por sí mismo, a una afectación grave de las garantías constitucionales del investigado; obsérvese:

*“(...) De lo expuesto se infiere que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez. Esto es así en cuanto, frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese término hubo lugar o no a actuación investigativa y si ésta resultó relevante en el curso del proceso. Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación.
 (...)”.*

Si bien la justicia debe administrarse dentro de términos razonables -en aras de la garantía del derecho al debido proceso-; del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados, pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio de la justicia como valor superior y como principio constitucional.

De este modo, no puede alegarse que por el incumplimiento de los términos en las etapas procesales devenga indefectiblemente en el quebrantamiento del derecho al debido proceso, pues existen múltiples garantías establecidas a favor del investigado para que conozca la actuación y ejerza su derecho de contradicción.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-901/2005 de 1º de septiembre de 2005, Expediente No. T-905903, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.



Igualmente, en el presente caso no se evidencia vulneración a los derechos fundamentales del demandante, pues en el expediente se encuentra acreditado que el actor presentó el escrito de descargos, tuvo oportunidad de solicitar y aportar pruebas, nombró apoderado para que ejerciera su derecho a la defensa técnica, recurrió la decisión de primera instancia, se le notificaron todas las actuaciones, entre otros aspectos que evidencian el respeto por la normatividad tanto sustancial como procedimental, garantizando la intervención del interesado durante el transcurso del proceso desde su inicio hasta su terminación.

Es decir, que se observó el principio de objetividad durante el trámite de la actuación disciplinaria y de la búsqueda de los elementos de juicio que con criterio de razonabilidad y con pleno respeto de las garantías del sujeto disciplinado fundamentaran la decisión final a que hubiere lugar.

En ese orden de ideas, el cargo formulado por el demandante no está llamado a prosperar.

Inobservancia de la causal de exclusión de responsabilidad.

El demandante sostuvo que había actuado con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, puesto que, por un lado, era habitual que el Jefe inmediato asignara a los funcionarios obligaciones y responsabilidades de otros cargos de manera verbal, y por otro, que la designación de la Administradora de Aduanas al señor Patiño Velasco debía llevarse a cabo sin que llegara acto administrativo que legalizara el encargo.

La entidad demandada contestó a tal cargo de anulación, que no es se puede pretender disculpar la conducta bajo la convicción errada e invencible de estar actuando conforme a derecho, como quiera que no era la primera vez que actuaba como Jefe encargado y por sus conocimientos y experiencia adquirida, no le era dable haber asumido el cargo sin que existiera acto de delegación que legitimara su condición.

El artículo 28 de la Ley 734 de 2002, dispuso respecto de las causales de exclusión de responsabilidad, lo siguiente:



“(...) Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

- 1. Por fuerza mayor o caso fortuito.*
- 2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.*
- 3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*
- 4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.*
- 5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.*

6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

(...)”.(En negrilla y subrayado por la Sala)

Para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6 del citado artículo, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible.

Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura. Tampoco le puede ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley.

Vistas así las cosas, solo se puede eximir de responsabilidad cuando el ilícito disciplinario se comete de buena fe²⁶ por ignorancia invencible, requisitos estos que no se cumplen en el *sub-lite*, por cuanto tenía que cumplir con todos los

²⁶ Consejo de Estado, sentencia de 7 de febrero de 2008, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05), C. P. Dr. **Alfonso Vargas Rincón**



protocolos establecidos por la Ley para asumir las funciones en encargo del Director de la División de Liquidación de la Administración Local de Cali.

Precisamente, “(...) el cumplimiento de funciones públicas implica la asunción de cargas especiales²⁷ (...), de allí que todo servidor público esté sometido no solo al imperio de la Ley sino a un catálogo de deberes y prohibiciones, a más de un régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, con lo que se pretende evitar la extralimitación en el ejercicio de funciones públicas y preservar la igualdad material que debe imperar en un Estado Social de Derecho.

Bajo la anterior consideración vale la pena destacar, que la conducta reprochada era totalmente evitable, en la medida en que, al demandante le correspondía estar seguro de la existencia del acto administrativo que le otorgara la competencia para suscribir la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001, es decir, debía estar atento a la suscripción del acto o adelantar las diligencias necesarias que lo llevaran a obtener la certeza de que estaba debidamente facultado para ejercer esa función y no sólo limitarse a cumplirla de manera verbal sin el lleno de los requisitos.

Ahora bien, se encuentra probado, en virtud de las Resoluciones Nos. 1494 de 26 de diciembre de 2000, 0768 de 3 de julio de 2001, 0583 de 6 de junio de 2001 y 17 de abril de 2000²⁸, que el actor en efecto había sido encargado de la citada División en varias oportunidades en remplazo de la señora Dussan Barreiro, los cuales se expidieron de manera previa a la fecha en que debía atender el encargo, lo que indica, que no era una “costumbre” que primero ejerciera se posesionara del encargo y luego se profiriera el acto de asignación de funciones.

Entonces, no es factible creer que el señor Patiño Velasco actuó bajo la convicción errada e invencible, puesto que, primero, el error era totalmente evitable y dominable, siempre y cuando hubiese sido precavido; segundo, estaba obligado a conocer la ley, en razón a que no puede invocarse su

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁸ Visibles a folios 109 a 113.



ignorancia como excusa ni realizar interpretaciones ajenas, como quiera que existen una serie de disposiciones que regulan las actuaciones de los funcionarios públicos; y por último, ya en varias oportunidades había ejercido el cargo de Jefe a título de encargo, mediando acto administrativo.

Gradualidad de la sanción.

Sobre este cargo, alegó el actor que los Operadores Disciplinarios de Primera y Segunda Instancia, no esgrimieron la clase y el tiempo de la sanción impuesta, consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo de 2 meses, y que no se tuvo en cuenta la diligencia con la que había actuado en el ejercicio del cargo que le fue encomendado de manera verbal.

En lo que respecta a la calificación de las faltas y dosificación de la sanción, el artículo 24 de la Ley 200 de 1995 señala que las faltas disciplinarias son leves, graves y gravísimas, en tanto que el artículo 27 establece los criterios para determinar si la falta es leve o grave en los siguientes términos:

“(...) Artículo 27. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta.- Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

- 1. El grado de culpabilidad.*
- 2. El grado de perturbación del servicio.*
- 3. La naturaleza esencial del servicio.*
- 4. La falta de consideración para con los administrados.*
- 5. La reiteración de la conducta.*
- 6. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.*
- 7. La naturaleza y efectos de la falta, las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinantes teniendo en cuenta entre otros, los siguientes criterios:*
 - a) La naturaleza de la falta y sus efectos se apreciarán según la trascendencia social de la misma, el mal ejemplo dado, la complicidad con los subalternos y el perjuicio causado;*
 - b) Las modalidades y circunstancias de la falta se apreciarán teniendo en cuenta su cuidadosa preparación, el grado de participación en la comisión de la misma y el aprovechamiento de la confianza depositada en el agente;*
 - c) Los motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles o por nobles o altruistas.*
 - d) La demostrada diligencia y eficiencia en el desempeño de la función pública;*
 - e) Haber sido inducido por un superior a cometerla;*



- f) Confesar la falta antes de la formulación de cargos;
- g) Procurar, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado, antes de que le sea impuesta la sanción;
- h) Cometer la falta en estado de ofuscación originando en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, comprobada debidamente.”

Por su parte, el artículo 23 del Código Disciplinario Único, dispone:

“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.”. (Resalta la Sala).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 42 del Código Disciplinario Único, las faltas se clasifican en gravísimas, graves y leves. A su turno, el artículo 44 estableció las sanciones para cada clase de **falta**, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las **faltas** gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
 2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las **faltas** graves dolosas o gravísimas culposas.
 3. Suspensión, para las **faltas** graves culposas.
 4. Multa, para las **faltas** leves dolosas.
 5. Amonestación escrita, para las **faltas** leves culposas.
- (...).” (Resalta la Sala).

Respecto de los criterios para la graduación de la sanción, observa la Sala que en los Fallos Disciplinarios de Primera y Segunda Instancia, la entidad demandada motivó suficientemente la decisión de sancionar al señor Patiño Velasco, pues para graduar la sanción tuvo en cuenta el grado de culpabilidad (dolo) y el grado de perturbación consistente en lo siguiente²⁹:

“Grado de culpabilidad: Es evidente en el caso que no ocupa la naturaleza de culpa grave atribuida al disciplinado, esencialmente por la

²⁹ Folio 21.



actitud pasiva del funcionario al considerar como suficiente un encargo de forma verbal proviniendo de su Jefe Inmediata, así mismo el comportamiento indiferente que asumió el funcionario Patiño Velasco, una vez tiene conocimiento de que su encargo no fue debidamente legalizado y por tanto las Resoluciones por él expedidas carecían de eficacia y validez a la vida jurídica, situaciones que reúnen los elementos generadores de la culpa, como son negligencia, descuido, desatención, desinterés, que demostró la indiferencia y pasividad con el trámite de su asignación.

Se deduce en este caso, que la conducta del señor Patiño Velasco, fue negligente, descuidada y con desconocimiento de las normas legales, actuó sin haber previsto el resultado de su omisión, pudiendo haberlo previsto o cuando habiéndolo previsto no adelantó las acciones pertinentes para cumplir en debida forma su función.

El Grado de perturbación: Demostrado con las probanzas allegadas y el análisis efectuado en la parte considerativa de esta providencia. Como consecuencia de la actitud pasiva del señor Patiño, y el procedimiento, irregular en la suscripción de la Resolución No. 163 del 22 de octubre de 2001 mediante la cual imponía sanción por violación a lo establecido en los reglamentos y por tal razón mediante Resolución No. 306 de septiembre 19 de 2003, la División Jurídica Aduanera de Calí argumentó invalidez e ineficacia de la Resolución proferida por el señor Patiño Velasco, situación que perjudicó gravemente la acción fiscalizadora de la Entidad y la Protección del Orden Público económico nacional. (...)

Visto lo anterior, es evidente que al actor le fueron expuestas las razones de la sanción impuesta, entre ellas, la actitud descuidada y negligente con la que actuó el actor al posesionarse de un empleo sin que previamente hubiese suscrito el acto de encargo, pues en razón a ello, la entidad dejó de recibir \$14.459.100 que se le impuso al señor Edgar Albeiro Aristizabal Giraldo a través de la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001 por violación al régimen de cambios; adicionalmente, se le indicó que la falta cometida era grave a título de culpa, precisamente por haber actuado de manera imprudente; y finalmente, se estableció que de conformidad al artículo 32 de la Ley 200 de 1995, este tipo de conductas sería sancionable hasta con 90 días de salario ó con la suspensión en cargo desempeñado.

Luego entonces, la graduación de la falta estuvo debidamente sustentada, y por esta razón, esta censura tampoco está llamada a prosperar.

Notificación irregular del Fallo de Primera Instancia.



Alegó el señor Patiño Velasco que la División de Investigaciones Disciplinarias, ha debido proceder a ordenar la notificación del Fallo de Primera Instancia al abogado Osorno Vallejo, y no al señor Gil Murillo.

Respecto de este cargo se debe tener en cuenta, que mediante Auto No. 54-060-1023-03 de 28 de septiembre de 2006, la Abogada Investigadora Designada de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Dirección Regional Sur Occidente, le reconoció personería al señor José Orlando Gil Murillo para que representara al demandante dentro del proceso disciplinario que se estaba adelantando en su contra³⁰.

Posteriormente, por medio de la Resolución No. 54060-2007-03 de 17 de agosto de 2006, la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, declaró responsable al señor Albeiro Fredy Patiño Velasco y lo sancionó con la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 2 meses. Este acto fue notificado por edicto el 6 de septiembre de 2006.

El 8 de septiembre de 2006, el abogado Fidel Antonio Osorno Vallejo, en virtud del poder que el demandante le había otorgado ese mismo día³¹, solicitó a la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias, Regional Sur Occidente, que lo notificara del Fallo de Primera Instancia; sin embargo, la Abogada Instructora del Proceso Disciplinario, le hizo saber que existía otro poder.

El 11 de septiembre de 2006, la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias, reconoció personería al abogado Osorno Vallejo para que ejerciera la defensa del señor Patiño Velasco dentro del proceso disciplinario que se estaba adelantando en su contra; en esa misma fecha pero en Auto distinto, fue admitida la renuncia presentada por el señor José Orlando Gil Murillo como apoderado el actor.

Finalmente el 13 de septiembre de 2006, el demandante interpuso recurso de apelación en contra del Fallo de Primera Instancia.

³⁰ Folios 190 a 194.

³¹ Información tomada del Auto No. 54060-1023-14 de 11 de septiembre de 2006.



Visto el anterior recuento se puede concluir que el Fallo de Primera Instancia fue notificado por edicto el 6 de septiembre de 2006, el cual fue desfijado el 8 de septiembre del mismo año, es decir que tenía plazo, como en efecto ocurrió, hasta el 13 de septiembre de 2006 para interponer el recurso de apelación.

En esas condiciones, para la Sala es evidente que en ningún momento el actor estuvo desprotegido de su derecho de defensa, como para que afirme, que por este hecho se tengan que anular los actos cuestionados, dado que es claro que para el 11 de septiembre de 2006, le fue reconocida la personería y admitida la renuncia a los abogados Osorno Vallejo y Gil Murillo, respectivamente.

Sobre el particular es preciso recordar, que la falta de defensa técnica no es un presupuesto *sine quanon* del ejercicio de la potestad sancionadora en materia disciplinaria, puesto que ésta la puede ejercer el propio investigado; al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-328 de 2003, expresó:

“(...) La exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se tiene siempre que extender a otro tipo de procesos, aunque el legislador puede en ejercicio de su potestad de configuración extenderla. Es así como en la sentencia C-131 de 2002³² la Corte resolvió declarar exequible una expresión del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que establecía que la defensa técnica del implicado en un proceso de responsabilidad fiscal era facultativa.³³ En esta sentencia, la Corporación consideró que el artículo 29 de la Constitución no ordena la defensa técnica en procesos que no son de naturaleza penal.

(...)

Por lo tanto, no es contrario al artículo 29 de la Constitución que la ley deje a la libre determinación del sujeto disciplinado si desea o no ser representado por un abogado (...).” (Resalta la Sala).

En esas condiciones, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

³² MP Jaime Córdoba Triviño.

³³ Los enunciados acusados en dicha ocasión son los subrayados a continuación. **“Artículo 42 de la Ley 610 de 2000. Garantía De Defensa Del Implicado.** Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.”



Prescripción de la acción disciplinaria.

El señor Patiño Velasco consideró que como el 18 de octubre de 2001 se consumó la falta disciplinaria, la acción disciplinaria prescribió si se tiene presente que el Fallo de Segunda Instancia fue notificado el 23 de Octubre de 2006.

Este fenómeno, es un mecanismo de orden público en virtud del cual, por el vencimiento del término legalmente previsto para tal fin, cesa la potestad del Estado para imponer una sanción, en este caso de carácter disciplinario; a la vez que constituye una sanción frente a la inactividad de la administración, también tiene conexión esencial con el derecho del procesado a que se le defina su situación jurídica en un término determinado, puesto que si quedara sujeto en forma indefinida a una imputación, vulneraría el debido proceso previsto en el artículo 29 Superior³⁴.

Previo a determinar si en el presente caso se configura tal fenómeno, se efectuará un recuento de la Jurisprudencia que esta Corporación ha tenido sobre el particular.

La prescripción de la acción sancionatoria ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de las Salas que integran el Contencioso Administrativo y de ésta misma que al conocer del asunto por importancia jurídica y en orden a unificar los diferentes criterios emitió el pronunciamiento al que más adelante se referirá esta decisión y que corresponde a la Jurisprudencia actualmente vigente.

Tesis de la Subsección 'B' en relación con la prescripción de la acción sancionatoria.

³⁴ Véase en este sentido la Sentencia C-556 de 2001 proferida por la Corte Constitucional, Magistrado Ponente, Dr. Álvaro Tafur Galvis.



Mediante Sentencia de 23 de mayo de 2002³⁵, esta Sala precisó que dentro del término de cinco (5) años que establece la Ley para la prescripción de la acción disciplinaria, la autoridad competente tenía no solo que tramitar la acción, sino imponer la sanción, lo cual significa que los recursos interpuestos debían estar resueltos en los términos establecidos en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

La Sentencia citada resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la que dictó el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 20 de junio de 1997, que denegó las pretensiones de la demanda del Brigadier General Álvaro Hernán Velandia Hurtado, tendientes a que se declarara la nulidad de las providencias mediante las cuales la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos lo destituyó del cargo de Comandante del Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia del Batallón Charry Solano, por el conocimiento y aprobación de la retención, desaparición y posterior homicidio de la señora Nidya Erika Bautista.

En aquella oportunidad esta Sala observó que en el Fallo de Primera Instancia el Tribunal consideró que no había operado la prescripción, por cuanto el comportamiento omisivo del Coronel Velandia fue indefinido en el tiempo, tesis que esta Sala no compartió por considerar inaceptable el criterio de la imprescriptibilidad y la posibilidad de que las faltas disciplinarias pudiesen ser investigadas en cualquier tiempo; en cambio sí manifestó estar de acuerdo con la afirmación de la Procuraduría, consistente en: *“(...) por tratarse de una conducta de ejecución permanente, que implicaba un constante o prolongado ocultamiento de la víctima y genera una situación de incertidumbre sobre su paradero, sólo en la medida en que la persona apareciera viva o muerta empieza a contarse término alguno de prescripción”*, razón por la cual, aun cuando la desaparición forzada de Nidya Bautista se produjo el 30 de agosto de 1987, sólo cuando se identificó su cadáver, el 26 de julio de 1990, comenzó a contar el término de prescripción de la facultad sancionatoria. Al respecto esta Sala manifestó:

³⁵ Sentencia de 23 de mayo de 2002, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado. Expediente No. 17112.



*“(...) En el caso de análisis, como ya se relató, la decisión era de única instancia pero estaba sujeta a recurso de reposición y **debió concluirse la actuación antes del 26 de julio de 1995.***

*El asunto se definió en tiempo por la Resolución N° 13 de 5 de julio de 1995 pero esta fue recurrida y la decisión del recurso se **tomó por Resolución N° 16 de 19 de julio de 1995, todavía en tiempo, pero como no se notificó en debida forma,** los interesados interpusieron acción de tutela, en protección de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, que les fue favorable, **razón por la cual la sentencia sólo quedó ejecutoriada el 25 de agosto de 1995, vencido el término de prescripción.** (...)” (Destacado fuera de texto).*

Significa lo anterior que la Resolución No. 16 de 19 de julio de 1995 quedó ejecutoriada por fuera del período quinquenal de prescripción y, en consecuencia, cuando la Procuraduría Delegada impuso al actor la sanción de destitución había perdido competencia para sancionarlo.

Tesis de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en relación con la prescripción de la acción sancionatoria.

Contra la Sentencia referida en el aparte precedente, dictada por esta Sala el 23 de mayo de 2002, la Procuraduría General de la Nación [Entidad demandada], interpuso recurso extraordinario de súplica, el cual no fue resuelto por la Sala Transitoria de Decisión Segunda ‘B’ a quien competía, sino por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en tanto aquella consideró que por la importancia jurídica del tema a definir, tratado indistintamente por las Secciones, a ésta correspondía decidir.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo infirmó la Sentencia dictada por esta Subsección el 23 de mayo de 2002 y confirmó la proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 20 de junio de 1997 que denegó las pretensiones de la demanda.

La Sala Plena consideró necesario unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, en razón a que ese fue el motivo para que el proceso fuese llevado por importancia jurídica a esa Sala y procedió a explicar las razones por las cuales consideró que la tesis de recibo y que debía imperar era la que proclamaba que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación



administrativa, esto es al expedir y notificar el acto administrativo principal, que, en su sentir, corresponde al que resuelve de fondo el proceso disciplinario, el que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria y en el cual se concreta la expresión de voluntad de la Administración.

En la Sentencia que unificó la Jurisprudencia relativa a la prescripción de la acción sancionatoria, la Sala Plena expuso:

*“(...) Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto **sancionatorio principal** no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada “vía gubernativa” queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.*

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se ‘impone’ la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

*En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento **al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa.***

Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto



administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria³⁶ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Acción de Tutela contra la providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

El señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado consideró que la Decisión de 29 de septiembre de 2009, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, violaba sus derechos de igualdad, al debido proceso y de acceso a una recta y cumplida administración de justicia, razón por la cual intentó la Acción de Tutela ante el Consejo Superior de la Judicatura y habiendo sido remitida por competencia a esta Corporación (D. 1382/00 y AC. 031/002 y 55/03 Sala Plena del Consejo de Estado) fue repartida a la Subsección 'A', de la Sección Segunda, cuyos miembros se declararon impedidos y, previa aceptación de los impedimentos, fueron separados del conocimiento del asunto y reemplazados por Conjueces.

El procedimiento de la aludida acción constitucional culminó con la Sentencia de 1° de marzo de 2011, mediante la cual la Sala de Conjueces revocó el Fallo de 29 de septiembre de 2009, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación y declaró en firme la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección 'B', de 23 de mayo de 2002.

Posteriormente, mediante proveído de 19 de mayo de 2011, la misma Sala de Conjueces resolvió un incidente de nulidad formulado por el Ministerio de Defensa Nacional quien adujo no haber sido notificado como parte interesada en el proceso de tutela; el proveído citado negó "la prosperidad de las nulidades propuestas".

³⁶ Sentencia de 29 de septiembre de 2009, M. P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S). Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado.



Por Auto de 27 de marzo de 2012, proferido en Sala Unitaria de la Sección Cuarta, decidió de oficio declarar la nulidad de todas las actuaciones surtidas en la Acción de Tutela que se viene comentando, a partir del auto admisorio proferido el 6 de julio de 2010, por la Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjuces y en consecuencia ordenó rehacer el trámite del proceso de tutela, previa notificación al Representante Legal del Ministerio de Defensa Nacional, así como a todas las personas naturales o jurídicas que puedan resultar afectadas con el resultado de la misma.

Contra la última de las decisiones referidas, el señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado interpuso recurso ordinario de súplica, que fue decidido por la Sección Cuarta mediante Auto de 2 de agosto del año en curso, en el sentido de confirmar el auto de 27 de marzo de 2012 y devolver el expediente a la Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjuces del Consejo de Estado, para lo de su competencia.

Finalmente la Sala Contenciosa, Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjuces, mediante Sentencia de 17 de abril de 2013, tuteló los derechos fundamentales del actor al debido proceso y derecho de defensa, para lo cual revocó la Sentencia de 29 de septiembre de 2009, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resolvió el recurso extraordinario de súplica dentro del expediente 2003-00442-01, actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado; y en lugar dispuso dejar en firme la Sentencia de 23 de mayo de 2002, proferida por la Sección Segunda, Subsección 'B', teniendo en cuenta la siguiente fundamentación:

- 1. "La sola notificación del Fallo Disciplinario de Única Instancia sin la observancia de lo previsto en el Código Contencioso Administrativo en lo relativo al agotamiento de la vía gubernativa y firmeza de los actos, constituye una vía de hecho por defecto material por desconocimiento del debido proceso.*
- 2. Afirmar que a partir de la notificación de la decisión inicial [Fallo de Única Instancia de 29 de septiembre de 2009] a través de la cual se impuso una sanción disciplinaria recurrible, es que debe contabilizarse el término de prescripción contradice lo previsto en el artículo 6° de la Ley 13 de 1984 en concordancia con los artículos 26 y 27 del Decreto 3404 de 1983, 64 del C.C.A.*
- 3. Lo anterior, porque dentro de los procedimientos administrativos, la*



presentación del recurso [en el presente caso de reposición] impide la ejecutoria y obligatoriedad del acto, pues tal reposición no podría concederse en efecto devolutivo en vía gubernativa.

4. En esas condiciones, no es aceptable que la simple notificación de la decisión primigenia recurrible en proceso de ejecutoria, desvirtúe la presunción de inocencia de la que goza el disciplinado y con ello, se interrumpa la prescripción.

5. Por lo anterior no puede declararse impuesta la sanción disciplinaria y terminado el proceso disciplinario, antes de que éste realmente concluya con la plenitud de las formalidades legalmente establecidas para su trámite. (...)

Del anterior recuento, se concluye que la Jurisprudencia vigente en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria, es la contenida en la Sentencia proferida 23 de mayo de 2002, proferida por la Sección Segunda, Subsección 'B' del Consejo de Estado, expediente 17112, Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado, según la cual, dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad competente debe concluir la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la sanción disciplinaria al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa.

Al ser la anterior decisión el precedente jurisprudencial vigente en relación con el cómputo del término de prescripción de la acción disciplinaria, la Sala resolverá el cargo con fundamento en la Sentencia de 19 de abril de 2013, previamente citada.

Así las cosas, como la conducta reprochada al señor Patiño Velasco no es de carácter instantáneo, sino que corresponde a una falta continuada, dado que estuvo desempeñando un cargo sin tener la competencia para ello, específicamente, hasta el 25 de octubre de 2001³⁷, y como el Jefe del Grupo de Notificaciones del Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales notificó el Fallo de Segunda Instancia el 23 de octubre de 2006, se concluye que no han transcurrido los 5 años que la Ley le confiere al Estado para investigar las faltas que por acción u omisión cometan los servidores públicos; por ende, este cargo no está llamado a prosperar.

³⁷ Fecha en que culminaba la incapacidad; Certificado visible a folio 88.



Falta de competencia de la funcionaria que apertura la investigación disciplinaria.

Sobre este cargo alegó el demandante que la Jefe (e) de la División de Investigaciones Disciplinarias, la señora Ana Patricia Castro Vinasco, para el momento en que profirió el Auto de Apertura de la indagación preliminar³⁸ no cumplía con los requisitos legales para ostentar el cargo como asignado, pues era necesario que tuviera por lo menos el Grado 27 en el escalafón de la carrera administrativa del ente demandado.

Sin embargo, para la Sala no es posible determinar si tal afirmación es cierta o no, pues el actor no arrió al plenario las pruebas que demuestren que en efecto la persona que emitió el Auto de Apertura de Investigación Disciplinaria no contaba con los requisitos necesarios para ello, entre ellos, el Acto de nombramiento.

El actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos acusados, ni se acreditó alguna causal que los vicie de nulidad, razón por la cual no pueden prosperar las súplicas de la demanda. En síntesis, al no configurarse los cargos formulados por el demandante y al mantenerse la presunción de legalidad de las decisiones disciplinarias, la Sala denegará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Albeiro Freddy Patiño Velasco contra la Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

³⁸ Auto No. 54060-1001-0058, visible a folios 71 y 72.



REF: EXPEDIENTE No. 110010325000201200888 00
No. INTERNO: 2728-2012.
ACTOR: ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO.
AUTORIDADES NACIONALES

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y UNA VEZ EN FIRME ESTE PROVEÍDO,
ARCHÍVENSE LAS PRESENTES DILIGENCIAS. CÚMPLASE.**

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE