



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación N°: 110010325000201000162 00 (1200-2010)

Actor: ÁNGEL YESID RIVERA GARCÍA

Demandada: LA NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Conoce la Sala en **única instancia** del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor Ángel Yesid Rivera García contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del C.C.A., el actor presentó demanda¹ con el propósito de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) fallo de primera instancia del 31 de octubre de 2008, por medio del cual la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública lo declaró disciplinariamente responsable, y ii) fallo del 30 de julio de 2009, mediante el cual la Sala Disciplinaria del organismo accionado resolvió el recurso de apelación, modificando la decisión inicial.

¹ Escrito de demanda obra de fols.1-11 del cuaderno uno.

Nota. Cuando se citen folios y no se mencione cuaderno, debe entenderse que hacen parte del uno.

A título de restablecimiento solicitó: i) se declare que no es responsable por la conducta de no efectuar los controles para la debida ejecución del cupo de importación autorizado a la firma Diseños Stuff Ltda., ii) se condene a la demandada al pago de daños y perjuicios, materiales y morales, teniendo en cuenta que a raíz del proceso disciplinario renunció a su empleo, pues, de lo contrario hubiera permanecido al servicio del Estado hasta la edad de retiro forzoso; ii) actualizar la condena y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos soporte de lo pretendido se resumen en los siguientes términos:

Señaló el actor que prestó sus servicios al Incomex y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por más de 20 años, sin embargo, con ocasión de la investigación disciplinaria adelantada en su contra se vio obligado a renunciar.

Expuso que el 19 de diciembre de 2003 fue nombrado como Coordinador del Grupo de Sistemas Especiales de Importación - Exportación, de la Subdirección de Instrumentos de Promoción, cargo que ejerció con excelencia como lo demuestran las evaluaciones de desempeño.

Informó que, por proposición de la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes, la Procuraduría General de la Nación inició investigación disciplinaria relacionada con irregularidades en las importaciones del Plan Vallejo, ocurridos durante los años 2001 a 2004, radicada con el No. 028-108267-04, contra él, en su condición de Coordinador del Grupo de Sistemas Especiales, y otros².

Anotó que a pesar de las numerosas irregularidades y usos indebidos del Plan Vallejo, al único que se le sancionó fue a él, y se hizo sobre una falsa motivación consistente en “...no efectuar los controles para la debida ejecución del cupo de importación autorizado a la firma DISEÑOS STUFF el 5 de enero de 2004”, a pesar que dicha labor debió haberla realizado quien lo antecedió como Coordinador del Grupo de Sistemas Especiales.

² Los otros fueron: Rafael Antonio Torres Marín (Director de Comercio Exterior), Victoria Eugenia Torres Muñoz (Subdirectora de Instrumentos de Promoción) y Luís Fernando Rincón Pinzón (Profesional Especializado).

Aseveró que se le vulneró el debido proceso al aplicarle sanción, a sabiendas que él no incurrió en falta alguna. Se le negaron pruebas que oportunamente solicitó y las que fueron practicadas e incorporados no fueron debidamente apreciadas.

Dijo que se retiró del Ministerio por renuncia provocada a raíz de la investigación disciplinaria, que le fue aceptada mediante la Resolución 3356 del 28 de diciembre de 2007, momento en el cual desempeñaba el cargo de Profesional Especializado.

Finalmente, indicó que presentó solicitud de conciliación prejudicial el 9 de diciembre de 2009, que se llevó a cabo el 17 de febrero de 2010 ante la Procuraduría 55 Judicial.³

Normas violadas y concepto de violación.

Como vulnerados mencionó: Artículos 6º, 25, 29 y 125 de la Constitución Política. Artículos 47, 90, 92, 94 y 143 de la Ley 734 de 2002.

Propuso como cargo violación al debido proceso, aduciendo que: **i)** se le impuso una sanción por hechos que él nunca cometió, y que si ocurrieron lo fueron por funcionarios en tiempo anterior a aquel en que él ejerció el empleo de Coordinador; **ii)** no existió objetividad, imparcialidad y demás principios que rigen la investigación disciplinaria, porque jamás se estableció con precisión cuáles controles no efectuó, ni que los haya debido ejecutar cuando ejerció como Coordinador del Grupo de Programas Especiales; máxime que no se llamó a ninguna otra persona a responder, en cambio en él hicieron recaer toda la responsabilidad por hechos que no cometió; **iii)** sostiene que se vulneró el principio de la *reformatio in pejus*, ya que al resolver el recurso de apelación se le hizo más gravosa su situación, al variarle -sin haberlo solicitado- “*la sanción impuesta de destitución por la de suspensión (sic) en el ejercicio del cargo por el término de diez meses*”, pues, ya había renunciado y obtenido su pensión de jubilación; **iv)** no se le podía sancionar, en tanto que no obra prueba que condujera a la certeza de que no efectuó los controles para la debida ejecución del cupo de importación autorizado a la firma Diseños Stuff Ltda.

³ A fols.13-14, obra Acta No. 104 del 17 de febrero de 2010. Contiene audiencia de conciliación prejudicial celebrada en la Procuraduría 55 Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la que se desprende que la parte actora presentó solicitud el 9 de diciembre de 2009 y que la misma se llevó a cabo el 17 de febrero de 2010, resultando fallida.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda inicial fue presentada el 23 de febrero de 2010 ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá (reverso fol.11), y su conocimiento correspondió al Juzgado 24 Administrativo de esta ciudad (fol.56). Este Juzgado, mediante Proveído del 12 de marzo de 2010, amparado en providencia del Consejo de Estado⁴, dispuso su remisión a la Sección Segunda de esta Corporación, para lo de su competencia (fol.58). Y a través de providencia del 23 de abril de 2010 el Juzgado 24 Administrativo resolvió recurso de reposición que interpuso el actor contra el anterior auto, confirmado la remisión del expediente al Consejo de Estado (fols.64-65).

Una vez llega el expediente a esta Corporación, por reparto es asignado su conocimiento al despacho del cual se halla encargado el suscrito (fol.67), pero, previo a la admisión de la demanda, mediante Autos del 29 de octubre de 2010 (fols.69-70) y del 25 de noviembre de 2011 (fol.120), se dispuso solicitar a la Procuraduría General de la Nación remitir copia de la notificación de los actos cuestionados y certificación de la fecha en que el accionante elevó solicitud de conciliación prejudicial. A través de proveído del 29 de junio de 2012 se admitió la demanda (fols.128-129). La demanda es contestada en término por la accionada, de la que se hará su reseña en el siguiente aparte. Por Auto del 7 de febrero de 2013 se declaró abierto el periodo probatorio (fols.151-154)), y el 30 de abril de 2014 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión (fol.185).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

La Procuraduría General de la Nación dio contestación a la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma, en razón a que los actos cuestionados se hallan ajustados a la legalidad, además, el demandante tuvo las garantías dentro de las oportunidades del proceso disciplinario de ejercer su defensa, más aún si se tiene en cuenta que todas las pruebas que adjuntó y las que solicitó fueron

⁴ Sentencia del 27 de marzo de 2009, radicado 1985-2006, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ Escrito de contestación ante este despacho, visible a fls.71-81 C.2.

incorporadas y practicadas, salvo una inspección judicial por considerarse superflua, y fueron valoradas en su conjunto bajo las reglas de la sana crítica, es decir, no fue una valoración caprichosa ni arbitraria.

Que el actor no demuestra ninguna causal de nulidad, y busca es revivir el debate procesal y probatorio, lo que no es factible jurídicamente, porque se cumplieron con rigor los pasos del trámite disciplinario, con garantía del derecho de contradicción, ya que no sólo pudo hacer sus descargos, sino que se le garantizaron los recursos de ley que procedían en cada etapa, los que fueron resueltos, y se contó con los elementos probatorios que condujeron a la certeza para imponer la sanción, en general, se garantizó el respeto al debido proceso.

En particular, anotó que no se vulnera la *reformatio in pejus*, porque la sanción de destitución con inhabilidad general de 10 años que se le había impuesto en primera instancia, fue variada a suspensión de 10 meses, lo que es más favorable.

Propuso como excepciones: i) legalidad de los actos administrativos, ii) alcance del control jurisdiccional del proceso disciplinario, iii) presupuestos probatorios para sancionar y iv) autonomía del régimen disciplinario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte activa presentó alegatos⁶ aduciendo, en esencia, lo manifestado en el escrito de su demanda.

La parte pasiva también presentó alegatos⁷ y reiteró lo dicho en su contestación

El Ministerio Público guardó silencio.

No observándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

⁶ Obra a fols.186-203.

⁷ A fols.204-214.

CUESTIÓN JURÍDICA A DILUCIDAR

Corresponde a la Sala determinar si con ocasión de los actos administrativos demandados, mediante los cuales al actor -en su condición de Coordinador del Grupo de Programas Especiales del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio- se le declaró responsable disciplinariamente y se le impuso sanción de suspensión en el cargo por diez (10) meses, se desconoció el debido proceso, o si, por el contrario, se hallan ajustados a la legalidad como lo sostiene la accionada.

Los actos administrativos demandados

Fallo disciplinario de primera instancia del 31 de octubre de 2008, por el cual la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública declaró disciplinariamente responsable al actor y le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por diez (10) años.

*Fallo disciplinario de segunda instancia del 30 de julio de 2009*⁸, por el cual la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación resolvió el recurso de apelación, y modificó la sanción a suspensión en el ejercicio del cargo por diez (10) meses.

Las excepciones propuestas

Como las excepciones formuladas por la parte pasiva, son realmente razones de defensa que no ameritan un pronunciamiento previo, quedarán resueltas con el fondo del asunto.

Orden a seguir

Para efectos de dilucidar la cuestión jurídica planteada, en primer lugar, se ilustrará el acontecer del proceso disciplinario a partir de la prueba existente, resaltando aspectos relevantes, luego, la Sala hará algunos apuntes con relación a la facultad disciplinaria del Estado y se reiterará tesis asumida por esta Corporación, conforme la cual el control que ejerce esta jurisdicción, sobre el trámite y los actos administrativos disciplinarios, es pleno e integral, sin que ello lo

⁸ Esta decisión fue notificada personalmente al apoderado del accionante el 18 de agosto de 2009 (fol.116).

convierta en una tercera instancia, y finalmente se procederá a la resolución en concreto de las aristas del cargo.

ITINERARIO DEL TRÁMITE DISCIPLINARIO Y ASPECTOS RELEVANTES SURGIDOS DEL MISMO

a) Por proposición aprobada en la Cámara de Representantes del Congreso de la República, el 4 de agosto de 2004 se solicitó a la Procuraduría General de la Nación investigar presuntas irregularidades presentadas en el Ministerio de Comercio Exterior, con relación a las importaciones-exportaciones del Plan Vallejo, periodo 2001-2004.

b) La Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública dispuso adelantar indagación preliminar y, al hallar mérito, por auto del **7 de diciembre de 2005** resolvió dar **apertura de investigación disciplinaria**⁹ contra Rafael Antonio Torres Martín (Director de Comercio Exterior), Victoria Eugenia Torres Muñoz (Subdirectora Técnica de Instrumentos de promoción de Exportaciones), Ángel Yesid Rivera García (Coordinador del Grupo de Programas Especiales) y Luís Fernando Rincón Pinzón (Ingeniero Administrador y soporte del aplicativo Plan Vallejo). - (Fols.279-285 C 5)-.

En este auto se dispuso escuchar en versión libre a los investigados, entre ellos, al accionante¹⁰.

c) Mediante **auto del 19 de octubre de 2006**, la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública elevó **pliego de cargos** contra las personas a quienes había abierto investigación disciplinaria (fols.531-545 C 6).¹¹

⁹ Las pruebas para ese momento indicaban que varias empresas a quienes se les aprobó cupo de importación conforme al Plan Vallejo, entre ellas la sociedad Diseños Stuff Ltda, a quien se le aprobó el programa MP-2932 mediante oficio 1401 del 8 de enero de 2004, no sólo sobrepasó el límite que se le había aprobado, sino que presentaba otras irregularidades.

Se vinculó a las personas mencionadas, entre ellas el actor, porque en el proceso de aprobación, seguimiento y evaluación del programa de promociones de importaciones-exportaciones del referido Plan, intervenían ellos.

¹⁰ En su versión libre el señor Ángel Yesid Rivera García (fols.363-365 C 5) expuso que: i) se desempeñaba como Profesional Especializado en la Dirección de productividad y competitividad del Ministerio, pero que entre el 22 de diciembre de 2003 y el 30 de noviembre de 2005 estuvo como Coordinador de Grupo de Programas Especiales; ii) como Coordinador únicamente participó en la aprobación del programa MP 2932 de la empresa Diseños Stuff Ltda y, iii) que él en ningún momento borró ni adulteró del sistema los registros de importación de ninguna de las empresas que estaban en el "Plan Vallejo".

¹¹ En el acápite "antecedentes" del auto de cargos, citando el Informe de Investigación de la DIAN, que hizo parte del cúmulo de pruebas documentales, se dijo:

En este pliego de cargos, la autoridad disciplinaria, luego de relacionar los hechos, analizar la prueba acopiada hasta ese momento, las funciones que tenían atribuidas cada uno de los implicados, los argumentos expuestos en sus versiones libres, en contraste con la normatividad que rige los programas de importación-exportación del “*Plan Vallejo*”, estimó que los investigados podrían ser los responsables de que varias empresas, entre ellas Diseños Stuff Ltda, hubiesen excedido irregularmente los toques de importación autorizados. En especial, del hoy accionante dijo que le cabía responsabilidad “*por cuanto él era el autorizado para eliminar registros de importación, en su condición de Coordinador del Grupo de Programas Especiales por la época de los hechos (2004), lo que permitió que dichas empresas excedieran dichos cupos*”.

Igualmente, en el auto de cargos se dijo que, “*por la aprobación indebida a DISEÑOS STUFF LTDA (5 de enero de 2004)*”, le cabía responsabilidad a Victoria Eugenia Torres Muñoz, Subdirectora Técnica de Instrumentos de promoción de Exportaciones, y a Ángel Yesid Rivera García, Coordinador del Grupo de Programas Especiales, pero también a **Eloísa Fernández de Luque**, Subdirectora Técnica (E) de Instrumentos de promoción de Exportaciones, **Nelsy Patricia Cerón G**, Profesional programas Especiales “*y los demás funcionarios que evaluaron la situación financiera, ubicación y productores satélites de la empresa DISEÑOS STUFF LTDA*”.

Al hoy actor se le formularon en concreto dos cargos, que le fueron imputados como falta gravísima (artículo 48, numerales 44 y 50 de la Ley 734 de 2002), cometidas con dolo.

El primero: “*Eliminar de manera fraudulenta de la base electrónica de datos de los Sistemas Especiales de Importación – Exportación, o permitir que otros lo hicieran, registros de importación con la finalidad de liberar cupos dentro de los programas*

“*Conviene señalar que “Los SISTEMAS ESPECIALES IMPORTACIÓN- EXPORTACIÓN, se definen como el régimen que permite importar temporalmente al territorio colombiano, con exención total o parcial de derechos de aduana e impuestos; Materias Primas e Insumos, Bienes de Capital y Repuestos y Bienes Intermedios que se empleen en la producción de bienes de exportación o que se destinen a la prestación de servicios directamente vinculados a la producción o exportación de estos bienes.*

Específicamente para el caso de materias primas e insumos utilizados en el proceso de producción, se encuentran regulados por el Decreto Ley 444 de 1967, artículos 172 y 173 b) y reglamentado por la Resolución 1860 de 1999, gozando de exención total de tributos.

Corresponde al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la aprobación, control y ejecución de un programa especial “Plan Vallejo”, quienes autorizan en cada programa un cupo global en dólares de los Estados Unidos para importar mercancías, el cual podrá ser aumentado previa aprobación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo”.

especiales de importación-exportación, conocidos como “Plan Vallejo”, lo que permitió que algunas empresas defraudaran de manera grave al Estado colombiano al realizar importaciones de insumos y materias primas, sin el pago de los respectivos impuestos aduaneros, por encima de los valores previamente autorizados.

La conducta la cometió el implicado en Bogotá durante el año 2004...”

El segundo: “*Evaluar indebidamente sin la correcta verificación física y documental, autorizar cupo de Importación-Exportación, dentro de los programas “Plan Vallejo”, y no realizar los controles para la debida ejecución del cupo autorizado a la firma DISEÑOS STUFF LTDA, lo que permitió que dicha empresa realizara importaciones fraudulentas.*

La conducta la cometió el implicado en Bogotá al autorizar el 5 de enero de 2004 un cupo de importación, ... a la empresa DISEÑOS STUFF LTDA...”

Ahora, en el numeral 6º de la parte resolutive de este auto, se ordenó compulsar copias del expediente “*para investigar en forma separada*” a **Eloísa Fernández de Luque**, Subdirectora Técnica (E) de Instrumentos de promoción de Exportaciones, **Nelsy Patricia Cerón G**, Profesional programas Especiales y demás funcionarios del Ministerio que participaron en el proceso de aprobación de cupos de importación-exportación de la empresa Diseños Stuff Ltda, en particular los que evaluaron previamente su situación financiera, y realizaron las visitas para verificar la existencia de la empresa y su ubicación.

d) A través de apoderado el señor Ángel Yesid Rivera García presentó escrito de descargos, en el que, además de aportar prueba documental, solicitó se oficiara al Ministerio para que remitiera diversa información y que se realizara una inspección ocular en el Ministerio y en la DIAN (fols.571-579 C 6).¹²

e) Por Auto del 22 de enero de 2007 se decidió con relación a las pruebas que cada uno de los implicados solicitó en los descargos (fols.724-727 C 6).

¹² Su apoderado, con relación al cargo de eliminar de manera fraudulenta de la base electrónica de datos de los Sistemas Especiales de importación-exportación, expuso que era tal la precariedad del programa existente, escrito en lenguaje COBOL, que data de 1985, y cualquiera otro funcionario del Ministerio, no sólo el Coordinador del Grupo de Programas Especiales del Programa, pudo ingresar para borrar y/o adulterar datos del sistema, enfatizando que no podía responder por las irregularidades presentadas del año 2001 al 2003, porque realmente asumió como Coordinador a comienzos del año 2004.

Con relación al segundo cargo, precisó que fueron otros funcionarios del Grupo de Programas Especiales de Importación - Exportación quienes, antes de él llegar a Coordinación, realizaron las visitas a la empresa Diseños Stuff Ltda y verificaron los demás requisitos para la aprobación del programa; que no era su función mantener actualizada la base de datos, y reiteró que como resultado de las fallas del sistema informativo, el grupo operativo llevaba unas tarjetas de control de registros aprobados con el fin de controlar los cupos de importación.

La Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, i) dispuso incorporar toda la prueba documental que adjuntó el actor en sus descargos, ii) se decretó la prueba de oficiar al Ministerio para los fines señalados por señor Rivera García, y iii) se negó la inspección ocular al Ministerio y a la DIAN, al estimarse que en el proceso ya se tenía establecida la época en que sucedieron los hechos y los posibles responsables.

El hoy demandante interpuso recurso de apelación, buscando se decretase la inspección ocular (fols.755-756 C 6).

Por Auto del 30 de agosto de 2007 la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de manera razonada, resolvió el recurso de apelación, confirmando la negativa de decretar la práctica de la inspección ocular, pues consideró que la prueba documental obrante en el proceso contenía la información que se pretendía corroborar con la inspección (fols.781-785 C 6).

f) El 31 de octubre de 2008, la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública **dictó fallo de primera instancia** (fols.1313-1327 C 8), notificado el 14-11-08 (fl.84 C principal). En el cual resolvió:

i) Decretar de oficio la nulidad parcial de lo actuado, a partir del auto de cargos del 19 de octubre de 2006, contra los implicados Rafael Antonio Torres Martín, en su calidad de Director de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y Victoria Eugenia Torres Muñoz, como Subdirectora Técnica de Instrumentos de Promoción de Exportaciones del mismo Ministerio.¹³ (Numeral 1º de la decisión)

Resultado de lo anterior, dispuso romper la unidad procesal con respecto a estos investigados, y entregarle copia del expediente al profesional de la Delegada que adelantó la investigación, para que repusiera la actuación. (Numeral 7º de la decisión).

ii) Declaró no responsable del cargo formulado al señor Luís Fernando Rincón Pinzón. (Numeral 2º de la decisión).

¹³ Para asumir esta decisión, dijo que: “Revisada la actuación adelantada se observa que la misma se encuentra viciada de nulidad por la presencia de las causales señaladas en los numerales 2 y 3 del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que afectan lo actuado dentro del presente asunto a partir del auto de cargos, por cuanto... no se les calificó el factor subjetivo de la falta, o sea la culpabilidad,...por afectar de manera sustancial el debido proceso, y el derecho de defensa de los investigados. Por lo tanto se declarará oficiosamente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 144 de la Ley 734 de 2002 la nulidad parcial con respecto a los disciplinados Rafael Antonio Torres Martín y Victoria Eugenia Torres Muñoz”.

iii) Declaró **no responsable del primer cargo** formulado al señor Ángel Yesid Rivera García.¹⁴ (Numeral 3º de la decisión).

Pero, declaró a Ángel Yesid Rivera García **responsable del segundo cargo formulado**, en su calidad de Coordinador del Grupo de Programas Especiales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los años 2003-2004, y le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años.¹⁵ (Numeral 4º de la decisión).

g) Contra el fallo disciplinario de primera instancia el actor interpuso recurso de apelación (fols.1360-1370 C 8).¹⁶

¹⁴ Para exonerarlo de este cargo, expuso: “que desde el punto de vista probatorio, no obra plena prueba en lo atinente a la demostración del hecho investigado y la culpabilidad del implicado, ya que no obra prueba alguna que permita concluir con certeza, que el señor Ángel Yesid Rivera García, en cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo, haya **ELIMINADO DE MANERA FRAUDULENTO** de la base electrónica de datos de los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, registro alguno, (...) o que haya permitido que otros lo hicieran”.

¹⁵ Para hallarlo responsable del segundo cargo, dijo que:

“[L]e correspondía al doctor ANGEL YESID RIVERA GARCÍA, como Coordinador del Grupo de Programas Especiales, comprobar todo lo relacionado con el proceso productivo de la Empresa DISEÑOS STUFF LTDA, en el momento que ésta hizo la solicitud de asignación del cupo de importación dentro de los Programas Especiales Importación-Exportación, antes de serle adjudicado el cupo, el 5 de enero de 2004..., pues las funciones que a su cargo corresponden de acuerdo a un manual, no son de libre interpretación (...)

Le asiste responsabilidad disciplinaria... teniendo en cuenta que inobservó el deber que tenía el disciplinado de realizar visitas técnicas con el fin de comprobar los procesos productivos, en trámite de solicitudes de Plan Vallejo. Y si las hizo no fue objetivo en sus evaluaciones porque posteriormente la DIAN no logró ubicar a la empresa DISEÑOS STUFF LTDA y a sus fabricantes satélites. Al parecer la misma sólo se constituyó para defraudar al Estado al eludir el pago de tributos a las importaciones. Tampoco se le hizo seguimiento para verificar si había cumplido con sus compromisos de exportación (...).

Se reafirma entonces la calificación dada a la falta en el auto de cargo como **GRAVÍSIMA**, al tener de lo señalado en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, numerales 44 y 50 y a título de **DOLO**, porque como se dijo en el auto de cargos, a la empresa DISEÑOS STUFF LTDA, no se le verificó y objetó la documentación presentada, ni se le hizo un seguimiento a sus actuaciones relacionadas con el programa de que era beneficiaria sino, además, se le permitió importaciones por encima del cupo autorizado”.

¹⁶ En términos generales planteó en su recurso: **1)** que fue encargado como Coordinador el Grupo de Programas Especiales de Importación y Exportación el 19 de diciembre de 2003 al 30 de noviembre de 2005, y que cuando llegó una funcionaria de la Coordinación que había sido designada por su antecesor, Nelsy Cerón, fue quien realizó la visita a la empresa Diseños Stuff Ltda y confirmó su ubicación y demás requerimientos previos a la probación que él impartió el 5 de enero de 2004, que también suscribió la Subdirectora Técnica de Instrumentos de Promoción de Exportaciones del mismo Ministerio. **2)** Dijo que sobre las restantes diez empresas que, al igual que la compañía diseños Stuff Ltda, presentaron la misma irregularidad, él no participó en la aprobación de sus programas del Plan Vallejo, porque fueron en fechas anteriores a su llegada a la Coordinación, sin embargo, no observaba que se estuviera declarando responsabilidad por ello a otros funcionarios. **3)** Que no tenía el deber de controlar los cupos de importación aprobados, porque ello corresponde al Grupo Operativo según el parágrafo del artículo 42 de la Resolución 1860 de 1999; ni tampoco le asiste responsabilidad con relación a no haber hecho seguimiento a la referida compañía, para verificar que había cumplido con sus compromisos de exportación, porque conforme el artículo 22 de la Resolución 1860 de 1999 dicha obligación era exigible 18 meses después de haber constituido la garantía, máxime que no era factible hacer seguimiento a más de 3000 programas que ya estaban aprobados para la fecha en que firmó el oficio de aprobación a diseños Stuff Ltda. **4)** Que al ser borrados los registros de importación aprobados del sistema, traía como consecuencia que en el sistema apareciera como si no hubieran aprobado importaciones y el cupo permanecía intacto en el sistema y así la empresa pudo seguir presentando registros de importación sobrepasando el valor del cupo autorizado. **6)** Finalmente, expuso que las evaluaciones de desempeño que obtuvo durante el encargo (tres en total), fueron

h) **El 30 de julio de 2009**, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, **dictó fallo de segunda instancia** (fols.1447-1469 C 8), y resolvió:

i) **“PRIMERO: DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA** en relación con la autorización del Programa Vallejo No. MP-2932 a la sociedad Diseños Stuff Ltda., el 5 de enero de 2004; y en consecuencia **TERMINAR** el presente proceso disciplinario en cuanto a esta conducta se refiere y **ORDENAR EL ARCHIVO DEFINITIVO**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 734 de 2002 y según lo señalado en la parte considerativa de esta providencia”.

ii) **“SEGUNDO: CONFIRMAR** el ordinal cuarto de la parte resolutive de la providencia recurrida, en cuanto a la declaración de responsabilidad disciplinaria deducida al señor **ÁNGEL YESID RIVERA GARCÍA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.192.009 de Bogotá, en su condición de Coordinador del Grupo de Programas Especiales de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en relación con la conducta de no efectuar los controles para la debida ejecución del cupo de importación autorizado a la firma Diseños Stuff Ltda., el 5 de enero de 2004, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa”. (Subrayas ajenas al texto citado).

iii) **“TERCERO: MODIFICAR** la sanción impuesta por el a quo en el literal cuarto de la providencia recurrida a **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) MESES**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

En virtud del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, si el disciplinado ha cesado en sus funciones, el término de la suspensión se convertirá en salarios, suma de dinero que será cancelada a favor de la Oficina de Bienestar del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los términos señalados en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002 y en el Decreto 2170 de 1992”.

La segunda instancia, en el punto dos de sus consideraciones, intitulado “Análisis y valoración jurídica de las pruebas y del recurso de apelación”, precisó que del cargo, por el cual la primera instancia declaró responsable al actor y le impuso sanción de destitución con inhabilidad general de 10 años, podían “diferenciarse dos conductas independientes: **una**, autorizar indebidamente, sin la debida verificación física y documental, un cupo de importación – Exportación dentro del Plan Vallejo a la sociedad **DISEÑOS STUFF LTDA.**, **otra**, no realizar los controles para la debida ejecución del cupo autorizado a la misma firma”. (Resaltado ajeno al texto citado).

En cuanto a la primera, anotó que como la autorización que el implicado impartió el 5 de enero de 2004, del programa de Plan Vallejo Materias Primas MP-2932 a la sociedad Diseños Stuff Ltda, se trató de una conducta instantánea, había operado la prescripción de la acción disciplinaria, porque a la fecha del fallo de segunda instancia habían transcurrido más de 5 años, que inclusive estaba

sobresalientes hasta el último día de encargo como Coordinador, reiterando no haber incurrido en falta alguna ni con culpa ni con dolo.

prescrita para cuando es remitido el expediente para resolver la apelación, el 4 de febrero de 2009.

Acto seguido, se centró en la segunda conducta, “no realizar los controles para la debida ejecución del cupo autorizado a la misma firma”, respecto de la cual confirmó la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar responsable al disciplinado, pero modifica la falta, el grado de culpabilidad y la sanción; catalogando la falta como grave en vez de gravísima, cometida con culpa y no con dolo, e impuso como sanción suspensión en el ejercicio del cargo por 10 meses. Para determinar la responsabilidad, la segunda instancia transcribió varios artículos de la Resolución 1860 de 1999¹⁷, “Por medio de la cual se establecen las disposiciones de los Sistemas Especiales de Importación - Exportación - Plan Vallejo”, relacionados con la definición de este plan¹⁸, la operación de importación¹⁹, las garantías de cumplimiento, demostración y verificación de los compromisos de exportación, el registro de importaciones²⁰, operaciones de materias primas e insumos, entre otros. Luego, ilustró el derrotero de las circunstancias en que ocurrieron los hechos²¹, y dijo que estaba “demostrado que la sociedad Diseños Stuff

¹⁷ Modificada parcialmente por la Resolución No. 1964 de 2001.

¹⁸ “**ARTICULO 2o. Definición:** Se entiende por Sistemas Especiales de Importación - Exportación, que para efectos de esta Resolución se denominará Plan Vallejo, el régimen que permite a personas naturales o jurídicas que tengan el carácter de empresarios productores, exportadores, o comercializadores, o entidades sin ánimo de lucro, importar temporalmente al territorio aduanero colombiano con exención total o parcial de derechos de aduana e impuestos; insumos, Materias Primas, bienes intermedios o Bienes de Capital y repuestos que se empleen en la producción de bienes de exportación o que se destinen a la prestación de servicios directamente vinculados a la producción o exportación de estos bienes.”

¹⁹ “**ARTICULO 3o. Operaciones del Artículo 172:** Las operaciones de que trata el Artículo 172 del Decreto-Ley 444 de 1967, que para efectos de esta Resolución se denominará Artículo 172, tienen por objeto la importación temporal de Materias Primas e insumos que hayan de ser utilizados exclusivamente y en su totalidad deducidos los residuos y desperdicios, en la producción de bienes destinados a la exportación o de bienes que, sin estar destinados directamente a los mercados externos, vayan a ser utilizados en su totalidad por tercera o terceras personas en la producción de bienes de exportación.”.

²⁰ El artículo 16 de la Resolución 1964 de 2001, adicionó un párrafo al artículo 42 de la Resolución 1860 de 1999, el cual reza:

“**ARTICULO 42o. Registro de Importaciones:** La Dirección Regional o Seccional facultada, registrará importaciones en desarrollo de los programas hasta por el monto del cupo autorizado. (...)

“**Parágrafo segundo:** Es responsabilidad del Asesor del Grupo Operativo y de los Directores Territoriales, el cumplimiento de las normas vigentes que regulan los Sistemas Especiales, incluyendo lo relacionado con la aceptación de la garantía, los controles sobre los cupos asignados y sobre los registros de importaciones de materias primas e insumos, bienes de capital o repuestos, así sobre sus correspondientes saldos.”.

²¹ Preciso que, con ocasión de la solicitud de la firma Diseños Stuff Ltda., para importar materias primas e insumos, i) la Sra. Nelsy Patricia Cerón G, funcionaria del Grupo de Programas Especiales, había realizado la visita a la referida firma; ii) el 5 de enero de 2004, la Subdirectora Técnica (E) de Instrumentos de Promoción de Exportaciones, Eloísa Fernández de Luque, y el Coordinador de Grupo de Programas Especiales, Ángel Yesid Rivera García, autorizaron a dicha sociedad el programa Plan Vallejo Materias Primas MP-2932, con un cupo de importación de US\$300.000; iii) en el mes de mayo de 2004 la DIAN informó a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, con copia al Director de Comercio Exterior, la irregularidades en la obtención y utilización del programa Plan Vallejo de las empresas “Teprodexpo Ltda”, “Acomor Ltda” y “Texta Ltda.”; iv) el 23 de diciembre de 2004, el Asesor de la Oficina de Sistemas de

Ltda., durante el año 2004 sobrepasó el cupo de importación que le fue concedido al autorizársele el programa Plan Vallejo Materias Primas No. MP-2932”.

A continuación, hizo el examen de la órbita de los deberes del disciplinado en relación con la conducta reprochada, y expuso que conforme certificación de la Coordinación del Grupo de Recursos Humanos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que coincide con lo dispuesto en la Resolución No. 0349 del 7 de marzo de 2003, por la cual se establece el Manual Específico de Funciones del Ministerio, y con lo consagrado en la Resolución 152²² del 11 de marzo de 2003, las funciones del Grupo de Programas Especiales eran de responsabilidad del Coordinador, dentro de las cuales se estableció como vulnerada la correspondiente al numeral 19, “*Velar por el cumplimiento del régimen normativo de los Sistemas Especiales de Importación - exportación, implementar y ejercer los controles para la debida ejecución de los programas de Sistemas Especiales de Importación - Exportación, establecer la existencia de presuntas irregularidades en su manejo y preparar los informes respectivos*”²³, función mencionada desde el auto cargos.

En cuanto a la tipicidad dejó en claro que, contrario a lo estimado en el fallo de primera instancia, el implicado no incurrió en las conductas descritas en los

Información, comunicó a la Subdirectora Técnica de Instrumentos de Promoción de Exportaciones la empresa que había sobrepasado el cupo, entre ellas se hallaba Diseños Stuff Ltda., y “en el listado se observa que esta empresa realizó registros de importación que faltaban en la base de datos de Sistemas Especiales por valor de US\$1.109.837... y otros registros que estaba en la base de datos que ascendían a US\$289.299”; v) en enero 7 de 2005, la DIAN solicitó al Ministro de Comercio, Industria y Turismo que iniciara las investigaciones correspondientes, pues halló que durante el año 2004 se expidieron registros de importación a la aludida firma por US\$1.400.000, lo que superaba el cupo asignado para ese año de US\$300.000.

²² Dijo la segunda instancia que, a través de esta Resolución, el Director de Comercio Exterior del Ministerio creó grupos internos de trabajos en la Dirección, designó sus coordinadores y estableció las funciones de los grupos, creando “*el Grupo de Programas Especiales dentro de la Subdirección de Instrumentos de Promoción de Exportaciones, y en su artículo 3 estableció las funciones para el mencionado grupo, que son las mismas que han sido certificadas por la Coordinadora de Recursos Humanos en el presente proceso disciplinario... En el artículo 4 de la misma resolución se designaron los coordinadores para los diferentes grupos, entre ellos, al señor Carlos Cossio Martínez como Coordinador del Grupo de Programas Especiales (Asesor 1020-08), cargo de Coordinador que asumió posteriormente el 19 de diciembre de 2003 el señor ÁNGEL YESID RIVERA GARCÍA*”.

²³ Esta función aparece certificada por la Coordinadora del Grupo de Recursos Humanos del Ministerio (fols.102-109 C. 3), donde se dice que el actor regentó el cargo de Coordinador desde el 19 de diciembre de 2003.

Anotó el *ad quem* que, si bien es cierto el sistema a través del cual se controlaba los cupos de importación había sido alterado por personas inescrupulosas, y que conforme el parágrafo segundo del artículo 42 de la Resolución 1860 de 1999, la responsabilidad directa sobre los cupos asignados y sobre los registros de importación y sus correspondientes saldos recaía, en primera medida, en el Asesor Coordinador del Grupo Operativo y en los Directores Territoriales, también lo es que “*era función del Coordinador del Grupo de Sistemas Especiales implementar y ejercer los controles para la debida ejecución de los programas especiales de importación – exportación, y por tanto, el disciplinado debió estar atento, con la colaboración de los funcionarios respectivos, a que el sistema resultara confiable, así como implementar otro tipo de controles para que los cupos no fueran superados...*”.

numerales 44 y 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002²⁴, toda vez que no se evidencia un comportamiento doloso, que permitiera afirmar que actuó en forma deliberada, pero que, con su proceder, sí desatendió los deberes dispuestos en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la referida ley, a los que también se había hecho alusión -como infringidos- desde el pliego de cargos.

Con respecto a la ilicitud sustancial, apreció “*que el disciplinado desconoció la razón de ser de su deber -sin justificación alguna-*”, de implementar y ejercer los controles para la debida ejecución de los programas de Sistemas Especiales de Importación - Exportación, lo que permitió que la empresa Diseños Stuff Ltda excediera, en tres veces más el cupo autorizado de importaciones, en tanto que hizo importaciones en el 2004 por US\$1.416.957, y lo autorizado habían sido US\$300.000.

En lo atinente al grado de culpabilidad, consideró que el encartado incurrió en una culpa grave, en los términos del artículo 44²⁵ de la Ley 734 de 2002, al dejar todo el control de los cupos de importaciones en los funcionarios encargados de realizar los registros, a pesar de la advertencia hecha por la DIAN en mayo de 2004 con relación a irregularidades de otras firmas, “*lo que debió poner en alerta al disciplinado y disponer el control general de los cupos de importación, y ordenar a la Oficina de Sistemas de Información la verificación del estado de los cupos...*”. Pues, “*una persona, en las mismas circunstancias del disciplinado, hubiera dispuesto controles adicionales para controlar la ejecución de los cupos de importación, ante una advertencia recibida como la de la DIAN, y hubiera estado atento para solicitar al competente que el sistema contara con un sistema de seguridad, que impidiera que personas inescrupulosas pudiera borrar el registro de importaciones.*”²⁶

²⁴ En su orden dicen los numerales 44 y 50 del artículo 48: “*44. Favorecer en forma deliberada el ingreso o salida de bienes del territorio nacional sin el lleno de los requisitos exigidos por la legislación aduanera. II “50. Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario*”.

²⁵ En la parte final del párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, se dice: “*La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.*”.

²⁶ Preciso la autoridad disciplinaria de segunda instancia, que no exime de responsabilidad al investigado los argumentos planteados por su apoderado, entre ellos: el déficit de funcionarios con que contaba la Coordinación del Grupo de Programas Especiales comparado con la alta carga y atraso de trabajo; la cantidad de empresas (casi 3.0000), a las cuales se les había aprobado programas especiales en diciembre de 2003, que dificultaba su seguimiento, ni el hecho que se haya solicitado por parte de varios presidentes empresariales, trasladar el Plan Vallejo a la DIAN ante la imposibilidad de su control por parte del Ministerio.

A la luz de los criterios del artículo 43 del C.D.U., calificó la falta de grave, en razón al grado de culpabilidad (culpa grave), al grado de perturbación del servicio²⁷ y a la jerarquía del implicado²⁸. Finalmente, en aplicación del artículo 47 *ibídem*, dosificó la sanción en 10 meses de suspensión²⁹.

i) Conforme a la certificación del Grupo de Recursos Humanos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (fol.283 C 3), el accionante “*laboró en el Incomex durante el periodo comprendido entre el 7 de abril de 1981 y el 30 de marzo de 2000, incorporado al Ministerio de Comercio Exterior desde el 4 de abril de 2000, hasta el 11 de febrero de 2003 y a partir del 12 de febrero de 2003 fue incorporado a la planta de personal del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, hasta el 31 de enero de 2008.*”.

l) A través de escrito del 21 de diciembre de 2007, dirigido al Ministro de Comercio, Industria y Turismo, el señor Ángel Yesid Rivera García, en su calidad de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, presentó renuncia a partir del 1º de febrero de 2008 (fol.242 C 3).

Y mediante la Resolución No. 3356 del 28 de diciembre de 2007, le fue aceptada la renuncia a partir del 1º de febrero de 2008 (fol.244 C 3).

APUNTES DE LA SALA

La potestad disciplinaria

En la organización Estatal constituye elemento vital para la realización efectiva de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, la atribución para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos, atendiendo la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; como quiera que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte de los servidores públicos, se debe efectuar

²⁷ Porque su omisión “*permitió que la empresa Diseños Stuff Ltda., realizara importaciones más allá de tres veces del cupo autorizado, con las consecuencias que ello tuvo en materia de derechos de aduanas e impuestos.*”.

²⁸ Acotó que “*era Coordinador del Grupo de Programas Especiales, es decir, que tenía la autoridad suficiente para ordenar o sugerir los controles necesarios,...*”.

²⁹ Como justificación de la dosificación, advirtió que “*(i) no reposa en el expediente prueba que el disciplinado hubiera sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga, por el contrario, la Coordinadora del Grupo de Recursos Humanos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo certificó que el disciplinado no tenía antecedentes disciplinarios internos (fls.308 C.O.1); (ii) la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo, según se aprecia en las calificaciones acompañadas con el recurso de apelación (fls.1408-1415 C.O.4); (iii) el disciplinado no actuó con conocimiento de la ilicitud, pues, la falta se imputó a título de culpa grave; y (iv) que se declaró la prescripción de la acción disciplinaria en relación con una conducta.*”.

dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, y demás principios que caracterizan la función pública administrativa, establecidos en el artículo 209 Superior, y que propenden por el desarrollo íntegro de la aludida función, con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y los reglamentos.

El derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; motivo por el cual la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con su ejercicio.

Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad de la sanción de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.

Por ello, la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro.

Competencia del Juez administrativo en materia disciplinaria

La Sala reitera la tesis jurisprudencial de la Sección Segunda, en la que, además de señalar que los actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, constituyen ejercicio de función administrativa, también ha sostenido que el control de legalidad y constitucionalidad sobre dichos actos administrativos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, no se limita a un simple control formal, sino que se trata de un control pleno e integral, que no admite interpretaciones restrictivas, sin que ello implique que se trate de una tercera instancia.

En efecto, en decisión del 2 de mayo de 2013, la Sección Segunda, Subsección “A”³⁰, dijo:

³⁰ Radicado interno 1085-2010, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“3.4. El control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa es pleno y no admite interpretaciones restrictivas.

El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación es un control pleno e integral, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

*Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, de conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda – Subsección “B” de esta Corporación, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, **un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución.***

(...)

El hecho de que el control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos disciplinarios es un control pleno e integral, resulta confirmado por la amplísima jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela, en la cual se ha explícitamente afirmado que las acciones ante la jurisdicción contenciosa –en nulidad o nulidad y restablecimiento- son, en principio, los medios judiciales idóneos para proteger los derechos fundamentales de quienes estén sujetos a un proceso disciplinario. En efecto, la Corte Constitucional en jurisprudencia repetitiva ha explicado que los actos de la procuraduría son actos administrativos sujetos a control judicial por la jurisdicción contenciosa, regla que ha sido aplicada en incontables oportunidades para examinar la procedencia de la acción de tutela en casos concretos, en los que se ha concluido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela se hace improcedente salvo casos de perjuicio irremediable – que por regla general no se configuran con las decisiones sancionatorias de la procuraduría-. Se puede consultar a este respecto la sentencia T-1190 de 2004, en la

cual la Corte afirmó que el juez de tutela no puede vaciar de competencias la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de verificar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría en ejercicio de sus potestades disciplinarias. La lógica jurídica aplicada por la Corte Constitucional al declarar improcedentes acciones de tutela por ser idóneos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar las pretensiones de anulación de decisiones disciplinarias por violación de la Constitución, es la misma lógica jurídica que sustenta el ejercicio de un control más que meramente formal por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre estos actos administrativos.

(...)

En este sentido, el Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizar en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo –en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, **no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento; y también ha explicado que el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes.**

(...)

Se concluye, pues, que no hay límites formales para el control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. Las argumentaciones de la Procuraduría a través de sus representantes y apoderados que puedan sugerir lo contrario -v.g. que el control judicial es meramente formal y limitado, o que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría tienen naturaleza jurisdiccional- no son de recibo por ser jurídicamente inaceptables y conceptualmente confusas.” (Resaltado y subrayas ajenos al texto citado).

Descrito el trámite disciplinario a través del material probatorio resaltado, hechos los breves apuntes relacionados con la potestad disciplinaria del Estado y que el control que ejerce esta jurisdicción sobre el acto disciplinario, no es simplemente formal, sino pleno e integral, se procede a decidir el cargo.

EI CARGO Y SU RESOLUCIÓN

El motivo de disconformidad del actor, por el cual ataca la legalidad de los actos cuestionados, es **violación al debido proceso**, por lo siguiente: **i)** que se le impuso una sanción por hechos que él nunca cometió, y que si ocurrieron lo fueron por funcionarios en tiempo anterior a aquel en que él ejerció el empleo de Coordinador; **ii)** no existió objetividad, imparcialidad y se desconocieron principios que rigen la investigación disciplinaria, porque jamás se estableció con precisión cuáles controles no efectuó, ni que los haya debido ejecutar cuando ejerció como Coordinador del Grupo de Programas Especiales; máxime que no se llamó a ninguna otra persona a responder, en cambio sí cayó sobre él únicamente toda la

responsabilidad, por hechos que no cometió; **iii)** sostiene que se vulneró el principio de la *reformatio in pejus*, ya que al resolver el recurso de apelación se le hizo más gravosa su situación, al variarle -sin haberlo solicitado- “*la sanción impuesta de destitución por la de suspensión (sic) en el ejercicio del cargo por el término de diez meses*”, pues, ya había renunciado y obtenido su pensión de jubilación; **iv)** no se le podía sancionar, en tanto que no obra prueba que conduzca a la certeza de que no efectuó los controles para la debida ejecución del cupo de importación autorizado a la firma Diseños Stuff Ltda.

1. Cuestión previa

A manera de preámbulo, para definir los diversos ángulos del cargo, sea lo primero anotar que, como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros, se han señalado “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la *reformatio in pejus*.”³¹.

Así mismo, y por tratarse de aspectos importantes para igual propósito, la Sala ilustra de manera sucinta lo concerniente a la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en materia disciplinaria, en los siguientes términos:

En lo que se refiere a tipicidad, es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin

³¹ Sentencia T-1034 de 2006, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto). En igual sentido se puede consultar sentencia C-310 de 1997, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos³².

En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre en materia criminal, donde el “tipo” es más estricto o rígido, en cuestiones disciplinarias, atendiendo los bienes jurídicos tutelados, que apuntan al estricto ejercicio de la función pública, el tipo es más amplio o flexible.

Eso explica que en materia disciplinaria, resulta difícil evitar “*la formulación de standards deontológicos de conducta a los que conectar efectos sancionatorios*”³³, entendidos “*como conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, deberán rellenarse a través de un análisis pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación de los mismos desde los valores expresos en dichos conceptos jurídicos*”³⁴.

Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

Respecto a la antijuridicidad, que tiene que ver con el ilícito disciplinario, de nuevo la Sala acude a lo que la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha desarrollado alrededor del tema, porque claramente ha expuesto que, a diferencia del derecho penal, la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público³⁵. Por esto ha explicado que la valoración de la “lesividad” de las conductas que se han consagrado como faltas disciplinarias frente al servicio público es una tarea que compete al legislador, quien ha de realizar tal apreciación al momento de establecer los tipos disciplinarios en la ley; en tal medida, no compete a la autoridad disciplinaria que

³² Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis

³³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II, “principio de tipicidad”, Madrid, Editorial Civitas, S.A.1995, pág. 177.

³⁴ Obra citada, pág.177.

³⁵ Se puede consultar la sentencia C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

aplica la ley efectuar un juicio genérico de lesividad de las conductas reprochadas -lo que ya ha realizado el Legislador-, sino efectuar un juicio de antijuridicidad basado en la infracción del deber funcional, la cual -se presume- genera de por sí un desmedro, legislativamente apreciado, sobre la función pública encomendada al servidor público disciplinado³⁶.

La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado, requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción, sin justificación alguna, consolida la antijuridicidad de la conducta; sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la ausencia de éste no impide la estructuración de la falta disciplinaria.

En cuanto a los grados de culpabilidad (dolo o culpa), la Corte Constitucional ha anotado que el legislador adoptó, dentro de su facultad de configuración, en materia disciplinaria el sistema de *numerus apertus*, porque, contrario a lo que sucede en materia penal, no se señalan específicamente qué comportamientos exigen para su adecuación tipifica ser cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que apareja que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuáles tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura, del bien tutelado o del significado de la prohibición³⁷. Por ello el máximo tribunal constitucional anota en la sentencia T-561 de 2005 (MP Dr.

³⁶ Al respecto se puede estudiar la sentencia C-393-2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³⁷ En lo que corresponde a este aspecto, en la sentencia C-155 de 2002, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández, expone la Corte: *“Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado “NUMERUS APERTUS”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.*

“(...)

“Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado numerus apertus, por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado -que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)-, puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa.” (Resaltado, mayúsculas y subrayas no son del texto original).

Marco Gerardo Monroy Cabra), que “*el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado y prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que ‘es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento’³⁸”.*

2. De la reforma en peor

En lo que se refiere a la vulneración del principio de la *reformatio in pejus*, que asegura el actor se configuró con la modificación de la sanción que hizo la segunda instancia disciplinaria, para esta Sala es claro que no tiene procedencia, teniendo en cuenta que según el inciso segundo del artículo 31 de la Carta Política, “[e]l Superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, el cual tiene su reflejo en el artículo 116 del C.D.U., que dispone: “*El Superior, en la providencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio, no podrá agravar la sanción impuesta, cuando el investigado sea apelante único*”.

En el caso *sub examine*, la primera instancia disciplinaria declaró responsable al actor por el segundo cargo que le había formulado³⁹, señalando que se trató de una falta gravísima, cometida con dolo, en consecuencia lo sancionó con destitución e inhabilidad general por 10 años, decisión modificada por la segunda instancia, que respecto a una parte del cargo -la indebida autorización que en enero 5 de 2004 impartió el accionante a la sociedad Diseños Stuff Ltda., dentro del programa de importación del Plan Vallejo-, concluyó que había operado la prescripción de la acción disciplinaria, pero, lo declaró responsable de otra parte

³⁸ [Sentencia T-1093 de 2004, MP Dr. José Manuel Cepeda espinosa].

³⁹ El segundo cargo que le había sido formulado, y por el cual la primera instancia lo declaró responsable fue:

“Evaluar indebidamente sin la correcta verificación física y documental, autorizar cupo de Importación-Exportación, dentro de los programas “Plan Vallejo”, y no realizar los controles para la debida ejecución del cupo autorizado a la firma DISEÑOS STUFF LTDA, lo que permitió que dicha empresa realizara importaciones fraudulentas.

La conducta la cometió el implicado en Bogotá al autorizar el 5 de enero de 2004 un cupo de importación,... a la empresa DISEÑOS STUFF LTDA...”

del mismo, no realizar los controles para la debida ejecución en el año 2004 del cupo autorizado a esta firma, catalogando la falta como grave y cometida con culpa grave, motivo por el cual varió la sanción a suspensión por 10 meses, de suerte que no se le agravó ni la falta ni la sanción, por ende el señalado principio no fue desconocido.

3. Los otros cargos

Ahora bien, el análisis de legalidad realmente se circunscribe a la decisión disciplinaria de segunda instancia del 30 de julio de 2009, para establecer si esta decisión contraría el derecho fundamental al debido proceso, en particular el hecho de que jamás se estableció con precisión cuáles controles dejó de hacer y cuáles debió ejecutar cuando ejerció como Coordinador del Grupo de Programas Especiales.

Para el efecto, la Sala relacionará algunos hechos que se encuentran probados; se destacará a qué instancia y/o autoridad de manera específica correspondía la obligación de ejercer el control sobre los cupos de importación autorizados en el Plan Vallejo, para contrastarlos con una obligación genérica que sobre el particular correspondía a la coordinación que regentó el accionante; luego cotejará si el proceder del accionante, además de típico fue antijurídico, y si los elementos de hecho y de derecho existentes conducían a la certeza de que lo ocurrido es imputable al implicado, o si, por el contrario, emergía una duda razonable que imponía la aplicación del principio *in dubio pro disciplinado*.

Está demostrado que:

i) La base de datos electrónica de los Sistemas Especiales de importación-exportación, por medio del cual se registraba las importaciones y se ejercía control, para evitar que los cupos de importación autorizados dentro del Plan Vallejo fueran excedidos, estaba escrito en lenguaje COBOL, databa de 1985, y hasta el año 2004 no había sido replanteado, mejorado o reemplazado, a pesar de que auditorías externas habían concluido e informado al Ministerio, la precariedad y vulnerabilidad del mismo (fols.584-594 y fols.595-603, cuaderno 6 del expediente).

Además, tanto la primera como la segunda instancia disciplinaria encontraron que cualquiera otro funcionario del Ministerio, no sólo el Coordinador del Grupo de

Programas Especiales, podía ingresar y borrar y/o adulterar datos, tales como los de cupos de importación.

La vulnerabilidad o seguridad del sistema, permite a la Sala dudar de su confiabilidad, en la medida en que el acceso no era restringido al actor.

ii) El señor Ángel Yesid Rivera García, conforme lo certificó el Grupo de Recursos Humanos, prestó sus servicios de manera consecutiva desde 1981, cuando existía el Incomex, luego con el Ministerio de Comercio Exterior, y entre el 12 de febrero de 2003 y el 31 de enero de 2008, cuando le es aceptada su renuncia, con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El actor desempeñó para la época de ocurrencia de los hechos el cargo de Coordinador del Grupo de Programas Especiales, empleo del cual fue encargado entre el 19 de diciembre de 2003 y el 30 de noviembre de 2005. Coordinación que hacía parte de la Subdirección Técnica de Instrumentos de promoción de Exportaciones que, a su vez, era parte de la Dirección de Comercio Exterior.

Antes de ser encargado como Coordinador desempeñaba el empleo de Profesional Especializado, cargo al cual regresó hasta cuando le es aceptada su renuncia.

Para el momento que asume el encargo de la Coordinación, existían más de 3.000 programas autorizados en años anteriores dentro del Plan Vallejo, sobre los que debía ejercerse el control de importación y exportación.

Durante todos los años que prestó sus servicios no había sido sancionado fiscal ni disciplinariamente, además, como se admitió en el fallo disciplinario de segunda instancia, estaba probada su diligencia y eficiencia -a través de los años- en el desempeño de sus funciones, como se refleja de sus calificaciones.

iii) De acuerdo con el artículo 42 de la Resolución 1860 de 1999⁴⁰, **en forma específica**, los controles sobre los cupos asignados y sobre los registros de importaciones de materias primas e insumos, eran una **obligación funcional asignada al Asesor del Grupo Operativo y a los directores territoriales**, y a

⁴⁰ "Por medio de la cual se establecen las disposiciones de los Sistemas Especiales de Importación - Exportación - Plan Vallejo". Mediante el artículo 16 de la Resolución 1964 de 2001, se adiciona el párrafo al artículo 42.

las Direcciones Regionales o Seccionales facultadas, el registro de las importaciones por el monto del cupo autorizado. Dice este artículo:

“ARTICULO 42o. Registro de Importaciones: *La Dirección Regional o Seccional facultada, registrará importaciones en desarrollo de los programas hasta por el monto del cupo autorizado. (...)*

“Parágrafo 2º: *Es responsabilidad del Asesor del Grupo Operativo y de los Directores Territoriales, el cumplimiento de las normas vigentes que regulan los Sistemas Especiales, incluyendo lo relacionado con la aceptación de la garantía, los controles sobre los cupos asignados y sobre los registros de importaciones de materias primas e insumos, bienes de capital o repuestos, así sobre sus correspondientes saldos.”.*

Ante las debilidades del sistema o lenguaje para llevar el control , inclusive, como medida para la vigilancia de los cupos de importación, el Grupo Operativo había implementado unas tarjetas, prácticamente manuales.

iv) Conforme certificación de la Coordinación del Grupo de Recursos Humanos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Manual de Funciones, se dijo en los actos demandados, que era responsabilidad del Coordinador del Grupo de Programas Especiales *“Velar por el cumplimiento del régimen normativo de los Sistemas Especiales de Importación - exportación, implementar y ejercer los controles para la debida ejecución de los programas de Sistemas Especiales de Importación - Exportación, establecer la existencia de presuntas irregularidades en su manejo y preparar los informes respectivos”.*

v) A la empresa Diseños Stuff Ltda., para el año 2004 se le autorizó un cupo de importación de US\$300.000 y realizó importaciones por US\$1.416.957, es decir, tres veces más.

vi) *Estricto sensu*, el registro de importaciones no era parte de sus funciones, pues el operador disciplinario de segunda instancia, para declarar responsable al accionante de haber incurrido en una falta grave, cometida con culpa grave e imponerle sanción de suspensión en su cargo por 10 meses, consideró que:

A pesar de estar probado que el sistema a través del cual se controlaban los cupos de importación había sido adulterado por personas inescrupulosas, y que conforme el parágrafo segundo del artículo 42 de la Resolución 1860 de 1999, la responsabilidad directa, sobre el control de los cupos asignados y sobre los registros de importación y sus correspondientes saldos, recaía en el Asesor Coordinador del Grupo Operativo y en los Directores Territoriales, también le

cabía responsabilidad al demandante porque, a partir de la advertencia que había hecho la DIAN en mayo de 2004, sobre irregularidades de otras firmas del Plan Vallejo en años anteriores, *“debió poner en alerta al disciplinado y disponer el control general de los cupos de importación, y ordenar a la Oficina de Sistemas de Información la verificación del estado de los cupos...”*.

Agregó que una persona en las mismas circunstancias, *“hubiera dispuesto controles adicionales para controlar la ejecución de los cupos de importación, ... y hubiera estado atento para solicitar al competente que el sistema contara con un sistema de seguridad, que impidiera que personas inescrupulosas pudieran borrar el registro de importaciones”*.

Motivo por el cual concluyó que el actor, sin justificación alguna, desconoció la razón de ser de su deber.

3.1. Esta Corporación, visto el acontecer de los hechos y analizado el universo probatorio, es del criterio que la adecuación típica únicamente pudo haberse pregonado, en el asunto bajo estudio, de quien reglamentariamente tenía, en concreto, la función de controlar los cupos y los registros de importación, es decir, del Coordinador del Grupo Operativo y los Directores Territoriales, pues, fue la omisión en el cumplimiento de este deber funcional y, por supuesto, la precariedad del sistema que existía para hacer los registros, donde realmente radicó que la mencionada firma hubiera sobrepasado en el año 2004, tres veces el cupo autorizado.

Si bien las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, a las que debe remitirse el operador disciplinario, disponiendo de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos correspondientes, ello no puede desconocer el *thelos* del régimen disciplinario, y menos que él se funda en la violación del deber funcional a cargo del servidor público.

En esta materia, el reproche debe ser preciso, claro y concreto, so pena de incurrir en arbitrariedad.

Recuérdese que conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, es deber de todo servidor público cumplir con los reglamentos y manuales

de funciones existentes en la entidad estatal respectiva, y que debe hacerlo con diligencia y eficiencia. Pero, se insiste, la función asignada, para efectos de declarar disciplinariamente responsable a un funcionario público, debe ser específica, no una generalidad, de lo contrario se entra en el campo de la subjetividad, de las suposiciones, y se culmina exigiendo deberes y atribuyendo responsabilidades a quien no corresponden.

Por eso no se ajusta a la legalidad que con ocasión de la advertencia que en mayo de 2004 hizo la DIAN, pueda deducirse el incumplimiento de un deber funcional, con base en que esta -la advertencia- debió servirle de alerta para que hubiera asumido, sin señalar cuáles, controles adicionales para supervisar la ejecución de los cupos de importación, o que debió solicitar a instancias competentes, que el sistema contara con un mecanismo de seguridad que impidiera fueran borrados los registros.

Argumento este que se consolida si se tiene en cuenta que el Ministerio y/o la Dirección de Comercio Exterior, sabían de tiempo atrás de la vulnerabilidad del lenguaje Cobol y, aun sabiéndolo, no se había implementado otro mecanismo o programa, que diera confiabilidad y permitiera a los encargados directos de ejercer tal control, confiabilidad en el mismo, de manera que los datos allí registrados fueran reflejo de la realidad.

Tan evidente fue la omisión institucional en asumir correctivos en el sistema, que el Asesor del Grupo Operativo y los Directores Territoriales, instancias que reglamentariamente tenían la función específica de realizar el control de los cupos de importación y los registros de los mismos, tuvieron que implementar como medida para cumplir con ese deber, hacer ese control en tarjetas, manualmente.

De ahí que no es admisible que se haya reprochado al señor Ángel Yesid Rivera García, no haber dispuesto controles adicionales para el control de los cupos de importación, a sabiendas que como Coordinador del Grupo de Programas Especiales no tenía asignada esa función en particular.

3.2. En este orden de ideas, no podría hablarse de la existencia de una conducta antijurídica, porque no existe ilicitud sustancial, es decir, no existe incumplimiento

injustificado al deber funcional, en tanto que no tenía asignada de manera expresa la función⁴¹.

El artículo 5º del C.D.U., consagra que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, implica que se tenga asignada en concreto la función, pues, la actividad pública es reglada, por lo tanto, no es legítimo asignar responsabilidad disciplinaria a cualquier servidor público, si no es a partir del incumplimiento injustificado al deber específico, de ahí que no se ajuste a derecho que la autoridad disciplinaria, partiendo de un deber general y haciendo una interpretación extensiva, deduzca responsabilidad y sancione al actor.

3.3. Finalmente, la presunción de inocencia exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del deber funcional y la conexión del mismo con el acusado.

Toda duda razonable debe resolverse en favor del investigado, bajo el denominado principio *In dubio Pro Disciplinado*⁴². Concretamente, la duda

⁴¹ La Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis, en la que declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 734 de 2002, en torno al concepto de ilicitud sustanciales señaló:

“Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.”

⁴² En cuanto al alcance del Principio In Dubio Pro Disciplinado, la Corte Constitucional, en Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, con Ponencia del Magistrado CARLOS GAVIRIA DÍAZ, señala:

*“El derecho fundamental que tiene toda persona a que se presuma su inocencia, mientras no haya sido declarada responsable, se encuentra consagrado en nuestro Ordenamiento constitucional en el artículo 29, en estos términos: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, lo que significa que **nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su culpabilidad no haya sido plenamente demostrada.***

Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien: el principio general de derecho denominado “in dubio pro reo” de amplia utilización en materia delictiva, y que se venía aplicando en el proceso disciplinario por analogía, llevó al legislador a consagrar en

razonable encuentra su fundamento en la idea de que es preferible absolver a culpables que condenar a inocentes, propio de los sistemas probatorios que giran en torno a la presunción de inocencia, como sucede con el nuestro.

El artículo 142 de la Ley 734 de 2002, establece que no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado. En el caso *sub lite*, sopesando el universo probatorio bajo las reglas de la sana crítica (artículo 141 *ibídem*), se concluye que la sociedad Diseños Stuff Ltda., excedió en el año 2004 el cupo de importación autorizado, pero que ello proviniere de una omisión del señor Ángel Yesid Rivera García, como Coordinador del Grupo de Programas Especiales, no está plenamente demostrado.

Si bien en materia disciplinaria, diverso a lo que ocurre en materia penal y otras expresiones del derecho punitivo, el juzgador tiene un margen más amplio para llegar a la convicción de la certeza, ello en sí mismo no lo legitima para asumir posturas subjetivas, con la creencia que corresponde hallar un responsable, sea quien fuere.

4. Perjuicios materiales y morales: Esta pretensión se despachará negativamente toda vez que dentro del curso del proceso no se desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a corroborar tales perjuicios, y conforme lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C., incumbe a la parte que lo solicita probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido; no basta la simple enunciación y/o el simple pedido sin el respaldo probatorio que así lo demuestre, porque no se trata de hechos notorios o presumibles.

la disposición que hoy se acusa, el in dubio pro disciplinado, según el cual, toda duda que se presente en el adelantamiento de procesos de esta índole, debe resolverse en favor del disciplinado.

El "in dubio pro disciplinado", al igual que el "in dubio pro reo" emana de la presunción de inocencia, pues ésta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado.

Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quién adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado." (Resaltado no es del texto original).

Pero como el señor Ángel Yesid Rivera García presentó renuncia, y le fue aceptada a partir del 1º de febrero de 2008, significa que para cuando es proferido el fallo disciplinario de segunda instancia se encontraba retirado, por lo tanto la sanción de suspensión de 10 meses, que debió ejecutar la autoridad nominadora (Ministro o Director de Comercio Exterior), conforme el inciso 2º del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, fue convertida en multa.

En el evento que el actor hubiera pagado el monto de la multa como resultado de la sanción, pues no hay prueba dentro del plenario de ello, dentro del restablecimiento del derecho se ordenará al Ministerio que, a través de la instancia que corresponda, reembolse dicha suma al señor Ángel Yesid Rivera García.

Conclusión

Así las cosas, se declarará la nulidad de los fallos disciplinarios de primera instancia del 31 de octubre de 2008, por medio del cual la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública declaró responsable al actor, imponiéndole sanción de destitución e inhabilidad general por diez (10) años, y de segunda instancia del 30 de julio de 2009, mediante el cual la Sala Disciplinaria del organismo accionado resolvió el recurso de apelación, modificando la decisión inicial por suspensión de diez (10) meses en el ejercicio del cargo.

Como resultado de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, cancelar el registro de la sanción impuesta al actor; y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, eliminar de la hoja de vida del accionante cualquier anotación hecha en la misma con ocasión de la sanción, y que a través de la instancia que corresponda reembolse al señor Ángel Yesid Rivera García el monto de lo que hubiera pagado por multa, en caso de haberlo hecho.

Se niegan las restantes pretensiones de la demanda, y no se condena en costas por no evidenciarse una postura temeraria o de mala fe del ente accionado.

Decisión

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

Primero.- DECLÁRASE la nulidad de los fallos disciplinarios de primera instancia del 31 de octubre de 2008, por medio del cual la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública de la entidad accionada, declaró responsable al actor, imponiéndole sanción de destitución e inhabilidad general por diez (10) años, y de segunda instancia del 30 de julio de 2009, mediante el cual la Sala Disciplinaria del mismo ente resolvió el recurso de apelación, modificando la sanción inicial por suspensión de diez (10) meses en el ejercicio del cargo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, a título de restablecimiento:

Segundo.- ORDÉNASE i) a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, cancelar el registro de la sanción impuesta al actor; ii) al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, eliminar de la hoja de vida del accionante cualquier anotación hecha en la misma con ocasión de la sanción, y que, a través de la instancia que corresponda, reembolse al señor Ángel Yesid Rivera García el monto de lo que hubiera pagado por multa, en caso de haberlo hecho.

Tercero.- NIÉGANSE las restantes pretensiones de la demanda.

Cuarto.- RECONÓCESE personería a la doctora Ana Carolina Sánchez Sánchez, identificada con C.C. No. 1.065.871.263 y T.P. No. 190.147 del C.S.J., para actuar como apoderada judicial de la Procuraduría General de la Nación, conforme poder que obra a folio 223.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

SANDRALISSET IBARRA VÉLEZ (E)

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO