

## **PRESCRIPCION DE LA ACCION DISCIPLINARIA – Conteo del término para faltas instantáneas y continuadas**

Los cinco años de prescripción de la acción disciplinaria se comenzarán a contar para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, en las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto, y se interrumpe con la debida notificación al disciplinado de la providencia que defina la situación jurídica. Ahora bien, sobre si estaba o no prescrita la acción, la Sala debe señalar que de acuerdo a las normas citadas y a la jurisprudencia vigente de Sala Plena, por tratarse de una conducta continuada que se verificó a lo largo de los años 1995 a 1999, la prescripción empieza a contarse desde el 1 de enero de 2000 y se interrumpe con la decisión primigenia dictada el 30 de diciembre de 2003 y notificada personalmente el mismo día, inclusive la decisión que resolvió el recurso de apelación que fue proferida el 6 de agosto y notificada por edicto desfijado el 24 de agosto de 2004, fueron emitidas dentro de los 5 años previstos en la ley disciplinaria, por lo que el reproche será negado. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el conteo del término de la prescripción de la acción disciplinaria ver sentencia de 29 de septiembre de 2009, Sala Plena del Consejo de Estado, C.P., Susana Buitrago Valencia, Rad. 2003-00442-01.

**FUENTE FORMAL:** LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 34 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 30

## **INDAGACION PRELIMINAR – Cuando se supera el término legal de seis meses no se invalida lo actuado**

La etapa de la indagación preliminar es eventual y se usa para establecer la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva de falta disciplinaria y para identificar e individualizar el autor o autores. El artículo 141 de la Ley 200 de 1995 fue objeto de análisis de constitucionalidad en la sentencia C-728 de 2000, lo mismo que el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 –C-181 de 2002-, en cuyas decisiones destacó la lata corte que era posible superar el término de los 6 meses solo para evaluar las pruebas siempre y cuando se hubieren recopilado o decretado en la indagación.

**FUENTE FORMAL:** LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 14 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 150

## **PRINCIPIO NON BIS IN IDEM PROCESOS DISCIPLINARIOS – Naturaleza. Extensión. Contenido. Finalidad. Exigibilidad**

Atendiendo la regulación constitucional y legal, la Corte Constitucional a través de distintos pronunciamientos, ha identificado aspectos relevantes del *non bis in idem*, como son: la naturaleza, extensión, contenido y finalidad, el ámbito de aplicación y la estructura, de la siguiente manera: 1) En cuanto a la naturaleza, ha señalado que tiene el carácter de principio y derecho fundamental de aplicación directa e inmediata. 2) Respecto a la aplicación, indica que comprende las diferentes etapas del proceso y no sólo la decisión final, en consecuencia se dirige a prohibir la doble investigación y juzgamiento. 3) Sobre al contenido y finalidad, advierte que en relación con decisiones definitivas que definen responsabilidad se quieren evitar nuevos debates sin otra fórmula de juicio. 4) En relación al ámbito de aplicación precisa que se aplica a los distintos campos del derecho sancionador, esto es al derecho penal delictivo, contravencional, disciplinario, correccional, punición por indignidad política (impeachment) y al régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de

investidura de los Congresistas). 5) Referente a la estructura ha denotado que no tiene carácter absoluto, por lo que su aplicación no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diferentes bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades, por tanto advierte, no impide que *“una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria”*. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre los aspectos relevantes y la exigibilidad del principio non bis in ídem, Corte Constitucional, sentencia C-478-07, C-194-05, SU637/96, C1265/05, C632/11. Del Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de agosto de 2011, Rad. 1155-08, C.P., Rafael Vergara Quintero

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29

**PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN PROCESOS DISCIPLINARIOS – No se vulnera al iniciar una investigación cuando por los mismos hechos se había archivado una investigación anterior, pues no se cumple con el requisito de la existencia de un proceso previo.**

Sostuvo la citada decisión que del análisis realizado a las diligencias practicadas que tuvo como prueba anticipada—no dice cuales pruebas sino que hace una referencia general sin detalle-, “...la mencionada queja es vaga e imprecisa, además calumniosa, puesto que no aportó serios elementos de juicios (sic) y probatorios suficientes, para endilgar responsabilidad a dicho funcionario, más aún con el buen sueldo que este devenga junto con el de su señora esposa, es viable adquirir los bienes que dice el quejoso que obtuvo el denunciado”. Con base en esos argumentos consideró que no había mérito para iniciar la investigación y por ende se inhibió y ordenó el archivo de la queja. Lo referido en el párrafo anterior evidencia que no hubo un proceso disciplinario por este anónimo toda vez que fue archivado de plano con una decisión inhibitoria, es decir, sin un pronunciamiento de fondo, de manera que no puede predicarse una ejecutoria material sino formal, lo que permite un nuevo estudio en caso de que haya elementos nuevos que considerar. En vista de lo anterior no puede afirmarse la vulneración del principio de *non bis in ídem* en tanto no se configuran los presupuestos y supuestos señalados por la jurisprudencia, habida cuenta que no se parte del requisito mínimo y elemental de la existencia de otro proceso, lo que conlleva a denegar el cargo imputado y a responder negativamente el interrogante expuesto.

**INDAGACION DISCIPLINARIA – No puede tener carácter reservado para el disciplinado. Comunicación de su inicio al disciplinado hasta el último día del término de seis meses para su realización. No vulnera necesariamente el derecho de defensa y del debido proceso**

El artículo 101 del Decreto 1073 de 1999 debe analizarse sistemáticamente en lo que se refiere al “carácter reservado”, toda vez que la reserva no puede incluir al interesado en las pesquisas porque iría en contra de sus derechos fundamentales y de lo reglado en ese mismo decreto tal y como se deriva por ejemplo del artículo 91 *ídem*. En ese orden de ideas la Sala precisará que una vez se inicia la indagación o la investigación disciplinaria se debe comunicar al interesado para que ejerza su derecho de contradicción y defensa. En el *sub lite* si bien en la parte resolutoria no dispuso la indagación preliminar contra Humberto Rojas Sánchez, era evidente que la queja que motivaba su apertura estaba relacionada con él, por lo que el objeto de la misma no sería identificar el autor sino establecer si constituía o no falta disciplinaria para luego definir el archivo de las diligencias o la

apertura de la investigación. En esa línea la administración debía comunicarle al interesado el inicio de la actuación, sin embargo en este caso, el operador disciplinario no lo hizo de manera inmediata sino el último día de vencimiento de los 6 meses dispuestos por la Ley 200 de 1996 para el trámite de la indagación, entonces, salta de bulto que existió una irregularidad al comunicarle el auto de indagación de manera tardía. La Sala puede concluir para resolver el interrogante propuesto, que si bien existió una irregularidad procesal al comunicarse al término de los 6 meses la indagación preliminar y además haberse decretado y practicado pruebas superando el mismo –como ya se indicó líneas atrás- no hubo ninguna violación del debido proceso, ni del derecho de defensa y contradicción, toda vez que: i) las pruebas decretadas al inicio de la indagación preliminar solo fueron solicitudes a las diferentes entidades cuyas respuestas llegaron incluso vencidos los 6 meses y fueron conocidas por el investigado en su oportunidad. ii) las pruebas que se decretaron y practicaron a partir de la exposición libre de Humberto Rojas Sánchez que fue ordenada desde el auto de indagación preliminar el 22 de marzo de 2000 y que surgieron de esa diligencia y de su escrito explicativo, como el concepto contable, tuvo todas las oportunidades de defensa y contradicción como en efecto la ejerció el investigado, vale decir, que él pudo en la indagación preliminar rendir su versión, pedir pruebas y contradecirlas.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1073 DE 1999 – ARTICULO 101

**ENRIQUECIMIENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO – No valoración de pruebas trasladadas del proceso penal- No vulneración del debido proceso**

En efecto, tal y como se lee de las decisiones de la Unidad Tercera de Delitos contra la Administración Pública Fiscalía Seccional 189 y de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, la investigación se adelantó por el delito de enriquecimiento ilícito y otros, y ante el control disciplinario de la DIAN se perfeccionó por el incremento patrimonial no justificado, vale decir, que uno y otro tienen elementos de tipificación diversos y por ende análisis diferentes, sumado a que el bien jurídico tutelado no es común en las dos disciplinas. En vista de lo anterior se responde de manera negativa al interrogante esbozado, habida cuenta que con las pruebas trasladadas de la Fiscalía General de la Nación se evidenció que no había un enriquecimiento ilícito más ello no probó la inexistencia de un enriquecimiento patrimonial injustificado, como sí lo hicieron las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, en consecuencia, el cargo será negado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).-

**Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00004-00(0744-11)**

**Actor: HUMBERTO ROJAS SÁNCHEZ**

## **Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

Decide la Sala la demanda interpuesta por el señor Humberto Rojas Sánchez, a través de apoderado, contra la Nación- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, al no encontrar causal que invalide lo actuado.

### **ANTECEDENTES**

El señor Humberto Rojas Sánchez en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>1</sup> solicitó la nulidad de las Resoluciones No. 10847 de 30 de diciembre de 2003 y 06860 de 6 de agosto de 2004, proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante las cuales lo sancionó disciplinariamente con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco (5) años<sup>2</sup>.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando u otro de igual o superior categoría; se le reconozca y paguen los salarios, primas, cesantías, subsidios y demás emolumentos dejados de recibir desde su desvinculación y hasta cuando sea efectivamente reintegrado; se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; que a la sentencia que ponga fin al proceso se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo y que se condene en costas a la demandada.

Basó su *petitum* en los siguientes,

### **HECHOS:**

---

<sup>1</sup> En el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo está consagrada en el artículo 138

<sup>2</sup> Folios 178-198

Manifestó el actor que es ingeniero con magíster y especialización<sup>3</sup>, que ingresó a la DIAN el 12 de diciembre de 1994 y laboró en la entidad por 10 años en cargos acordes con su instrucción y capacidad, tales como el de asesor del subdirector de comercio exterior por 24 meses, jefe de división de la misma subdirección, coordinador por parte de la Subdirección de Comercio Exterior en el diseño e implementación de la versión 2.6 de SIDUNEA en Cartagena; funcionario aduanero en la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, en la División de Control Usuarios, Grupo Zona Franca; inspector un año; y, además, recibió varias capacitaciones, como en certificación de preempaque y en certificación aduanera.

Indicó que el 15 de febrero de 1999 llegó un anónimo a la directora de la entidad titulada “gremios de depósito”, en el que sindicaban al actor de realizar conductas delictuosas. Por esta queja se le iniciaron tres procesos: uno en la Fiscalía y dos en la DIAN, uno tramitado como una queja y otro disciplinario.

En el primero de ellos, la DIAN presentó una denuncia en enero de 2000 ante la Fiscalía General, la cual terminó el 14 de diciembre de 2001 con auto inhibitorio en favor del sindicato, confirmado en segunda instancia por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 25 de abril de 2003.

En cuanto a la queja, ésta se radicó con el número 75 de 10 de mayo de 1999<sup>4</sup> que terminó con auto inhibitorio No. 077 a favor del demandante por parte de la DIAN, en la que se le acusó de los delitos de cohecho, enriquecimiento ilícito y revelación de secreto.

Sobre esta queja<sup>5</sup> hizo algunas precisiones como que: a) nunca le fue notificada, solo conoció de ella y su decisión, el 19 de noviembre<sup>6</sup> cuando llegó por correo; b) que dos meses anteriores a esta fecha, la DIAN le había contestado un oficio indicándole que no era sujeto de investigación por la queja citada, lo cual resultó

---

<sup>3</sup> No hizo referencia en que disciplina.

<sup>4</sup> La queja fue de 16 de febrero de 1999 y resuelta el 10 de mayo del mismo año, según folio 183 de la demanda.

<sup>5</sup> En el hecho 9-A de la demanda

<sup>6</sup> Sin año, pero entiende la Sala que fue en el 2004.

ser falso; c) la DIAN lo investigó desde febrero de 1999 y no desde diciembre del mismo año, lo que indica que el tiempo que se tomó para la etapa preliminar fue de dos años, cuando la norma permitía solo seis meses; y d) el auto inhibitorio que se expidió con ocasión de esta queja, nunca fue mencionado en el expediente que decretó la destitución.

El tercer proceso fue uno disciplinario que se inició con indagación preliminar el 11 de febrero de 2000, comunicada el 11 de agosto del mismo año. En ese trámite adujo el demandante, la DIAN le vulneró el debido proceso porque desconocieron las pruebas trasladadas de la Fiscalía, el auto inhibitorio ya proferido, se consignaron afirmaciones alejadas de la realidad y tampoco se tuvo en cuenta el tiempo de los hechos para aplicar la prescripción; además, por el mismo suceso se le investigó dos veces.

Aseguró que a partir del anónimo sufrió persecución laboral, fue desmejorado en sus funciones desaprovechando sus años de experiencia y capacitación y perdió la oportunidad de concursar, pues carecía de experiencia en el área de impuestos, dependencia a la que fue trasladado.

Alegó varias irregularidades que en su sentir se presentaron durante la investigación que se dio con ocasión del anónimo, específicamente con el programa SIDUNEA 2.52 del cual estuvo encargado, las cuales se resumen así:

i) La entrega del programa la hizo mediante acta firmada a la Dirección Técnica Aduanera el 14 de diciembre de 1997, esto es, dos años antes del anónimo y siete años después de la destitución; y ii) El actor presentó un derecho de petición a la entidad el cual fue contestado en septiembre de 2001 indicándole que tal programa no era posible alterarlo o manipularlo porque no permitía realizar cruces de información y que este programa operaba con terminales brutas, es decir, no se podía manejar mediante el empleo de disquetes. Si esto era así, aseguró, las denuncias quedaban sin piso.

Otras irregularidades que consideró, se presentaron, fueron: que el 11 de febrero de 2000 se ordenó abrir la indagación preliminar y solo hasta el 11 de agosto se le comunicó; que esta misma investigación se prorrogó por 20 meses de forma arbitraria y sin cumplir el tiempo de seis meses establecido en la ley; se incorporaron pruebas durante el proceso sin auto que las ordenara y sin ponerlas en conocimiento del actor o su apoderado<sup>7</sup>; con oficio se solicitó el archivo definitivo del proceso y nunca se contestó por la administración; no tuvo en cuenta las pruebas trasladadas de la Fiscalía, en especial el peritazgo que sirvió de fundamento al auto inhibitorio del año 1999, en cuanto a la plena justificación de los ingresos del actor; y, por último, precisó que le aplicó tanto la Ley 200 de 1995 como la 734 de 2002 vulnerando el principio de la “ley natural”.

Aseguró que la persecución laboral a que estuvo sometido y la destitución de su cargo le causaron tanto a él como a su familia graves perjuicios económicos y morales.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Como normas violadas citó las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 6, 21, 25 y 29.

La Ley 200 de 1995.

De la Ley 734 de 2002, el artículo 30, 69, 90, 91, 92, 135, 142, 143, 150, 156, 171, 223, 224.

Planteó nuevamente las irregularidades que se presentaron durante el proceso, ya narradas en los hechos de la demanda, e hizo una transcripción de cada una de las normas disciplinarias para indicar que de su contenido se podía ver su vulneración.

---

<sup>7</sup> Citó las obrantes de folios 201 a 237 del cuaderno 1.

Se refirió a la infracción del artículo 69 de la ley disciplinaria que consideró vulnerado en dos ocasiones: uno con el anónimo que llegó a la entidad ya que conforme con el estatuto disciplinario los anónimos no dan lugar al inicio de investigación, y otro, cuando el actor invocó transgresión del debido proceso y la entidad no remitió el expediente al Procurador como era su deber.

Solicitó declarar la prescripción del proceso por cuanto la queja era de 15 de febrero de 1999 y la sanción de segunda instancia fue notificada por edicto desfijado el 24 de agosto de 2004, esto es, vencidos los cinco años que establece el artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones. Afirmó que si se revisan las decisiones proferidas se evidencia que cada una de las inconformidades planteadas por el investigado fueron resueltas una a una dentro del curso del proceso, para concluir que sí existió indebido provecho patrimonial y por ello era procedente la sanción<sup>8</sup>.

Propuso las excepciones de caducidad e inexistencia de la obligación con los siguientes argumentos:

i) No es cierto que el proceso disciplinario haya iniciado por un anónimo sino por la queja No. 54-1-1999-409 producto del oficio No. 50-00-001-1096 de 10 de diciembre de 1999 de la Directora General de la DIAN en el que pone en conocimiento de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la entidad el resultado de una investigación realizada por la Subdirección de Inteligencia y Policía Judicial sobre el presunto incremento patrimonial injustificado del señor Rojas Sánchez.

---

<sup>8</sup> Folios 514-527

ii) Tampoco se le vulneraron sus derechos de defensa y debido proceso por cuanto en el curso del mismo, se cumplieron todas y cada una de las ritualidades, desde los descargos en el que aportó pruebas, alegó de conclusión e interpuso todos los recursos procedentes contra las decisiones tomadas.

iii) Respecto al vencimiento de términos en la indagación preliminar, expuso que inició con auto de 11 de febrero de 2000, le fue notificado el 11 de agosto del mismo año y el auto de apertura de investigación se profirió el 9 de octubre de 2001, es decir, sí se superó el término de los seis meses establecidos en la ley disciplinaria. No obstante argumentó que la jurisprudencia ha advertido que su incumplimiento no constituye vulneración alguna de las garantías constitucionales a no ser que con posterioridad al vencimiento de dicho límite se practiquen pruebas o se desarrollen actuaciones adicionales sin la debida justificación, situaciones que no se dieron en el caso en estudio<sup>9</sup>.

iv) Sobre la valoración de las pruebas adujo que esta se hacía dentro de las reglas de la sana crítica y que dentro del proceso se estableció y el investigado no desvirtuó, que tuvo un incremento injustificado de su patrimonio en el año 1996 de \$14.896.951, en 1998 de \$20.516.310 y en 1999 de \$3.950.016, todo lo cual se hizo con el método financiero: consignaciones versus ingresos.

v) Respecto de la caducidad no hizo ningún análisis, sino que se remitió al artículo 136 numeral 2º del C.C.A.

## TRÁMITE

La demanda fue presentada el 20 de enero de 2005 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 199) quien la admitió el 18 de julio de 2005 y ordenó notificar a las partes y fijar en lista el proceso por el término de 10 días. (f. 253)

---

<sup>9</sup> Como sustento de ello citó la sentencia SU-901 de 2005

De conformidad con el Acuerdo PSAA 06-3409 de mayo de 2006, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, remitió por competencia el expediente a la Dirección Seccional de Administración Judicial con destino a los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C. (fl. 284), correspondiéndole al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá D.C., Sección Segunda (fl. 289), quien dictó sentencia el 31 de julio de 2008 (fls. 372-396).

El 6 de diciembre de 2010 (f. 485) encontrándose el proceso para decidir la apelación del referido fallo, el Tribunal advirtió que de conformidad con la providencia de unificación<sup>10</sup> de esta Corporación, en cualquier caso en donde se controvierta una sanción de destitución, el competente en única instancia es el Consejo de Estado, por lo cual ordenó su remisión.

Llegado el proceso, este Despacho con auto de 9 de diciembre de 2011 (f. 490) declaró la nulidad de todo lo actuado, desde el auto admisorio de la demanda, inclusive, y dejó a salvo las pruebas válidamente practicadas. Una vez comunicado a las partes, por auto de 6 de julio de 2012 la admitió y ordenó notificar a las partes, actuación que se surtió el 16 de octubre de 2012 (f. 504).

La demanda fue contestada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- el 6 de noviembre de 2012 (f. 514); el 17 de enero de 2013 se abrió el proceso a pruebas (f. 529) con auto que ordenó tener las practicadas, allegadas y ya controvertidas de conformidad con el artículo 146 del C. de P.C. (f. 529).

El 23 de mayo de 2013 (f. 532) se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, los cuales se anexaron por la parte actora, el 4 de julio de la misma anualidad (f. 533) y por la demandada extemporáneamente el 8 de julio (f. 541).

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

---

<sup>10</sup> Citó la sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

**El actor**, por intermedio de apoderado, reiteró los errores y las causales de nulidad en que consideró incurrieron los actos administrativos demandados en los siguientes términos<sup>11</sup>:

1. Fue sancionado anticipadamente con los frecuentes traslados de que fue objeto, a modo de acoso laboral, en 5 ocasiones en 1999, 4 en 2002 y finalmente atendiendo ventanilla en enero de 2004.

2. La competencia preferente de la Procuraduría no fue resuelta en debida forma lo que llevó a vulnerar la norma superior y a afectar la imparcialidad con que debió investigársele.

3. La carga de la prueba le fue trasladada reiteradamente al actor, siendo un deber del ente investigador.

4. Se vulneró el derecho de defensa del demandante ya que se presentaron variaciones de las cuantías establecidas en el pliego de cargos y, en la decisión final se le restó importancia a este hecho al afirmar que “resultaba irrelevante” pues el incremento patrimonial estaba demostrado.

5. Se le endilgó una responsabilidad objetiva proscrita en el ordenamiento, pues por el solo hecho de estar vinculado con el Estado la entidad se eximió de probar la intención y los deberes que se vieron afectados. Tampoco se motivó la tasación de la sanción y no se respetaron los criterios para ello como el no tener antecedentes.

**La entidad demandada**, presentó escrito extemporáneo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Folios 533-539

<sup>12</sup> Folios 541-545

## EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, emitió concepto en el que pidió denegar las pretensiones de la demanda argumentando que la actuación disciplinaria atacada cumplió con los requisitos formales y sustanciales, lo que hacía improcedente las imputaciones<sup>13</sup>.

Sobre la solicitud de caducidad, aseveró que no prosperaba ya que conforme con el Consejo de Estado, el término se cuenta a partir de la notificación del acto de ejecución de la sanción y no desde la notificación del fallo de segunda instancia.

Se refirió a las irregularidades planteadas por el actor para afirmar que, conforme a lo probado, no era cierto que la investigación procediera de un anónimo sino de un informe oficial dado por una entidad pública como fue la subdirección de inteligencia y policía judicial; que acorde con el artículo 91 de la ley disciplinaria, la entidad puede adelantar actuaciones probatorias sin vincular al presunto responsable y que, una vez identificado y notificado, éste tiene todas las facultades para ejercitar su defensa y derecho de contradicción sobre el material probatorio ya recaudado; que tampoco era cierto que cuando se exceden los términos procesales se genera una invalidez, ya que tal situación ha sido convalidado por la jurisprudencia de la Corporación.

Finalmente concluyó que, la sola manifestación de la violación del debido proceso dentro de la investigación no obliga a la entidad a suspender y remitir las diligencias al Procurador General sino que corresponde al mismo investigado acudir a dicho órgano de control para que previo análisis ordene avocar o no el conocimiento.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

---

<sup>13</sup> Folios 668-673

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado<sup>14</sup>, dado que se controvierte una sanción disciplinaria administrativa consistente en la destitución del cargo e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, expedida por una autoridad nacional como es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-.

La entidad demandada plantea 3 excepciones a saber: Inexistencia de la obligación, caducidad de la acción y la genérica. Respecto de la primera, en tanto hace el análisis sobre los cargos de la demanda se estudiará con el fondo del asunto y la última, por su naturaleza no es susceptible de análisis previo.

En cuanto a la excepción de caducidad, si bien no fue sustentada la Sala la analizará por tratarse de aquellas que en caso de prosperar da lugar a finalizar el proceso.

## Decisión

Recientemente la Sección Segunda de esta Corporación<sup>15</sup> precisó el precedente jurisprudencial en torno al tema de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en tratándose de actos administrativos disciplinarios que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio cuando se dicta un acto de ejecución para hacer efectiva la sanción disciplinaria, de la siguiente manera:

Corolario de lo expuesto y a manera de síntesis de las consideraciones precedentes, la Sala aclara los criterios para la determinación de los eventos en que sea procedente dar aplicación a la interpretación del artículo 136 del C.C.A. antes expuesta, en los siguientes términos:

---

<sup>14</sup> Mediante auto de 8 de octubre de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, la Sección Segunda precisó y consolidó la línea jurisprudencial sobre su competencia expuesta en las providencias de 12 de octubre de 2006, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado; 27 de marzo de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve; 4 de agosto de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve y 18 de mayo de 2011, M.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

<sup>15</sup> No. Interno: 1493-2012, Actor: Rafael Eberto Rivas Castañeda. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

La posición deberá ser aplicada en aquellos eventos en los que:

- i) Se controvertan actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio,
- ii) Cuando en el caso concreto haya sido emitido un acto de ejecución según lo dispuesto en el artículo 172 del C.D.U, y
- iii) Cuando dichos actos de ejecución materialicen la suspensión o terminación de la relación laboral administrativa.

Es en estos eventos en los que de conformidad con los artículos 29 y 229 de la Constitución Política y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. debe ser interpretado en el sentido en que el término de caducidad será computado a partir del acto de ejecución de la sanción disciplinaria.

En el caso bajo estudio, el acto que ejecutó la sanción impuesta al accionante por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, fue la Resolución 07588 de 27 de agosto de 2004 expedida por el Director General de la DIAN<sup>16</sup> la cual fue comunicada según consta en el sello anverso del folio 71, el 30 de agosto del mismo año; por su parte la demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2004.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que el señor Humberto Rojas Sánchez presentó la demanda objeto de estudio, en tiempo, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. y a los criterios expuestos en precedencia; por lo que la excepción propuesta se declarará no probada.

### **Problema jurídico.**

La Sala debe definir si la actuación administrativa adelantada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN que culminó con la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por 5 años impuesta al señor Humberto Rojas Sánchez en su condición de profesional, se encuentra afectada de nulidad al haber sido expedida con violación al debido proceso.

---

<sup>16</sup> Fl.70 cuaderno principal.

Para resolver el reproche la Sala deberá resolver los siguientes interrogantes:

- a) ¿La investigación disciplinaria contra Humberto Rojas Sánchez se adelantó cuando la acción estaba prescrita?
- b) ¿La prórroga de la indagación preliminar invalidó la actuación disciplinaria?
- c) ¿Se vulneró el principio de non bis in ídem al iniciar una nueva investigación cuando por los mismos hechos había sido archivada y en las mismas indagaciones se utilizó el mismo anónimo?
- d) Se transgredió el principio del debido proceso: 1. ¿Por qué no le fueron notificadas las actuaciones o lo fueron tardíamente y por consiguiente se vulneró el derecho de defensa? 2. ¿Por qué el investigador ignoró las pruebas practicadas por la fiscalía, no obstante fueron trasladadas al proceso disciplinario?; 3. ¿Porque no pudo controvertir algunas pruebas y otras fueron incorporadas sin haber sido previamente ordenadas?; 4) Existió conculcación del debido proceso porque no se resolvió la petición de archivo definitivo del expediente con base en el artículo 151 de la Ley 200 de 1995?
- e) ¿Se vulneró el principio de temporalidad al aplicar dentro del mismo proceso la ley 200 de 1995 y la ley 734 de 2002?
- f) ¿Hubo violación al poder preferente de la Procuraduría y al principio de legalidad por haber iniciado el proceso con base en un anónimo?

La Sala seguirá el siguiente esquema con el fin de resolver los problemas jurídicos: 1. Actos demandados. 2. Del proceso disciplinario. 3. El cargo propuesto de acuerdo a los interrogantes esquematizados.

### **1. Los actos demandados**

Resolución No. 10847 de 30 de diciembre de 2003 proferida por el jefe de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN, por medio de la cual declaró disciplinariamente responsable a Humberto Rojas Sánchez de obtener un incremento patrimonial no justificado durante los años 1995 a 1999, cuando se desempeñó como funcionario de la Subdirección Operativa de la Subdirección de Comercio Exterior y de la División Técnica Aduanera de la DIAN Bogotá,

imponiéndole una sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por cinco años (fs. 2-32).

Resolución No. 06860 de 6 de agosto de 2004, proferida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que confirmó la decisión anterior (fs. 34-68).

## **2. El proceso disciplinario**

Conforme se indicó en la decisión de primera instancia, el proceso inició como consecuencia de la queja No. 54-1-1999-409, producto del oficio No. 50-00-001-1096 de diciembre 10 de 1999 de la Directora General a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias<sup>17</sup>, como resultado de la investigación realizada por la Subdirección de Inteligencia de la Policía Judicial sobre el presunto incremento patrimonial injustificado del funcionario Humberto Rojas Sánchez. En ese documento concluyó que existía *“incongruencia entre lo declarado y lo que realmente existe en el patrimonio del señor HUMBERTO ROJAS SÁNCHEZ ya que algunas de sus propiedades no fueron declaradas por él. Es de anotar que algunos de los movimientos financieros (...) son considerables, el cual devenga un sueldo básico actual de \$1.489.690 (...)”*.

Mediante auto No. 043 de 11 de febrero de 2000 (f. 199 Tomo 4) el Jefe de la División de Instrucción de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias, ordenó abrir indagación preliminar *“por los hechos informados en la queja 409 de diciembre 14 de 1999”*<sup>18</sup>, actuación comunicada al actor mediante oficio No. 5400017-2633 de 11 de agosto de 2000<sup>19</sup>.

Por auto de 22 de marzo de 2000, se decretaron algunas pruebas de oficio y se ordenó oír en versión libre al investigado (f. 1139 Tomo 10), el cual se le notificó personalmente el 11 de agosto (f. 1141, vto *ídem*) y la diligencia se surtió el 17 de

---

<sup>17</sup> Fls. 1-152<sup>a</sup> del anexo de pruebas.

<sup>18</sup> A folio 1086 obra constancia de la comunicación enviada al actor en el que se le informa del auto en mención.

<sup>19</sup> Fl. 1086 del Tomo 10.

agosto de 2000 (f. 1100 *ídem*). En ella explicó la procedencia de sus bienes, negó haber viajado a Europa y confirmó la realización de dos viajes a USA por vacaciones con la familia y uno de trabajo que se surtió por comisión de servicios entre el 14 y 18 de julio de 1997 (f. 1171 *ídem*).

El 9 de octubre de 2001 mediante auto No. 145 (f. 1607 Tomo 13) el Jefe de la División Anticorrupción, Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN, ordenó la apertura de la investigación en contra del actor<sup>20</sup> por encontrar acreditado el abuso de funciones y el incumplimiento de los deberes que su cargo le imponía previstos en el artículo 40-1 y 8 de la Ley 200 de 1995, falta que consideró como gravísima al tenor de lo dispuesto en artículo 25-1 *ibídem*.

El 23 de diciembre de 2002 mediante auto No. 1018 el Jefe de la División Anticorrupción le formuló pliego de cargos al señor Humberto Rojas Sánchez<sup>21</sup>, el cual fue notificado personalmente el 2 de enero de 2003<sup>22</sup>; no obstante, estando el proceso para fallo de primera instancia y a solicitud del investigado fue declarada nula parcialmente la investigación con auto de 30 de septiembre de 2003 a partir del pliego de cargos (f. 1930)<sup>23</sup> por encontrar inconsistencia e imprecisiones aritméticas en los informes contables que llevaron a que los montos propuestos no fueran ciertos. Las pruebas practicadas conservaron su validez.

El 21 de octubre de 2003 se profirió nuevo pliego de cargos (fs. 1936-1946 Tomo 3) con una imputación específica de incurrir en la falta disciplinaria descrita en el artículo 38 de la Ley 200 de 1995<sup>24</sup>. La conducta se tipificó como gravísima al tenor del artículo 25-4<sup>25</sup> *ibídem*, con el siguiente argumento (fs. 1655-1674 *ídem*):

---

<sup>20</sup> Notificado personalmente al apoderado el 13 de diciembre de 2001 (f. 1609 Vto Tomo 13.)

<sup>21</sup> Fls. 1607-1609, Tomo 14.

<sup>22</sup> Fl. 1664 vuelto, Tomo 14.

<sup>23</sup> Notificado por estado el 6 de octubre de 2003 (fg. 1928)

<sup>24</sup> Artículo 38. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses.

<sup>25</sup> Artículo 25°.- Faltas gravísimas. Se consideran faltas gravísimas:

4. El servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial. (Numeral declarado EXEQUIBLE Sentencia C-310 de 1997 de la Corte Constitucional, bajo el entendido de que el incremento patrimonial debe ser aquél que no tiene causa justificada, o es indebido o ilícito).

Por cuanto el disciplinado, señor HUMBERTO ROJAS SÁNCHEZ, se le estableció un incremento patrimonial no justificado, durante el período investigado, en cuantía y conceptos que a continuación se relacionan:

El nivel de gastos e inversiones realizadas por el funcionario superaron su capacidad económica para el año 1995, en un VALOR DE OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NUEVE PESOS (\$8.828.009) y para el 1998 (sic) por un valor de CUARENTA Y DOS MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$42.047.665).

Así mismo para los años 1996, 1998 y 1999, emergen diferencias en lo que se refiere al valor consignado en bancos con respectos (sic) a los recursos e ingresos debidamente probados y susceptibles de ser consignados en cuantías de CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$14.896.951), TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS DIECISEIS MIL TRECIENTOS DIEZ PESOS (\$33.216.310) y TRES MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL DIECISÉIS PESOS (\$3.950.016), respectivamente.

En los descargos (f. 1947 *ídem*) aseguró el demandante que los informes contables siempre se alejaron de la verdad y para ello realizó un análisis de su realidad contable y financiera aportada para concluir que, nunca existió el incremento patrimonial endilgado sino una errónea interpretación de los peritos nombrados por la entidad. Preciso que el debido proceso era mucho más amplio que el de estar asistido por un abogado, es decir, que se extendía al derecho de tener un juicio justo en el que el juzgador busque la verdad real de los hechos, situación que no se dio, pues dentro del proceso existían unas piezas procesales traídas de la Fiscalía donde exhaustivamente se buscó un incremento patrimonial que nunca se demostró y, a pesar de ello no fueron tenidos en cuenta por el investigador. Solicitó la práctica de algunas pruebas que fueron atendidas mediante los autos Nos. 1012-38 y 1019-01 de febrero 13 de 2003 (fls. 1798 y 1802 de los Tomos 14 y 3 respectivamente).

El 2 de diciembre de 2003 (f. 2040) se cerró la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión, decisión que fue notificada por Estado No. 073 de diciembre 3 de 2003 (fl. 2042 Tomo 16).

Mediante Resolución No. 10847 de 30 de diciembre de 2003, el Jefe de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias declaró la responsabilidad disciplinaria de Humberto Rojas Sánchez y le impuso la sanción de destitución e inhabilidad por 5 años. Esta decisión fue recurrida y el Director de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la confirmó en su integridad.

### **Pruebas aportadas**

Además del trámite disciplinario adelantado contra el actor se allegaron las siguientes:

El Director de la Regional Centro y Administración Local de Impuestos Nacionales –personas naturales- refrendó (f. 73) que el señor Humberto Rojas Sánchez laboró en la entidad desde el 12 de diciembre de 1994 hasta el 31 de agosto de 2004 en los siguientes cargos:

<b>CARGO</b>	<b>FECHA POSESION</b>
Especialista en ingresos públicos I, nivel 40, grado 27 de la subdirección operativa. En provisionalidad	12 de diciembre de 1994
Profesional en ingresos públicos III, nivel 32, grado 25 de la subdirección operativa. Nombramiento ordinario	28 de julio de 1995
División de análisis y programación de la subdirección operativa	15 de octubre de 1996
Jefe de División de la división de análisis y programación de la subdirección de servicio al comercio exterior	31 de julio de 1997
División técnica aduanera de la administración especial de aduanas nacionales de Santa Fe de Bogotá, de la Unidad administrativa especial DIAN	10 de diciembre de 1998
División de control interno de la administración especial de aduanas nacionales de Santa Fe de Bogotá	14 de abril de 1999

Comisiones para prestar servicios en el despacho de la administración especial de aduanas de Santa Fe de Bogotá.	Entre mayo y julio de 1999
Se incorporó en el cargo de Profesional en ingresos públicos III, nivel 32, grado 26 en la división de planeación y evaluación de la subsecretaría de planeación	2 de agosto de 1999
Despacho de la administración especial de aduanas nacionales de Santa Fe de Bogotá de la unidad administrativa especial DIAN	19 de febrero de 2002
Grupo interno de trabajo zona franca de la división de servicio de comercio exterior de la administración especial de aduanas	25 de febrero de 2002
Grupo interno de trabajo de control de usuarios de la función aduanera de la división de servicio de comercio exterior de la administración especial de aduanas	18 de julio de 2002
Despacho de la división de servicio de comercio exterior de la administración especial de aduanas de Bogotá	14 de noviembre de 2002
Despacho de la administración de impuestos nacionales de personas naturales de Santa fe de Bogotá de la unidad administrativa especial DIAN	23 de marzo de 2004
Despacho de la división de documentación de la administración de impuestos nacionales de personas naturales de Santafé de Bogotá de la unidad administrativa especial DIAN	31 de marzo de 2004

El jefe del grupo interno de trabajo de análisis, programación y administración del sistema informático aduanero, a folio 216 del cuaderno principal, certificó que el actor manejó el módulo de selectividad en el sistema SIDUNEA entre el 10 de octubre de 1995 y el 3 de diciembre de 1997 cuando se desempeñaba en el cargo de jefe de división y programación – subdirección de servicio al comercio exterior; que la función era básicamente *“la programación del módulo con base en los criterios de riesgo seleccionados por un Comité de Selectividad y la información suministrada por los diferentes usuarios internos y externos”*. A folio 224, se indicó que el objetivo del programa SIDUNEA 2.6, era implementar un mayor control en dos sentidos: i) garantizar que la mercancía declarada correspondiera con los documentos de transporte y se declarara en tiempo; y ii) conocer el valor realmente pagado en bancos a la hora de retirar la mercancía declarada por el importador o declarante.

Copia del acta con fecha 3 de diciembre de 1997 por la cual el que el actor hizo entrega a la Subdirección Técnica de la interfase y del módulo de selectividad, obra a folio 1120.

De folios 83 a 94 se anexaron copias de la solicitud de información sobre las quejas presentadas en contra del demandante y las contestaciones por parte de la entidad en la que le indica (f. 86) que la queja No. 75 de 1999 tiene el auto inhibitorio No. 077 de 10 de mayo de 1999 (f. 94) y que la No. 409 del mismo año (f. 84) corresponde al soporte inicial del disciplinario que terminó con su destitución.

El resumen de la historia clínica del actor se anexo a folio 262, y de folios 98 a 177 y 264 a 267 se allegaron visitas al médico, recetarios e incapacidades.

Se decretaron los testimonios de (f. 293) Adriana Aldana Ortigón (fs. 301) y Luis Alberto Camargo Camacho (f. 303) compañeros de trabajo; Carmen Alicia Sánchez de Rojas (f. 305), Ricardo Cepeda Vázquez y Ernesto Fernández Bustos (estos dos últimos no comparecieron), todos coincidentes en afirmar las graves afectaciones familiares, económicas y de salud que sufrió el demandante.

El proceso penal seguido contra el actor por presuntas irregularidades cometidas cuando era Inspector de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, obra de folios 322 a 339. En concreto, la providencia proferida el 14 de diciembre de 2001 por la Unidad Tercera Delitos contra la Administración Pública, Fiscalía Seccional 189, informa que los hechos denunciados se soportaron en un anónimo firmado "Gremios de depósitos", por las presuntas irregularidades presentadas en sus declaraciones de bienes y rentas e ingresos teniendo en cuenta su salario; no obstante, se abstuvo de iniciar instrucción por atipicidad de la conducta al no determinar que desde su ingreso a la DIAN hasta el año 2000, se advirtiera un incremento por justificar. Este análisis fue confirmado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 25 de abril de 2003.

### 3. DE LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO

A continuación se analizarán los diferentes cargos expuestos por el actor y que en su sentir conculcan el debido proceso en la sanción disciplinaria que le fue impuesta, y que se plantean por medio de los siguientes interrogantes:

a) ¿La investigación disciplinaria contra Humberto Rojas Sánchez se adelantó cuando la acción estaba prescrita?

El actor argumentó que desde la fecha del anónimo – 15 de febrero de 1999- transcurrieron 7 años hasta la resolución de segunda instancia que fue emitida el 6 de agosto de 2004 y notificada por edicto fijado el 20 de agosto y desfijado el 24 del mismo mes y año por lo que ha debido decretarse la prescripción con respecto a la imputación por el programa SIDUNEA.

Decisión

La prescripción es una causal de extinción de la acción disciplinaria, tal y como se dispuso tanto la Ley 200 de 1995 como en la 734 de 2002, que se concreta cuando la autoridad competente deja vencer el plazo legal sin haber adelantado y definido el proceso disciplinario con una decisión de mérito.

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 señaló:

**Artículo 34°.- Términos de prescripción de la acción y de la sanción.** La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.

**Parágrafo 2o.** La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecutoria del fallo. Estos términos prescriptivos se

aplicarán a la acción disciplinaria originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública.

“ ... ”

Por su parte la Ley 734 de 2002 en el artículo dispuso:

**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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código.

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.

Esta Corporación<sup>26</sup> sobre el tema ha señalado:

*“Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la*

---

<sup>26</sup> De 29 de septiembre de 2009 de Sala Plena del Consejo de Estado; M.P. Susana Buitrago Valencia; Rad. 2003-00442-01.

### **expresión de la voluntad de la administración.**

*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 disciplinaria” (resaltado fuera del texto).**

En conclusión, los cinco años de prescripción de la acción disciplinaria se comenzarán a contar para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, en las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto, y se interrumpe con la debida notificación al disciplinado de la providencia que defina la situación jurídica.

Para resolver esta censura y otros cargos en el caso concreto se requiere precisar un tema que es transversal y que está relacionado con el origen de la investigación, toda vez que el demandante hizo referencia a que el disciplinario provino de un anónimo de febrero 15 de 1999 y que por su contenido ya había sido enjuiciado y archivado el proceso, por lo que la acción disciplinaria estaría prescrita para el momento de la sanción.

Según el auto de 11 de febrero de 2000<sup>27</sup> que ordenó de oficio la indagación preliminar, su inicio se fundamentó en la queja No. 54-1-1999-409 de 14 de diciembre de 1999<sup>28</sup>, conformada por el oficio No. 1096 de 10 de diciembre de 1999<sup>29</sup> suscrito por la Directora General de la DIAN y el oficio de 30 de noviembre de 1999<sup>30</sup> emitido por el Brigadier General de la Policía Fiscal y Aduanera y un escrito sin firma de 15 de febrero de 1999<sup>31</sup>.

En el auto de 13 de febrero de 2003<sup>32</sup> que resolvió una petición de nulidad se hizo la aclaración que si bien el escrito de 15 de febrero de 1999 no tenía firma, antes las denuncias allí señaladas la Jefe de División de Anticorrupción de la DIAN antes de tomar una decisión le pidió la colaboración a la Policía Fiscal y Aduanera para que allegara un informe escrito sobre lo denunciado y solo a partir de este inicia la indagación preliminar. En conclusión y para concretar el origen del proceso

---

<sup>27</sup> Fl. 199 del tomo 4 del proceso disciplinario.

<sup>28</sup> Fl. 1 del cuaderno disciplinario.

<sup>29</sup> Fl. 2 *ídem*.

<sup>30</sup> Fl. 3 *ídem*.

<sup>31</sup> Fl. 17 del cuaderno disciplinario No. 1.

<sup>32</sup> Fls. 1787-1790 del cuaderno 14 disciplinario.

disciplinario puede advertirse que si bien el escrito anónimo alerta a las autoridades no es propiamente ese anónimo el que soporta el inicio de la investigación sino el resultado del informe de la Policía Nacional.

Ahora bien, sobre si estaba o no prescrita la acción, la Sala debe señalar que de acuerdo a las normas citadas y a la jurisprudencia vigente de Sala Plena, por tratarse de una conducta continuada que se verificó a lo largo de los años 1995 a 1999, la prescripción empieza a contarse desde el 1 de enero de 2000 y se interrumpe con la decisión primigenia dictada el 30 de diciembre de 2003 y notificada personalmente el mismo día<sup>33</sup>, inclusive la decisión que resolvió el recurso de apelación que fue proferida el 6 de agosto y notificada por edicto desfijado el 24 de agosto de 2004, fueron emitidas dentro de los 5 años previstos en la ley disciplinaria, por lo que el reproche será negado.

b) ¿La prórroga de la indagación preliminar invalida la actuación disciplinaria?

Aseveró el actor que los términos de indagación preliminar superaron los 6 meses previstos por la ley disciplinaria y fueron manejados al antojo del operador disciplinario vulnerando las normas que los prevén.

## Decisión

La etapa de la indagación preliminar es eventual y se usa para establecer la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva de falta disciplinaria y para identificar e individualizar el autor o autores. El artículo 141 de la Ley 200 de 1995<sup>34</sup> fue objeto de análisis de constitucionalidad en la sentencia C-728 de 2000, lo mismo que el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 –C-181 de 2002-, en cuyas decisiones destacó la lata corte que era posible superar el término de los 6 meses solo para

---

<sup>33</sup> Fl. 33 vuelto del cuaderno principal o 2076 vuelto del Tomo 16 disciplinario.

<sup>34</sup> Artículo 141°.- Término. Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses.

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. (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-728 de 200)

evaluar las pruebas siempre y cuando se hubieren recopilado o decretado en la indagación.

En el caso *sub lite*, la inobservancia del término legal –en 3 meses, habida cuenta que la apertura de investigación se emitió el 9 de octubre de 2011- obedeció a la demora en el envío de la información relacionada con Humberto Rojas Sánchez por parte de las entidades a las cuales les fue solicitada, a pesar de que las pruebas fueron decretadas mediante auto No. 071 de 22 de marzo de 2000, como se observa de los folios 238-240 del tomo 4 disciplinario, de contera que estas se ordenaron oportunamente e inclusive dentro del término que inicialmente cobijaba a las investigaciones preliminares de la DIAN, según el decreto 1073 de 1999<sup>35</sup> -3 meses-, dado que el auto de indagación preliminar se profirió el 11 de febrero de 2000, en consecuencia, al estar justificado el plazo adicional de la indagación y no no evidenciarse por esta causa una violación grave de garantías constitucionales, la réplica no está llamada a prosperar lo que responde a la pregunta propuesta al inicio de este aserto.

C- ¿Se vulneró el principio del *non bis in ídem* al iniciar una nueva investigación cuando por los mismos hechos había sido archivada y en las mismas indagaciones se utilizó idéntico anónimo?

El actor argumentó que con base en un anónimo la DIAN lo investigó en dos ocasiones vulnerando el artículo 29 de la Carta. En la primera con la queja radicada con el número 75 de febrero 16 de 1999, sobre la cual decidió abstenerse de ordenar diligencias preliminares o abrir investigación administrativa disciplinaria y archivó la queja. De esta providencia informó, no tuvo notificación.

La segunda investigación se realizó soportada en el mismo anónimo y se le abrió indagación preliminar con el radicado No. 54-17-2000-55, mediante auto de 11 de febrero de 2000 y le fue comunicada el último día cuando se cumplía el plazo legal. Por esta investigación resultó sancionado con los actos demandados.

---

<sup>35</sup> Esta norma fue declarada inconstitucional mediante sentencia C-725 de 2000.

## Decisión

En materia sancionatoria nuestra Carta Política en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, previó en el artículo 29, el principio del *non bis in ídem*, conocido también como el principio de prohibición de doble enjuiciamiento, en los siguientes términos:

*Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)*

*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

(...).

Esa misma prohibición fue regulada en el Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002-, por vía de remisión a las garantías del debido proceso previstas en la Constitución Política y en atención a la ejecutoriedad de las decisiones sancionatorias, como se desprende del contenido de los artículos 6°, 11, 20 y 21<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

Artículo 11. Ejecutoriedad. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta. (...).

Artículo 20. Interpretación de la ley disciplinaria. En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.

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

Atendiendo la regulación constitucional y legal, la Corte Constitucional a través de distintos pronunciamientos<sup>37</sup>, ha identificado aspectos relevantes del *non bis in ídem*, como son: la naturaleza, extensión, contenido y finalidad, el ámbito de aplicación y la estructura, de la siguiente manera:

- 1) En cuanto a la naturaleza, ha señalado que tiene el carácter de principio y derecho fundamental de aplicación directa e inmediata<sup>38</sup>.
- 2) Respecto a la aplicación, indica que comprende las diferentes etapas del proceso y no sólo la decisión final<sup>39</sup>, en consecuencia se dirige a prohibir la doble investigación y juzgamiento<sup>40</sup>.
- 3) Sobre al contenido y finalidad, advierte que en relación con decisiones definitivas que definen responsabilidad se quieren evitar nuevos debates sin otra fórmula de juicio<sup>41</sup>.
- 4) En relación al ámbito de aplicación precisa que se aplica a los distintos campos del derecho sancionador<sup>42</sup>, esto es al derecho penal delictivo, contravencional, disciplinario, correccional, punición por indignidad política (impeachment) y al régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)<sup>43</sup>.
- 5) Referente a la estructura ha denotado que no tiene carácter absoluto, por lo que su aplicación no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diferentes bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades<sup>44</sup>, por tanto advierte, no impide que *“una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria”*.

---

<sup>37</sup> En las Sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, recogiendo los criterios fijados en decisiones precedentes.

<sup>38</sup> Sentencia C-478 de 2007.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 2005.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 2005.

<sup>41</sup> Sentencia C-478 de 2007.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-438 de 1992, T-438 de 1994, SU-637 de 1996 y C-1265 de 2005, entre otras.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-554 de 2001.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2007.

En vista de lo anterior, el principio del *non bis in ídem* se hace exigible cuando dentro de una misma área del derecho, y mediante dos o más procesos, se pretende juzgar y sancionar repetidamente un mismo comportamiento<sup>45</sup>.

Particularmente en materia disciplinaria tanto el Consejo de Estado<sup>46</sup> como la Corte Constitucional<sup>47</sup>, coinciden en señalar que por estar estrechamente vinculado el principio de la cosa juzgada envuelve tres presupuestos de configuración enmarcados en el sujeto, objeto y causa:

*“Para definir los supuestos de aplicación del principio non bis in ídem la Corte ha señalado que deben concurrir tres identidades. Así, la sentencia C-244 de 1996 establece que: Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación. “La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole”. “La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza”<sup>48</sup>.*

En virtud de lo dicho, la Sala revisará el caso bajo estudio para definir si en efecto se vulnera el principio del *non bis in ídem* como lo alega el demandante.

A folio 93 del cuaderno principal se encuentra el auto inhibitorio No. 077 de 10 de mayo de 1999. En él se hace referencia a la queja anónima radicada con el número 75 de febrero 16 de 1999, presentada por el gremio de depósitos relacionada con el incremento patrimonial no justificado del funcionario Humberto Rojas Sánchez, quien se desempeñaba como inspector aduanero de la División Técnica Aduanera de Santa Fe de Bogotá.

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”. Consejera ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Sentencia de 6 de 1997, Radicación N° 11369. Actor: Angélico Bustos Peña. Ver también, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 17 de agosto de 2011. Radicación N° 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-08). Actor: Emilio Otero Dajud.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012.

Sostuvo la citada decisión que del análisis realizado a las diligencias practicadas que tuvo como prueba anticipada—no dice cuales pruebas sino que hace una referencia general sin detalle<sup>49</sup>—, “...la mencionada queja es vaga e imprecisa, además calumniosa, puesto que no aportó serios elementos de juicios (sic) y probatorios suficientes, para endilgar responsabilidad a dicho funcionario, más aún con el buen sueldo que este devenga junto con el de su señora esposa, es viable adquirir los bienes que dice el quejoso que obtuvo el denunciado”. Con base en esos argumentos consideró que no había mérito para iniciar la investigación y por ende se inhibió y ordenó el archivo de la queja.

Lo referido en el párrafo anterior evidencia que no hubo un proceso disciplinario por este anónimo toda vez que fue archivado de plano con una decisión inhibitoria, es decir, sin un pronunciamiento de fondo, de manera que no puede predicarse una ejecutoria material sino formal, lo que permite un nuevo estudio en caso de que haya elementos nuevos que considerar.

En vista de lo anterior no puede afirmarse la vulneración del principio de *non bis in idem* en tanto no se configuran los presupuestos y supuestos señalados por la jurisprudencia, habida cuenta que no se parte del requisito mínimo y elemental de la existencia de otro proceso, lo que conlleva a denegar el cargo imputado y a responder negativamente el interrogante expuesto.

d) Se transgredió el principio del debido proceso: 1) ¿Por qué no le fueron notificadas las actuaciones o lo fueron tardíamente y por consiguiente se vulneró el principio de defensa? 2) ¿Por qué el investigador ignoró las pruebas practicadas por la fiscalía, no obstante fueron trasladadas al proceso disciplinario?; 3) ¿Porque no pudo controvertir algunas pruebas y otras fueron incorporadas sin haber sido previamente ordenadas? 4) Existió conculcación del debido proceso porque no se resolvió la petición de archivo definitivo del expediente con base en el artículo 151 de la Ley 200 de 1995?

## Decisión

---

<sup>49</sup> Al respecto la Sala encuentra que se anexó otra investigación numerada con el 351 a la 409 que finalmente concluye con la sanción disciplinaria.

Respecto del primer interrogante del numeral d) el actor plantea de manera general su insatisfacción por el trámite disciplinario adelantado cuando se profirió el inhibitorio y luego cuando se inició la indagación preliminar y la investigación disciplinaria, al señalar "...que al ingeniero lo investigaron en dos ocasiones, una de ellas sin su consentimiento, ni participación del investigado o disciplinado o su defensor; que no le notificaron actuación alguna, que las pruebas se practicaron sin que hubiera forma de conocerlas mucho menos de controvertirlas; igualmente que la resolución que le decretó el auto inhibitorio no le fue comunicado sino en noviembre del presente año, a pesar de haber sido emitido desde el año 1999..."

En cuanto al auto inhibitorio no hay constancia en el expediente de su comunicación, solo se tiene lo expuesto por el demandante y el auto que allegó como prueba además de la respuesta de la administración sobre las quejas que dieron lugar a su inicio y luego al proceso disciplinario, por ende, la Sala no tiene elementos fácticos para pronunciarse sobre ese tópico, sumado a que este auto no es el enjuiciado como es evidente al no ser el acto administrativo que impuso la sanción, razón por la cual se denegará el reparo.

En tratándose de los actos proferidos en la indagación preliminar, se concretarán las notificaciones y las actuaciones surtidas habida cuenta que el trámite disciplinario a partir de la apertura de la investigación ya fue referenciado en el capítulo del proceso disciplinario, con lo cual la Sala analizará y definirá si en la etapa preliminar se le vulneró el derecho de defensa y contradicción a Humberto Rojas Sánchez.

Mediante auto No. 043 de febrero 11 de 2000 se ordenó la indagación preliminar por los hechos informados en la queja 409 y esta fue comunicada por medio de oficio No. 5400017-2633 de 11 de agosto de 2000 (fl. 1086), en cumplimiento del artículo 80 de la Ley 200 de 1995 –que era la norma aplicable para ese momento– lo que significa que la comunicación se envió a los 6 meses de iniciada la indagación y por lo que dice el demandante se practicaron pruebas sin su anuencia, comparecencia y oportunidad de la contradicción.

Debe anotarse que la indagación preliminar se inició en vigencia del Decreto 1073 de 1999, “*Por el cual se expide el Régimen Disciplinario Especial para los servidores públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN*”, el cual tuvo vigor hasta el 21 de junio de 2000, fecha en la que fue declarado inexecutable, para luego seguir su trámite con la Ley 200 de 1995.

El artículo 101 del Decreto 1073 de 1999 preveía:

*ARTÍCULO 101. PROCEDENCIA. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar, la cual será de carácter reservado dentro de las condiciones señaladas en este decreto.*

Por su parte el artículo 80 de la Ley 200 señaló:

*Art. 80. - PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. el investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas.*

*Por tanto, iniciada la indagación preliminar o la investigación disciplinaria se comunicará al interesado para que ejerza sus derechos de contradicción y defensa.*

El artículo 101 del Decreto 1073 de 1999 debe analizarse sistemáticamente en lo que se refiere al “carácter reservado”, toda vez que la reserva no puede incluir al interesado en las pesquisas porque iría en contra de sus derechos fundamentales y de lo reglado en ese mismo decreto tal y como se deriva por ejemplo del artículo 91 *ídem*.

*ARTÍCULO 91. PETICIÓN DE PRUEBAS. El investigado o su apoderado, a partir de la indagación preliminar, podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas.*

En ese orden de ideas la Sala precisará que una vez se inicia la indagación o la investigación disciplinaria se debe comunicar al interesado para que ejerza su derecho de contradicción y defensa. En el *sub lite* si bien en la parte resolutive no dispuso la indagación preliminar contra Humberto Rojas Sánchez, era evidente que la queja que motivaba su apertura estaba relacionada con él, por lo que el objeto de la misma no sería identificar el autor sino establecer si constituía o no falta disciplinaria para luego definir el archivo de las diligencias o la apertura de la investigación.

En esa línea la administración debía comunicarle al interesado el inicio de la actuación, sin embargo en este caso, el operador disciplinario no lo hizo de manera inmediata sino el último día de vencimiento de los 6 meses dispuestos por la Ley 200 de 1996 para el trámite de la indagación, entonces, salta de bulto que existió una irregularidad al comunicarle el auto de indagación de manera tardía. No obstante la Sala debe analizar si esa irregularidad conduce a la nulidad del acto demandado, es decir, si por la demora en la comunicación se vulneró el derecho de defensa y contradicción, para tal fin se revisará la actuación surtida por la DIAN dentro de ese término, las pruebas recaudadas y la actuación del demandante.

El 22 de marzo de 2000 mediante auto No. 071 se decretaron 10 pruebas, las 9 primeras tendientes a buscar información en diversas entidades financieras, de registro e instrumentos públicos, de tránsito, Cámara de Comercio, de telefonía móvil, DAS y la 10, ordenó el recibo de la exposición libre y espontánea de Humberto Rojas, de quien dijo podía ser localizado en la Subsecretaría de Planeación.

Los oficios todos fueron remitidos a las oficinas correspondientes según consta en los folios 241-272 del tomo número 4 del disciplinario y del mismo modo fueron llegando las respuestas, como se lee de los folios 273- 300 *ib.* Sin embargo, la diligencia de exposición libre y espontánea solo se rindió hasta el 17 de agosto de 2000<sup>50</sup> y fue asistido por un abogado. En esta diligencia además de manifestar su sorpresa por la investigación y el desconocimiento sobre la misma, respondió a

---

<sup>50</sup> Flos. 1100-1105 del Tomo 10 de la investigación disciplinaria.

todas las preguntas que le fueron formuladas por la investigadora de cara a establecer el incremento patrimonial no justificado.

A folios 1158- 1200 se encuentra un escrito presentado por el apoderado de Humberto Rojas en donde allega 12 documentos que incluyen balances generales comparativos, estados de pérdidas y ganancias, relación de viajes, comisión de servicios, certificaciones sobre operaciones comerciales, certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la existencia de un homónimo, fotocopias de escrituras, extractos de cuentas de ahorros, respuestas a derechos de petición hechos a la entidad, documentos sobre el sistema SIDUNEA 2.6., con el fin de que fueran tenidos en cuenta dentro de la indagación preliminar.

Mediante auto No. 10 de oficio se decretó un concepto contable con el objeto de establecer las diferencias presentadas por el funcionario Rojas Sánchez, para tal efecto se comisionó a una funcionaria y se ordenó la notificación al investigado (art. 83 de la Ley 200 de 1995- fl. 1416 c. 12). El concepto fue rendido el 9 de julio de 2001 (fls. 1425-1436 del cuaderno No. 12) y del mismo se le corrió traslado a Humberto Rojas Sánchez el 23 de julio del mismo año (fl. 1438 *ídem*).

El abogado del investigado presentó escrito<sup>51</sup> sobre el informe exponiendo que no existieron las diferencias evidenciadas por el concepto, pidió aclaración y adición del mismo y el archivo de las preliminares (fls. 1453-1456 *ídem*).

El 7 de diciembre de 2001 se adicionó y aclaró el informe contable conforme a la solicitud del abogado defensor (fls. 1598-1600 del cuaderno No. 13).

Y finalmente el 9 de octubre de 2001 se profirió el auto No. 145 de octubre 9 de 2001, ordenando la apertura de la investigación (fls. 1606-1609 *ídem*).

De la reseña anteriormente relacionada la Sala puede concluir para resolver el interrogante propuesto, que si bien existió una irregularidad procesal al

---

<sup>51</sup> El 9 de agosto de 2001.

comunicarse al término de los 6 meses la indagación preliminar y además haberse decretado y practicado pruebas superando el mismo –como ya se indicó líneas atrás- no hubo ninguna violación del debido proceso, ni del derecho de defensa y contradicción, toda vez que: i) las pruebas decretadas al inicio de la indagación preliminar solo fueron solicitudes a las diferentes entidades cuyas respuestas llegaron incluso vencidos los 6 meses y fueron conocidas por el investigado en su oportunidad. ii) las pruebas que se decretaron y practicaron a partir de la exposición libre de Humberto Rojas Sánchez que fue ordenada desde el auto de indagación preliminar el 22 de marzo de 2000 y que surgieron de esa diligencia y de su escrito explicativo, como el concepto contable, tuvo todas las oportunidades de defensa y contradicción como en efecto la ejerció el investigado, vale decir, que él pudo en la indagación preliminar rendir su versión, pedir pruebas y contradecirlas. iii) contrario a la actuación anterior, o sea no haber decretado y practicado las pruebas surgidas a partir de la versión libre y espontánea del investigado habría dado lugar a la violación del debido proceso, haberlo hecho aún superado el término de los 6 meses protegió como se dijo, su derecho de defensa y contradicción. iv) en relación con las pruebas decretadas y practicadas por fuera del término de los 6 meses de la indagación que tuvieron su origen en la exposición libre y espontánea de Humberto Rojas Sánchez debe insistirse en que fueron ordenadas dentro del término de ley, de manera que estarían cobijadas dentro de las excepciones a que se hizo referencia en un aserto anterior y que se concretaron en la sentencia C- 181-02<sup>52</sup>, dado que sus resultados eran fundamentales para evaluar el archivo de la indagación o la apertura de la investigación disciplinaria.

Los razonamientos expuestos son suficientes para negar el cargo.

d. 2) ¿Existió vulneración del debido proceso por qué el investigador ignoró las pruebas practicadas por la fiscalía, no obstante fueron trasladadas al proceso disciplinario?

Dijo el demandante que la DIAN no tuvo en cuenta el peritazgo rendido por auxiliares de la justicia en la investigación penal y en el cual se afirmó con plena

---

<sup>52</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

certeza que había plena justificación de sus ingresos, lo cual coincidía con las apreciaciones del auto inhibitorio proferido por la entidad disciplinante.

## Decisión

La Resolución No. 10847 de 30 de diciembre de 2003 que le impuso la sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años a Humberto Rojas Sánchez, respecto a la solicitud de la defensa para que se tuviera en cuenta la decisión inhibitoria proferida por la fiscalía que tuvo como sustento el no registro de incremento patrimonial, señaló, que la investigación disciplinaria era independiente de la penal y que ninguna se encontraba condicionada respecto de la otra. Como criterio de autoridad citó la sentencia de 29 de mayo de 1997 de esta Corporación. De acuerdo a lo anterior afirmó que los elementos probatorios recaudados desvirtuaban los argumentos expuestos por el disciplinado y su defensor y mantenían incólume el cargo imputado.

Por su parte, la Resolución No. 06860 de 6 de agosto de 2004 que resolvió el recurso de apelación confirmando lo decidido en la primera instancia sobre el tema adujo lo siguiente<sup>53</sup>:

*“...como se dejó en claro en líneas anteriores, lo que le corresponde a esta instancia es adelantar su propia valoración probatoria dentro del sistema de la sana crítica, por lo que con relación a la prueba trasladada se evaluará su valor probatorio, observándose de los documentos que reposan en la foliatura, (sic) dan cuenta que la información que se registra por el Cuerpo Técnico de Inteligencia C:T.I., difiere ostensiblemente a la que reposa en el expediente disciplinario y los elementos aportados por la parte actora en el mismo, obviamente que se tiene como otra prueba que conforma el acervo probatorio, pero no puede tenerse como prueba reina que desvirtúe la falta por la que hoy se investiga al señor Rojas. Estas apreciaciones se dejan plasmadas reiterando que en la investigación se busca la certeza de los hechos garantizando los derechos que le asisten al disciplinado.*

....

---

<sup>53</sup> Fl. 56 del cuaderno principal.

*De donde se puede establecer según la cita jurisprudencial que la justicia penal y la disciplinaria son totalmente diferentes por los fines que persiguen, que el presente proceso fue adelantado por incremento patrimonial no justificado de carácter administrativo, mientras que la Fiscalía General de la Nación investigó el delito que es de connotación penal.*

Para la Sala las razones expuestas en los actos administrativos son válidas y bien sustentadas. En efecto, tal y como se lee de las decisiones de la Unidad Tercera de Delitos contra la Administración Pública Fiscalía Seccional 189 y de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca<sup>54</sup>, la investigación se adelantó por el delito de enriquecimiento ilícito y otros, y ante el control disciplinario de la DIAN se perfeccionó por el incremento patrimonial no justificado, vale decir, que uno y otro tienen elementos de tipificación diversos y por ende análisis diferentes, sumado a que el bien jurídico tutelado no es común en las dos disciplinas.

En el caso bajo estudio bastaba con demostrar el incremento patrimonial no justificado, para ello la DIAN aplicó un método de comparación financiera entre los ingresos y los gastos que se concreta cuando los gastos superan los ingresos. Se analizan la totalidad de las consignaciones a nombre del investigado versus sus ingresos para verificar si el total de las consignaciones son superiores o no a los ingresos y si esos ingresos guardan relación de causalidad con las consignaciones.

La segunda instancia explicó suficientemente las razones que la llevaron a no tener en cuenta esa prueba trasladada y a sustentar que su soporte y análisis basado en la sana crítica se fundamentó en las pruebas recaudadas en ese proceso y sobre las cuales el disciplinado tuvo todas las oportunidades para controvertirlas y desvirtuar el cargo. No obstante, la administración consideró que el incremento patrimonial que demostró en varios años no tuvo justificación y con ello se incumplió un deber funcional por parte del señor Humberto Rojas Sánchez.

---

<sup>54</sup> Fls. 322-339 del cuaderno principal.

En vista de lo anterior se responde de manera negativa al interrogante esbozado, habida cuenta que con las pruebas trasladadas de la Fiscalía General de la Nación se evidenció que no había un enriquecimiento ilícito más ello no probó la inexistencia de un enriquecimiento patrimonial injustificado, como sí lo hicieron las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, en consecuencia, el cargo será negado.

d. 3) ¿Se vulneró el debido proceso porque no pudo controvertir algunas pruebas y otras fueron incorporadas sin haber sido previamente ordenadas?

Adujo el actor que se incorporaron unas pruebas que no se ordenaron mediante auto alguno como se observa en los folios 201 a 337 del cuaderno No. 1, vulnerando el derecho de contradicción, defensa y legalidad de las pruebas.

#### Decisión

El actor no hizo claridad sobre cuales pruebas no pudo controvertir, de manera que la Sala no se pronunciará al respecto dado que es un argumento defensivo sin un soporte fáctico concreto que no permite hacer un análisis en las mismas condiciones.

Ahora bien, respecto de las pruebas que se anexaron a los folios citados, la Sala encuentra que hacen parte de la investigación administrativa disciplinaria No. 54-1-1999-351 que al parecer se adelantó contra el demandante por un anónimo similar al que dio lugar al informe de policía que luego culminó con los actos que se analizan en este proceso, no obstante, esta indagación estuvo dirigida particularmente hacia la posible venta del programa SIDUNEA 2.6, y si con ello existió un incremento patrimonial no justificado, pero no hay formalmente en las copias allegadas un auto de indagación o de inicio de investigación disciplinaria, sino una orden de trabajo No. 18 de 22 de noviembre de 1999 que ordenó “realizar las averiguaciones tendientes a detectar la veracidad de los hechos y la responsabilidad de los presuntos implicados informados en la queja No. 54-1-1999-351 de 17 de noviembre de 1999...” y para ello delegó en una funcionaria

para que en el término de 45 días determinara la necesidad de abrir o no una investigación disciplinaria. Entre los documentos aportados se encuentran unas declaraciones de renta, oficios sobre el programa SIDUNEA 2.6 y los funcionarios responsables de su manejo y finalmente, el oficio de febrero 8 de 2000 remitiendo la queja 351 para que fuera anexada a la 409.

Tal y como lo afirma el demandante no se encuentra en la indagación preliminar ni dentro la investigación disciplinaria ningún auto que incorpore las pruebas a la misma, lo que significa que de ninguna manera podían calificarse como tales dentro de la investigación dado que el solo hecho de tenerlas físicamente dentro del trámite no acredita la aplicación del principio de publicidad y por consiguiente impide el derecho de defensa y contradicción. Sin embargo, la nulidad solo se concreta si el operador disciplinario hizo uso de tales documentos y los exhibió como pruebas de cargo contra del disciplinado.

En el *sub lite* ni el demandante afirmó que fueron usadas para soportar el reproche imputado ni la Sala encuentra que se les hubiera dado tal fin, de manera que esa anexión se torna insubstancial. Bajo ese entendido no hay lugar a la prosperidad de la censura.

d. 4) Existió conculcación del debido proceso porque no se resolvió la petición de archivo definitivo del expediente con base en el artículo 151 de la Ley 200 de 1995?

#### Decisión

La petición del demandante fue realizada el 9 de agosto de 2001<sup>55</sup> en el momento en que la entidad debía evaluar si archivaba la investigación o si profería el auto de apertura de investigación. Si la archivaba era porque encontraba probado cualquiera de los supuestos señalados en la norma a saber, que el hecho no existió, que no constituía falta disciplinaria, que la acción no podía iniciarse o proseguirse por prescripción o muerte del implicado o por la existencia de una

---

<sup>55</sup> Fl. 1453 del cuaderno No. 12.

causal de justificación y lo contrario podía predicarse si ordenaba la apertura de la investigación.

La administración decidió abrir la investigación disciplinaria lo que evidenció que para ese momento no encontró probado ninguno de los presupuestos arriba señalados, y si bien no se dio una respuesta específica negando el archivo, era evidente que la solicitud no se atendía con la decisión tomada.

De todas maneras observa la Sala que luego en el auto No. 1019 de 13 de febrero de 2003 que resolvió sobre las nulidades propuestas, en los últimos párrafos negó el archivo señalando que no se tipificaba ninguna causal de las previstas en el artículo 151 de la Ley 200 de 1995 y que ello se infería de la apertura de la investigación ordenada mediante el auto de 9 de octubre.

Las razones expuestas por la entidad son adecuadas en sus dos oportunidades, por ende el reproche no tiene vocación de prosperidad.

e) ¿Se vulneró el principio de temporalidad y vigencia de la ley al aplicar dentro del mismo proceso la Ley 200 de 1995 y la Ley 734 de 2002?

#### Decisión

La respuesta es negativa a este interrogante. Dentro del proceso disciplinario seguido contra Humberto Rojas Sánchez se aplicaron 3 normas: al inicio del trámite, el Decreto 1073 de 1999 que era el régimen disciplinario especial vigente para la DIAN hasta cuando la Corte Constitucional lo declaró inexecutable mediante la sentencia C- 725 de 21 de junio de 2000; se continuó entonces con la Ley 200 de 1995, sin embargo, luego de resolver unas nulidades que afectaron el pliego de cargos dictado en su vigencia – No. 1018 de -31 de diciembre 23 de 2002-, se profirió uno nuevo que fue el definitivo el 21 de octubre de 2003 cuando ya había entrado en vigor la Ley 734 de 2002. El artículo 224 prescribió al respecto:

*ARTÍCULO 224. VIGENCIA. La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública.*

Y en cuanto a su tránsito dispuso:

*ARTÍCULO 223. TRANSITORIEDAD. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior.*

Dentro del contexto señalado, la aplicación tanto de la ley 200 de 1995 como de la Ley 734 de 2002, eran viable por la vigencia normativa de cada una de ellas y en los momentos procesales señalados.

f) ¿Hubo violación al poder preferente de la Procuraduría y al principio de legalidad por haber iniciado el proceso con base en un anónimo?

El poder preferente de la Procuraduría General de la Nación se encuentra reglado en el artículo 69 de la Ley 734 de 2002 de la siguiente manera:

*Artículo 69. Oficiosidad y preferencia. La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de la Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992. La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual este la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocada el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.*

De lo anterior se colige que la procuraduría en su condición de supremo órgano de control disciplinario tiene la facultad legal de asumir las investigaciones que considere pertinentes siempre y cuando se cumpla el trámite pertinente. En este caso si para el disciplinado se violaba el debido proceso en el curso de la investigación disciplinaria debió acudir a ese órgano para que analizara la pertinencia de asumir o no el control preferente mediante decisión motivada, pero como ello no se hizo no puede alegar en esta instancia una nulidad por ese concepto, además que este hecho por sí solo no genera nulidad del acto demandado, razón por la cual el cargo será negado.

Para finiquitar este punto y aunque ya se había señalado en otro capítulo de esta providencia, el trámite disciplinario no se inició propiamente por el anónimo sino que se hicieron unas pesquisas por parte de la Sub Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional y ello en conjunto con el escrito anónimo y el oficio de la Directora de la DIAN se conformó la queja No. 049 que dio lugar a la investigación cuestionada, de contera que no se vulneró el artículo 69 del C.D.U.

Finalmente la Sala debe indicar que la valoración probatoria realizada por la DIAN en los actos demandados fue realizada metódicamente y resolviendo uno a uno los cuestionamientos del disciplinado para concluir en una valoración razonada con base en las reglas de experiencia que el cargo no imputado a Humberto Rojas Sánchez no fue desvirtuado, estudio sobre el cual el disciplinado ante esta jurisdicción no presentó objeción. En sustento de lo indicado la Sala denegará las pretensiones.

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

**F A L L A:**

**NIEGÁNSE** las pretensiones de la demanda presentada por Humberto Rojas Sánchez contra la DIAN por las razones esgrimidas en la parte motiva de este proveído.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**Impedida**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**