

A PROPÓSITO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA EN COLOMBIA. UNA MIRADA AL TEMA DE LA CADUCIDAD, VISIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

INTRODUCCIÓN

De la Administración Pública se predica el ejercicio de la potestad sancionadora, de la que deriva el poder correctivo en presencia de conductas calificadas en el ordenamiento como infracciones, sin que exista discusión sobre la obligatoriedad del titular de esa facultad de acogerse a la preceptiva que rige la materia. Sobre el instituto de la caducidad de la potestad sancionadora disciplinaria respecto de los profesionales de la Contaduría Pública existe vacío normativo, determinante de incertidumbre para los titulares de dicha facultad y para quienes ostentan el carácter de destinatarios de tal poder: los profesionales de la contaduría pública y las personas jurídicas habilitadas para prestar servicios inherentes a la disciplina contable.

PALABRAS CLAVE

Potestad sancionadora disciplinaria, reserva de ley, sanciones disciplinarias, *non bis in idem*, caducidad, prescripción, integración normativa, interpretación jurisprudencial.

CONSIDERACIONES PREVIAS - DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

El Derecho Administrativo ha sido definido tradicionalmente como “*El Derecho de la Administración Pública*”, esto es, el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la organización, los medios y las formas de actuación de los órganos que forman parte de aquella, con un contenido distinto del que poseen las normas que regulan las relaciones entre los sujetos privados¹. En consecuencia, corresponde a un derecho singular que deriva su naturaleza de la condición especial del sujeto que en su desenvolvimiento interviene - la Administración Pública -, y donde los poderes jurídicos que a ésta conciernen y las facultades propias de las personas que actúan, están afectados por la tutela de los intereses públicos comprometidos.

El Estado posee una cualidad de imperio en lo relativo a las “*Potestades Públicas*”, específicas a favor de los órganos de la Administración del Estado, los cuales están contruidos como poderes-deberes orientados a la satisfacción del interés público. Así las cosas, entendidas las potestades de los órganos de la Administración del Estado como las prerrogativas de que disponen, encuentran su fundamento y explicación en los intereses

¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Principios de Derecho Administrativo General, Iustel, Madrid, 1ª edición, reimpresión 2005, pgs. 59-60.

públicos o bienes jurídicos a que están asociados, lo que determina el campo de acción de esas facultades.

Concebidas así las potestades como los poderes que tienen los órganos estatales para la ejecución de los cometidos o tareas que les asignan las leyes, la doctrina ha expresado que esos atributos comportan diversas modalidades: En primer lugar, la **de mando**, operativa o ejecutiva, juzgada como el poder o facultad que tiene el órgano estatal de dictar órdenes y obligar a su cumplimiento; la potestad **reglamentaria**, en virtud de la cual el órgano estatal dicta medidas destinadas a señalar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se debe ejecutar la ley; y la **sancionadora, punitiva o disciplinaria**, que ha sido interpretada como la competencia atribuida al órgano estatal para exigir obediencia y disciplina a sus funcionarios y a los particulares, determinando deberes y prohibiciones, constituyendo infracciones por su violación o incumplimiento, imponiendo sanciones a quienes incurran en esas infracciones, y señalando procedimientos para aplicar tales sanciones.

Las señaladas potestades corresponden a las tres Ramas del Poder Público y, en particular, la potestad sancionadora, punitiva o disciplinaria, es ejercida por la Rama Ejecutiva o Administración Pública, a través de especiales órganos de vigilancia y control, entre otros, y para nuestros fines, las Superintendencias, entes de vigilancia estatal, y el órgano de control disciplinario profesional.

De esa forma, la potestad disciplinaria correccional encuentra sustento en el reconocimiento de que todas las entidades y disciplinas, cualquiera sea su naturaleza, demandan una organización que, por esencia, exige una disciplina específica, entendida ésta como el deber de observancia de parámetros de conducta, cuyo desconocimiento posibilita la aplicación de sanciones o correctivos.

LOS ORGANISMOS DE CONTROL ESTATAL Y LA JUNTA CENTRAL DE CONTADORES. POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

La Junta Central de Contadores ostenta el carácter de Tribunal Disciplinario de la profesión contable en Colombia y en tal condición ejerce la potestad sancionadora en ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia, como una manifestación del derecho disciplinario profesional, a la luz del mandato contenido en el artículo 26 de la Carta Política.

A su turno, las Superintendencias y demás organismos de control estatal, tienen a su cargo el control administrativo en relación con el ejercicio de funciones específicas, atribuidas por ley a diversos actores.

En tratándose de la profesión contable, y en particular de la función de revisoría fiscal, no cabe ninguna duda que corresponde a la Junta Central de Contadores y a los demás organismos de control estatal, de manera separada, ejercer el poder de control y sanción, por razón de vulneraciones ligadas al ejercicio profesional o a infracciones cometidas en desarrollo de una función específica.

Sobre la concurrencia de tales controles, con el reconocimiento de mis personales reservas en torno a la manera como se viene interpretando el asunto, y sobre los alcances del principio del *non bis in ídem*, vale la pena destacar las precisiones que ha formulado la Corte Constitucional, entre otros, en el fallo cuyos apartes se transcriben de la manera que sigue:

*“(…) No comparte el criterio del actor, pues esta corporación, recogiendo los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia al respecto, tiene bien establecido que se desconoce el non bis in ídem únicamente 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**”. Así, es necesario que se trate de una misma persona, que sea inculpada por exactamente los mismos hechos y, finalmente, que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos. Ahora bien, en los Fundamentos 10 y 11 de esta sentencia, esta Corte ya había precisado que las sanciones impuestas a los contadores por las normas del E.T. tenían un doble fundamento constitucional. De un lado algunas son expresión de un derecho punitivo tributario que se establece con el fin de sancionar el incumplimiento de los deberes fiscales (C.P., art. 95 ord. 9º). Y, de otro lado, otras son sanciones derivarlas de la facultad de inspección y vigilancia de las profesiones, por lo cual se trata de manifestaciones de un derecho disciplinario ético profesional (C.P., art. 26). Esta diferencia de fundamento explica que en el primer caso las sanciones sean impuestas por la propia administración tributaria, como sucede con la conducta descrita en el artículo 660, mientras que en el segundo caso el órgano competente es la junta nacional de contadores (sic). Además, el tipo de sanciones no es idéntico, pues la administración tributaria suspende o cancela la facultad para firmar declaraciones tributarias y certificar los estados financieros y demás pruebas con destino a la propia administración tributaria, mientras que la junta nacional de contadores (sic) puede imponer multas, y suspender o cancelar la inscripción profesional. Por consiguiente, a pesar de que en ambos casos se trata de sanciones administrativas, la Corte considera que no hay violación del non bis in ídem, pues el fundamento, la finalidad y el tipo de sanciones son diversos. **En el primer caso se trata de la expresión del poder punitivo tributario que busca garantizar el cumplimiento de los deberes fiscales (C.P., art. 95 ord. 9), mientras que en el segundo evento nos encontramos en frente del ejercicio de un derecho sancionador profesional, con el fin de controlar los riesgos sociales asociados al ejercicio de determinadas actividades como las de los contadores públicos (C.P., art. 26).**”² (Resaltado fuera del texto).*

² Sentencia C-556 de 1991. Corte Constitucional. Actor: Carlos Enrique Roa Montoya. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONADORA

1. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD, NATURALEZA JURÍDICA

Con gran frecuencia ocurre que quienes impugnan decisiones sancionatorias de la Administración esgrimen el motivo de la caducidad del procedimiento o la prescripción de la infracción cometida, en razón a que el transcurso del tiempo y las dilaciones administrativas redundan a favor o en contra de los intereses de quienes de alguna manera se involucran en actuaciones de naturaleza sancionadora.

La prescripción es una institución jurídica de regulación legal, en virtud de la cual se adquieren o se extinguen derechos, por haberse agotado un plazo de tiempo fijado por la ley. En sentencia C-556 de 2001, la Corte Constitucional, al referirse a la prescripción en materia disciplinaria, la describió como un "*instituto jurídico liberador*", que opera por el transcurso del tiempo y cuya consecuencia es la pérdida de la facultad sancionatoria por parte del Estado. El Alto Tribunal, advirtió al respecto:

"La prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva- ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado por la ley". Este fenómeno, agregó, " (...) tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiario con la prescripción".

Es de especial importancia anotar que la figura de la prescripción no se produce automáticamente por el vencimiento del término preclusivo, sino que debe ser alegada por el interesado, en la medida que no tiene efecto *ope legis* o *per ministerium legis*, sino *ope exceptionis*, o dicho de otra manera, que requiere su invocación. Se deriva de la naturaleza de tal figura, que el interesado ostenta una capacidad dispositiva frente a la prescripción, lo que le permite, incluso, renunciar a ella, si así lo considera necesario para que continúe el curso del proceso.

La caducidad, a su turno, es concebida como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho, de tal forma que lo que se pretende con el reconocimiento de la ocurrencia de tal fenómeno es poner fin a trámites que afectan la seguridad jurídica de los particulares, con el conocimiento de que las autoridades no podrán ejercer sus prerrogativas al transcurrir el término establecido por la ley respectiva.

La Enciclopedia Jurídica Omeba define la caducidad así: *“En sentido etimológico, llámese caduco, del latín caducus, a lo de crépito y muy anciano, lo poco durable. Se dice que ha caducado lo que ha dejado de ser o perdido efectividad. Caducidad es la acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, sea por falta de uso, por terminación de plazo u otro motivo, alguna ley, decreto, costumbre,, instrumento público, etcétera. La caducidad pertenece al campo del dejar de ser”*.³

De esa manera, esta figura hace alusión a la sanción que se impone a quien dentro de un plazo definido no realiza voluntaria y conscientemente la conducta que de él se demanda.

2. DIFERENCIAS ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

La caducidad es una figura que surge de la inexistencia de una situación donde el sujeto tiene potestad de ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos y, por no hacerlo dentro de un lapso perentorio, pierde el derecho a materializar el actuar que le corresponde.

En nuestro ordenamiento, el artículo 38 del C.C.A regula en general el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, esto es, cuando no ha sido previsto en normas especiales. Establece dicho precepto que: *“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”*. (Resaltado nuestro).

Por tanto, al aludido mandato se acude cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora en cabeza de los organismos de control administrativo estatal que, en esencia, imponen sanciones en ejercicio de facultad administrativa, luego de concluido el trámite expresamente definido.

El mencionado artículo 38 señaló el término de tres (3) años para que opere la caducidad de la facultad sancionadora, pero guardó silencio en cuanto a la forma de contabilizar la finalización de dicho plazo. La jurisprudencia se ha ocupado de aclarar el asunto, encontrándose que en relación con la finalización del término de caducidad establecido, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha señalado tres tesis, a saber:

Tesis Laxa: Expedición del acto administrativo principal durante el término de caducidad del artículo 38 del C.C.A. Según esta interpretación, resulta suficiente para interrumpir el término, la expedición del acto administrativo sancionador, sin que se precise su notificación, ni agotar la vía gubernativa.⁴

³ Enciclopedia Jurídica Ameba, 2ª. Ed. Editorial Bibliográfica. Argentina, 1995., p. 72.

⁴ Tesis contenida, entre otras, en las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia de la Sección Cuarta Rad. 5158-94/04/22 y Sentencia de la Sección Primera-Rad. 6547.

Tesis Intermedia: Expedición y notificación del acto administrativo principal dentro del término de caducidad establecido en el artículo 38 C.C.A. Mayoritariamente sostenida por el Alto Tribunal-Sección Cuarta ⁵, estima válido el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración con la expedición y notificación del acto principal, esto es, el acto sancionatorio, dentro del término de caducidad señalado.

Tesis Restrictiva: Expedición, notificación y agotamiento de la vía gubernativa del acto administrativo principal dentro del término de caducidad establecido. Posición sostenida por la Sección Primera del Consejo de Estado y hasta hace poco tiempo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sostiene que dentro del término de caducidad del Código Contencioso Administrativo, la Administración debe expedir, notificar y agotar la vía gubernativa en relación con el acto sancionador, toda vez que solamente el acto en firme permite su ejecución, porque los recursos de acuerdo con el artículo 55 del C.C.A se conceden en el efecto suspensivo. ⁶.

Realmente, sobre la materia no se ha generado una única línea jurisprudencial, pero se reconoce que la posición mayoritaria es la intermedia y, en ese orden, se entiende que el acto administrativo sancionador debe expedirse y notificarse dentro del término previsto en el artículo 38 del C.C.A, para evitar la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la potestad sancionadora

Por otra parte y, tratándose de prescripción de la acción, a la luz del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único-, precepto al que tendremos ocasión de referirnos de manera posterior, ha dicho la jurisprudencia que dentro del término de cinco (5) años establecido, debe quedar ejecutoriada la sanción impuesta.

SOBRE LA CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA. RÉGIMEN PREDICABLE DE LOS CONTADORES PÚBLICOS EN COLOMBIA

La Ley 43 de 1990, que adicionó la Ley 145 de 1960, contiene el reglamento de la profesión contable en Colombia, y en el artículo 15 atribuye a la Junta Central de Contadores la función de *“Ejercer la función de inspección y vigilancia, para garantizar que la Contaduría Pública sólo sea ejercida por Contadores Públicos debidamente inscritos, y que quienes ejerzan la profesión de Contador Público lo hagan de conformidad con las normas legales, sancionando en los términos de la ley, a quienes violen tales disposiciones”*, facultad que se predica también de las personas jurídicas prestadoras de servicios contables, de la manera definida por el Decreto 1510 de 1990, reglamentario de la citada Ley 43. Dentro de ese ámbito, el ordinal 5º le confiere la facultad de *“Hacer que se cumplan las normas sobre ética profesional”*.

⁵ Concepto No. 1632 de 2005, Consejo de Estado

⁶ Entre otras, sentencias Sección Primera, Exp. 6701, Sección Segunda Rad. 17112 (tema disciplinario).

El artículo 23, *ibídem*, define las sanciones aplicables en eventos de transgresiones al ordenamiento ético disciplinario, y el artículo 22 puntualiza que contra las decisiones adoptadas por el Tribunal Disciplinario Profesional proceden los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

Revisada en su integridad la regulación que sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria se encuentra contenida en la Ley 43 de 1990, aparece diáfano que no se ocupó el legislador de definir de manera expresa el término dentro del cual la Junta Central de Contadores puede imponer sanciones disciplinarias.

Surge entonces, frente al vacío normativo anunciado, la necesidad de revisar la manera como la jurisprudencia ha decantado el tema. Una primera aproximación a la definición del asunto se encuentra en el texto de la sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-530 de 2000⁷, que decidiera la demanda de inexecutable instaurada por el ciudadano Isidoro Arévalo Buitrago contra un importante número de artículos de la Ley 43 de 1990. En esa ocasión, y sin que existiera alusión específica al instituto de la caducidad, reconoció el Alto Tribunal la posibilidad de acudir al principio de integración normativa que, según se sugirió, determinaba al operador disciplinario a llenar los vacíos en un orden puntual. Se anotó en tal pronunciamiento que:

*“ La lectura integral de la ley y el examen detenido de la norma cuestionada permite concluir, que aun cuando ésta, comparada con las regulaciones de otros estatutos disciplinarios, puede presentar algunas falencias, por la circunstancia de no regular de manera minuciosa los trámites propios del proceso disciplinario que debe seguirse para juzgar las faltas en que incurran los sujetos disciplinados, ello no la hace inconstitucional, porque los vacíos del procedimiento pueden llenarse acudiendo a la integración normativa. **Por consiguiente, tratándose de actuaciones administrativas disciplinarias contra sujetos privados aquéllos pueden llenarse con las normas del C.C.A. o en su defecto, con las normas del Código Único Disciplinario.** Precisamente, se observa que el art. 22 de la ley 43/90 dispone la integración normativa, cuando ordena que los pronunciamientos de la Junta de Contadores están sujetas (sic) a los recursos establecidos en el C.C.A.”.* (Resaltado no original).

Posteriormente, aparecen referencias jurisprudenciales concretas y de ellas destacamos por su pertinencia algunas:

1. El 2 de febrero de 2006 se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “A”, Mag. Pon. Susana Buitrago Valencia⁸, en un caso en el que se discutía sobre la procedencia de la sanción disciplinaria impuesta a una sociedad de contadores públicos por violación del régimen de incompatibilidades al ejercer de manera

⁷ Sentencia C-530 del 10 de mayo de 2000. Corte Constitucional Sala Plena.

⁸ Sentencia del 13 de mayo de 2004. Consejo de Estado. Expediente 2003 – 0010. Actor: Nancy Mariela Palacios Rubio. M.P. Susana Buitrago Valencia.

simultánea las funciones de asesoría tributaria y de revisoría fiscal en el mismo ente económico. Se destacó en ese fallo que *“Conforme lo determina el artículo primero, inciso segundo del Código Contencioso Administrativo, los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”*. Con fundamento en ese precepto, se concluyó que *“(…) el término de tres (3) años con el que a las voces del artículo 38 del C.C.A cuenta la Administración para la imposición de sanciones por regla general inicia su conteo no a partir del conocimiento del hecho presuntamente constitutivo de incumplimiento a los deberes o de la violación a las prohibiciones, sino a partir de producido el acto que pueda ocasionar la sanción. Esto es razonable en tratándose de Entidades que como la demandada, ejercen funciones de supervisión y vigilancia correspondiéndoles por tanto la obligación de enterarse de las actividades de las vigiladas”*. Se alude en el fallo un pronunciamiento previo en el que se destaca que en consideración de la calidad de la demandante - profesional de la contaduría pública en ejercicio independiente -, pese a estar facultada por ley para dar fe de los hechos propios de su profesión, no puede asimilarse a un particular en ejercicio de funciones públicas, por no corresponder el reproche formulado a la violación de este principio.

2. También el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esta vez en providencia del 21 de septiembre de 2006, con ponencia del Magistrado William Giraldo Giraldo⁹, y manteniendo la línea ya definida, al dictar sentencia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por una reconocida sociedad de contadores públicos, declara la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Junta Central de Contadores, al aceptar que se debe acudir al artículo 38 del C.C.A en ausencia de normativa especial y, por tanto, se tiene que la facultad sancionatoria de la administración caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionar la sanción y, en este caso, se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados, al reconocerse que operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionadora.

3. Posteriormente, en otro pronunciamiento¹⁰, el mismo Tribunal insistió en la aplicación del término de caducidad de tres (3) años establecido en el artículo 38, tantas veces mencionado, y formuló precisiones en torno a la manera como debe contabilizarse el referido plazo y, con qué acto realizado por la Administración se entiende que fue oportuna la decisión sancionatoria disciplinaria.

Determinó la Corporación de conocimiento que, conforme el aludido precepto, al que se acude en ausencia de normativa especial sobre el tema, se tiene que la facultad sancionatoria se extiende hasta la notificación del acto principal. Únicamente basta que se haya expedido y notificado, dentro de ese lapso, el acto principal a través del cual se

⁹ Sentencia Sección Primera Subsección “A”, 21 de septiembre de 2006. Consejo de Estado. Actor: BDO audit. AGE. M. P. William Giraldo Giraldo,

¹⁰ Sentencia del 7 de junio de 2007. Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera. Actor: KPMG Ltda.. M.P. Dr. William Giraldo Giraldo.

impone la sanción, que es el acto definitivo que pone término a la actuación administrativa sancionatoria (Arts. 44 y 50 del C.C.A).

En esa ocasión, se reconoció que el análisis surge con motivo de la sanción impuesta a la sociedad de contadores públicos actora con motivo de la falta de supervisión de las actividades desarrolladas por sus asistentes, al no percatarse de las inconsistencias de los dictámenes de revisoría fiscal sobre los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 1999, presentados ante la junta de socios de la sociedad fiscalizada, y los remitidos a la Contaduría General de la Nación.

DE LA EXCEPCIÓN A LA ANTERIOR REGLA

Han sido consistentes la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de cuestionamientos formulados a profesionales de la Contaduría Pública por presunta vulneración del ordenamiento penal y, el Consejo de Estado, con motivo de faltas relacionadas con la violación del principio de fe pública contable, en reconocer excepción a la regla general de prescripción y caducidad, en su orden, postura que se aprecia de manera clara en los proveídos que se aluden en las siguientes líneas.

Uno de ellos corresponde a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia¹¹, donde la Corporación recordó que, en este caso, por tratarse del juzgamiento a profesionales de la Contaduría Pública, resultaba necesario hacer referencia a la normatividad que rige la profesión y, para el caso, se hizo expresa alusión al artículo 10 de la Ley 43 de 1990 que consagra el principio de la fe pública contable, así:

“Artículo 10. De la fe pública.

(...)

PARAGRAFO. Los contadores públicos, cuando otorguen fe pública en materia contable, se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil a que hubiere lugar conforme a las leyes.” (Negrilla nuestra).

Se señala que tal precepto, demandado por quienes lo estimaban contrario a la Carta Política, fue declarado exequible mediante Sentencia C-530 de 2000, ya mencionada, cuando la Corte Constitucional advirtió que:

¹¹ Sentencia del 11 de julio de 2007. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

“Por lo mismo, el interrogante que se le formula a la Corte es si la ley puede asimilar a los contadores, cuando otorguen fe pública en materia contable, a funcionarios públicos, para efectos de las sanciones penales.

(...)

No excede pues la norma acusada los parámetros superiores en que se funda la equidad, porque al someter la ley a los contadores públicos al mismo nivel de responsabilidad penal que se demanda de los funcionarios públicos, tiene en cuenta que estos profesionales ejercen materialmente una actividad, asimilable a una función pública, como es la de otorgar fe pública sobre los actos propios de su profesión, ejercicio que apareja, por lo mismo, una responsabilidad especial en términos similares a la que se deduce contra los funcionarios del Estado, quienes, como es obvio, ejercen funciones públicas.” (Resaltado nuestro).

En ese sentido, se entiende que por virtud de la norma transcrita, en materia penal, a los contadores públicos, cuando otorgan fe pública, se les aplica el término de prescripción para los delitos de falsedad, al no juzgarse como ciudadanos particulares, por asimilarse en ese caso a servidores públicos.

Aparece así un reconocimiento jurisprudencial que encuentra soporte normativo claro - artículo 10 de la Ley 43 de 1990 -, cuando quiera que se juzguen conductas atentatorias del ordenamiento penal, contrarias al principio de la fe pública. Tal situación, en cambio, no se predica de la caducidad de la facultad sancionadora disciplinaria, en tanto, como ya se explicó, existe un vacío normativo, superado gracias a la aplicación del principio de integración normativa de la manera como lo autorizó la Corte Constitucional y lo ha reconocido la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sin embargo, el aludido vacío normativo, superado de la forma como se explicó en anteriores líneas en lo que a faltas no violatorias del principio de la fe pública contable concierne, al aplicarse el artículo 38, citado, ha merecido por parte del Consejo de Estado tratamiento diferente, cuando quiera que se investiguen faltas en las que se reprocha la vulneración de tal postulado, enfrentándonos a una dualidad de posiciones que, sin ninguna duda, debe ser superada, por cuanto, en nuestro sentir, define diferencias no convenientes, como si otras violaciones, *v.gr.* del régimen de prohibiciones (inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés en el ejercicio de la revisoría fiscal), respecto de las cuales se aplica el término de caducidad del ordenamiento contencioso administrativo, no comportaran connotación tal para merecer el mismo tratamiento dado a la prescripción de la acción correspondiente (cinco años contados a partir de la ocurrencia de los hechos).

Entendemos razonable la remisión al Código Disciplinario Único en el caso de la fe pública, normativa que consagra un término prescriptivo de cinco (5) años, pero, reclamamos también la necesidad de definir pautas uniformes, lo cual, sabemos, sólo se conseguirá propiciando la expedición de un cuerpo normativo que supere las debilidades propias de un régimen profesional que ya supera los veinte (20) años y que, sin ninguna

duda, debe ajustarse a las nuevas realidades de la profesión y al dinamismo que le es inherente.

Así definió el asunto el H. Consejo de Estado en sentencia del 19 de diciembre de 2005, cuando dentro del expediente 2001-00372-01 (7608), con ponencia del Magistrado Camilo Arciniegas, expresó:

“(...) El cargo de falta de aplicación de los artículos 92, 144, 145.148 y 149 del CDU no puede prosperar pues estas disposiciones no son aplicables al asunto debatido. En efecto, el sancionado es un particular que ejerce la profesión de Contador Público, y la conducta objeto del reproche disciplinario fue desplegada ante una compañía de carácter privado; luego, echándose de menos el ejercicio de una función pública permanente o transitoria en los términos del artículo 20 del CDU, no son aplicables sus normas y menos cuando los Contadores Públicos tienen su propio régimen disciplinario especial establecido en la Ley 43 de 1990.

(...)

“ Para resolver, debe tenerse en cuenta que el régimen disciplinario del Contador Público está consignado en los artículos 15, 19, 20 y 21 de la Ley 145 de 1960, 20 y 28 de la Ley 43 de 1990 « por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones.. Para establecer cuál es la norma que rige la prescripción de la acción disciplinaria en el sub-judice, debe tenerse en cuenta que el otorgamiento de fe pública es una función estatal, pues las atestaciones de la persona habilitada al efecto son vinculantes dentro del ámbito de su competencia. Cuando los Contadores Públicos otorgan fe pública ejercen función pública, pues los actos que produzcan en ejercicio de su profesión se tienen por ciertos, salvo prueba en contrario. Así lo establece el parágrafo del artículo 10 de la Ley 43 de 1990, al asimilar los Contadores a funcionarios públicos, cuando dan fe pública” . (Resaltado no original).

Así lo precisó la Corte Constitucional al declarar exequible este artículo en sentencia C-530 de 2000 en la cual se lee:

“El Contador es un profesional que goza y usa de un privilegio que muy pocos de los demás profesionales detenían (sic), que consiste en la facultad de otorgar fe pública sobre sus actos en materia contable. Tal circunstancia particular lo ubica técnica, moral y profesionalmente en un contexto personal especial, que le exige, por lo mismo, una responsabilidad también especial frente al Estado y a sus clientes, si se tiene en cuenta la magnitud de sus atribuciones, porque no todo profesional puede, con su firma o atestación, establecer la presunción legal de que, salvo prueba en contrario, los actos que realiza se ajustan a los requisitos legales. ...”

Tratándose de particulares que ejercen funciones públicas en forma transitoria (art. 20 CDU), la prescripción de la acción disciplinaria se rige por el artículo 34 CDU, que establece para las faltas instantáneas un término de cinco (5) años contados a partir de su consumación (...).¹² (Negrilla nuestra).

CONCLUSIONES

En nuestro Derecho Administrativo existen un conjunto de potestades y privilegios de la Administración, cuyo fundamento y contenido está expresamente establecido en el ordenamiento.

Dentro de estas prerrogativas emergen las potestades administrativa sancionadora y disciplinaria, atribuidas, en su orden, a los órganos de control estatal, y a la Junta Central de Contadores en el carácter de Tribunal Disciplinario de la profesión contable.

La jurisprudencia de las Altas Cortes autoriza la aplicación de los institutos de la prescripción, definida en el Código Disciplinario Único (Art. 34), en tratándose de conductas atentatorias del principio de la fe pública contable, y de la caducidad del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, por faltas que no comportan la violación de tal principio, cuando las mismas sean cometidas por Contadores Públicos o por personas jurídicas habilitadas para prestar servicios inherentes a la profesión.

La falta de un marco preciso en relación con la cesación del derecho de ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Junta Central de Contadores, conlleva a la violación del principio de igualdad que dirige el actuar punitivo estatal. En este sentido, al no existir sobre esa materia parámetros contemplados en una ley, surge gran incertidumbre para quienes administran justicia disciplinaria y para los destinatarios de la potestad sancionadora estatal.

REFLEXIÓN FINAL

Por interpretación jurisprudencial, se han definido términos de prescripción, o de caducidad, distintos para ejercer la potestad disciplinaria, dependiendo de si se trata de infracciones al principio de fe pública contable o de violaciones de otra naturaleza. Me cuestiono si, en verdad, es acertada tal distinción. Si bien existe unidad jurisprudencial en torno al término de caducidad - de la potestad administrativa sancionadora (ejercida por órganos de control estatal distintos de la Junta Central de Contadores), y de la potestad disciplinaria (propia del Tribunal Disciplinario profesional en eventos de faltas que no

¹² Sentencia del 19 de diciembre de 2005. Consejo de Estado-Sección Primera. Actor: Rafael Antonio Martínez Martínez. M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

involucren la afectación del principio de la fe pública contable) -, se demanda la definición de un término preciso de caducidad de la facultad sancionadora disciplinaria respecto de los profesionales de la Contaduría Pública, sin importar la naturaleza de la infracción.

Lo anterior, en armonía con otros ordenamientos disciplinarios que consagran un plazo de prescripción -o de caducidad- de la acción o de la facultad sancionadora, (de cinco (5) años), mayor al término de caducidad definido en el C.C.A (de tres (3) años), predicable, en esencia, de actuaciones de la Administración en ejercicio de potestad administrativa sancionatoria general, no disciplinaria en especial.

Marcela Rojas Cárdenas