



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00453-01 (0260-2019)
Actor: **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ**
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales UAE- DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho CPACA
Tema: Inhabilidad especial para acceder a cargos de la DIAN – artículo 10, numeral 3, del D.L. 1072 de 1999 / Inaplicación en el caso particular de norma declarada exequible. Vigencia – juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2018, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección D, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demanda

Las pretensiones de la demanda

2. El señor Luis Francisco García Martínez, por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante el cual pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos¹:

- (i) Resolución N° 003036 del 17 de abril de 2013 expedida por el director general de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales *“Por la cual se abstiene de efectuar un nombramiento en periodo de prueba”*.

¹folios 2-10 Cuaderno Principal



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

- (ii) Resolución Número 005710 del 10 de julio de 2013 de la misma Dirección, *“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 003036 del 17 de abril de 2013”*.

3. A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la DIAN efectuar el nombramiento del demandante como funcionario en periodo de prueba en el cargo que debía desempeñar, según el concurso de méritos que superó, o a otro similar o superior sin solución de continuidad; que se condene a la demandada al pago de los salarios y demás prestaciones a que tiene derecho, desde el momento en que debió ser incorporado como funcionario en periodo de prueba y hasta cuando se efectúe dicho nombramiento, sumas que deben ser reajustadas. Pidió el pago de la sanción moratoria de las cesantías y el pago de las anteriores condenas indexadas.

Hechos

4. El demandante afirmó que, mediante Resolución N° 128 de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a proceso de selección para la provisión definitiva de empleos de carrera en la DIAN. Que, a través de la Resolución 3242 del 27 de septiembre de 2012, se conformó la lista de elegibles para proveer 11 vacantes del cargo denominado “Investigador de análisis y requerimientos, diseño y construcción de componentes de software inspector IV código 308 grado 08”, código OPEC 201093; lista que cobró firmeza el 4 de abril de 2013.

5. El señor Luis Francisco García Martínez ocupó el puesto noveno en el concurso. Luego de la expedición de la lista de elegibles, la DIAN contaba con 10 días hábiles para proveer las once vacantes, nombrando en periodo de prueba a las primeras once personas de dicha lista.

6. Mediante Resolución N° 000064 del 17 de abril de 2013 la DIAN efectuó los nombramientos en periodo de prueba, sin incluir el nombre del demandante, a pesar de que en la lista de elegibles ocupó la novena posición.

7. En la misma fecha, 17 de abril de 2013, la entidad emitió la Resolución N° 003036 (uno de los actos administrativos demandados), mediante el cual se



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

abstuvo de efectuar el nombramiento en periodo de prueba del demandante, al advertir que tenía una sanción disciplinaria de destitución impuesta mediante Resolución N° 4147 del 20 de mayo de 2003, que fue confirmada por Resolución 5007 del 16 de junio siguiente y ejecutada a través de la Resolución 5759 del 15 de julio de dicha anualidad.

8. El 10 de mayo de 2013, el accionante interpuso recurso de reposición contra la Resolución N° 003036, el cual se decidió mediante la Resolución N° 005710 del 10 de julio de 2013 (segundo acto administrativo demandado) en el sentido de confirmar la resolución impugnada.

Normas violadas

9. Como normas transgredidas por los actos administrativos demandados, se invocaron los artículos 2, 6, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 1, 2 y 3 de la Ley 153 de 1887; 71 del Código Civil y 36 de la Ley 734 de 2002; y los decretos 1072 de 1999, 765 y 3626 ambos de 2005 (no citó una norma en particular), cuyo concepto de violación desarrolló en resumen así:

10. Derogatoria tácita del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999. A juicio de la parte demandante, el artículo 10 del Decreto 1072 de 1999² que establece las inhabilidades para desempeñar cargos públicos de los servidores de la contribución, con fundamento en el cual la DIAN se abstuvo de nombrar a Luis Francisco García Martínez en el cargo para el cual concursó y aprobó, no se encontraba vigente para la fecha de expedición de las resoluciones objeto de nulidad, comoquiera que había sido derogado tácitamente por normativas superiores que fijaron las inhabilidades para los funcionarios públicos al momento de tomar posesión del cargo.

11. Indicó que la Ley 734 de 2002, en el capítulo cuarto estableció el régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, señalando en el artículo 36 que: “[s]e entienden incorporadas a este código las

² “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses señalados en la Constitución y en la Ley”; por lo tanto, “[...] TODAS LAS INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERESES y, por consiguiente, las reguladas en el art. 10 del Decreto 1072 de 1999, se entienden incorporadas en dicho estatuto por expresa manifestación legal”.

12. Afirmó que el artículo 224 de la Ley 734 de 2002 señaló: *“La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública”.*

13. Por lo anterior, para el demandante, como el Código Disciplinario Único incorporó todas las inhabilidades y derogó las normas que le fueran contrarias, la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999 *“Haber sido destituido de Entidad Pública o haber sido desvinculado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”,* quedó derogada, pues dicha inhabilidad no quedó expresamente regulada en la codificación disciplinaria.

14. Señaló que al no existir en la Ley 734 de 2002 una inhabilidad parecida a la señalada en los actos administrativos demandados, estos adolecen de ilegalidad, pues las únicas inhabilidades consagradas en la ley para los servidores públicos son las señaladas en el Código Disciplinario Único.

15. Cuestionó que, después de 11 años de haberse impuesto la sanción, aún esta figure en la base de datos de la DIAN, desconociendo las previsiones de la Ley 1581 de 2012 *“Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”,* motivo por el cual, la sanción debió ser excluida de dicha base de datos y no ser aplicada sin ningún sustento legal.

16. Afirmó que para la época de los hechos, el demandante no contaba con ninguna sanción disciplinaria ante la Procuraduría General de la Nación, es decir, *“ni antes ni después de expedidos los actos administrativos demandados, mi poderdante contaba con una inhabilidad señalada por la ley que le impidiera posesionarse en su cargo”,* como constaba en el certificado N° 24420942 del 10 de marzo de 2011, expedido por dicho ente de control, en el que no figuraba ninguna sanción ni



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

inhabilidad vigente contra Luis Francisco García Martínez, información ratificada en el certificado N° 51214051 del 5 de noviembre de 2013.

17. Por otra parte, adujo que, por Resolución 3242 del 27 de septiembre de 2012, la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer 11 vacantes del empleo al cual concursó el demandante y que, conforme con el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, a partir de su publicación y dentro de los cinco días siguientes la DIAN podía solicitar a la Comisión la exclusión de la lista de elegibles de la persona respecto de la cual se comprobara, entre otros hechos, que *“fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria”* o *“aportó documentos falsos [...]”* o *“no superó las pruebas del concurso”*, sin embargo, la DIAN solicitó la exclusión de un solo participante, que no era el demandante, razón por la cual la CNSC declaró la firmeza de la lista el 4 de abril de 2013.

18. De acuerdo con lo anterior, en vista de que transcurrió el término de los 5 días señalado sin que la DIAN hubiera expedido el acto administrativo que ordenara la exclusión de la lista de elegibles del nombre del demandante, por encontrarse supuestamente inhabilitado, le generó al señor García Martínez un derecho adquirido de ser nombrado en periodo de prueba.

19. De allí que, a juicio del demandante, no existía ningún sustento legal para que la demandada se abstuviera de nombrarlo en periodo de prueba en su condición de elegible, porque ello equivaldría a desnaturalizar la legitimidad de un acto administrativo por las vías de hecho, toda vez que la DIAN asumió la competencia que la ley le asignó a la CNSC como único órgano que puede excluir de la lista de elegibles a un aspirante, incurriendo así en extralimitación de funciones y en abuso de derecho.

20. Finalmente el accionante afirmó que *“[...]si la DIAN no solicitó a la CNSC dentro del término legal mi exclusión de la lista de elegibles, debe proceder a efectuar el nombramiento en periodo de prueba”*. Endilgó la causal de violación al debido proceso en que incurrió la Resolución 003036 del 17 de abril de 2013, al ignorar los términos perentorios del proceso de selección, pues no se puede modificar un



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

acto administrativo en firme como es la Resolución que conformó la lista de elegibles.

Contestación de la demanda

21. La UAE DIAN, por conducto de apoderado judicial, reconoció algunos hechos como ciertos, otros parcialmente y otros dijo que no le constaba, mientras que se opuso a las pretensiones y condenas de la demanda³. Propuso las siguientes excepciones:

22. **Legalidad de los actos demandados por haber sido expedidos por funcionarios competentes, con motivos fundamentados de hecho y de derecho ajustado a la ley y con observancia al debido proceso.** Se refirió al perfil y características de los empleos de carrera en la DIAN, de lo cual señaló que la determinación de la estructura de cada empleo en dicha entidad obedece a diversos factores y necesidades, sin que sea posible adicionar disciplinas ni homologaciones no previstas, siendo el requisito mínimo el principio del mérito (artículo 28 Ley 909 de 2004). Que para el nombramiento en periodo de prueba se debe proceder conforme con los artículos 49 y 50 del Decreto 1950 de 1973; 4 y 5 de la Ley 190 de 1995 y la Resolución 55 de 2013 de la CNSC.

23. Por ello, *“el hecho de que el elegible supere las pruebas y conforme la lista de elegibles, no es óbice para que la DIAN como entidad interesada en la Convocatoria adopte decisiones que le impone el deber de hacer la verificación previa al nombramiento en aras de garantizar a plenitud el principio del mérito que constituye el pilar fundamental de la carrera administrativa”*.

24. Que, en el caso concreto, el 15 de julio de 2003 se hizo efectiva la sanción disciplinaria de destitución al señor García Martínez, como fruto de la investigación iniciada en el año 2001, fecha para la cual estaba vigente la inhabilidad del numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1992, que regulaba los requisitos para los empleos de la DIAN.

³ Folios 67-81



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

25. Discrepó del argumento de la derogatoria tácita de la inhabilidad del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999 por parte de la Ley 734 de 2002, pues la sanción de destitución que le fue impuesta al demandante fue en vigencia del decreto del año 1999, declarado exequible por la Corte Constitucional (sentencia C-725 de 2000), máxime cuando el Código Disciplinario Único dispuso que los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia esta legislación se encontraban con auto de cargos continuarían su trámite por el procedimiento anterior.

26. De acuerdo con lo anterior, señaló que en el caso del demandante estaba configurada la inhabilidad del numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999, sin que la presunta falta de diligencia de la administración en la información de la sanción de destitución en el registro de la PGN impidiera reconocerla.

27. **Legalidad de los actos administrativos en cuanto a la lista de elegibles, de acuerdo con lo señalado por la Ley 909 de 2004.** Con fundamento en el concepto 02-014665 del 31 de mayo de 2010 de la CNSC, sobre firmeza de las listas de elegibles, señaló que los requisitos mínimos para cada empleo se deben cumplir de manera integral, y que el hecho de haber quedado en firme la lista de elegibles no impedía que la administración los verificara para el nombramiento en periodo de prueba y para el desempeño del cargo, en virtud del Decreto 1950 de 1973 y de la Ley 190 de 1995.

28. Por lo tanto, era procedente que la DIAN se abstuviera de nombrar al demandante por no cumplir con los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, sin que por ello se hubieran violado los principios de buena fe y confianza legítima, ya que estos se predicán de quien, con sustento en el mérito, haya demostrado contar con las exigencias para ocupar el empleo público.

29. **Legalidad de los actos administrativos porque están ajustados a la Ley 909 de 2004, al Decreto 1950 de 1993 (artículos 49 y 50) y a la Ley 190 de 1995 (artículos 4 y 5).** Señaló que, si el empleado público es vinculado sin reunir las calidades y requisitos exigidos para el desempeño de un cargo público, se debe revocar el nombramiento, mediante un acto administrativo motivado, conforme al procedimiento de la Ley 190 de 1995. En este caso, le correspondía a la DIAN



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

abstenerse de hacer el nombramiento en periodo de prueba, como lo hizo al expedir las resoluciones objeto de nulidad, pues de lo contrario se vería enfrentada a las acciones disciplinarias por nombrar o elegir para el desempeño de cargos públicos a personas que no reúnen los requisitos o darles posesión a sabiendas de tal situación.

Trámite en primera instancia

30. El 31 de julio de 2015 se llevó a cabo la Audiencia Inicial. Se negaron las excepciones propuestas por la parte demandada, por cuanto no fueron excepciones previas⁴. Se estableció como problema jurídico determinar si los actos administrativos acusados están incurso en causal de nulidad, al haber negado al demandante el nombramiento en periodo de prueba, conforme a la lista de elegibles dispuesta para el cargo al que aspiró, o si, por el contrario, la actuación de la demandada se ajustó a las previsiones del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999.

31. El 31 de agosto de 2015 el tribunal de primera instancia llevó a cabo la audiencia de pruebas que tuvo como objeto el recaudo de la prueba documental solicitada a la DIAN y que fue incorporada al proceso, entre ellas, la copia del expediente disciplinario adelantado al accionante que culminó con sanción de destitución⁵.

Sentencia de primera instancia

32. La Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 3 de mayo de 2018, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida⁶.

33. Con el fin de resolver el asunto de fondo, el Tribunal expuso la normativa aplicable sobre el ingreso y ascensos a los cargos de carrera administrativa; la función pública; y el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para empleados públicos

⁴ Folios 97-106 CD folio 107

⁵ Folios 119-121 CD folio 122

⁶ Folios 150-165



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

34. En el caso concreto señaló que la DIAN se abstuvo de nombrar en periodo de prueba al señor Luis Francisco García Martínez como “Investigador de Análisis y Requerimiento, Diseño y construcción de componentes de Software”, Inspector IV código 308 grado 08, al considerar que se encontraba incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3° del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999.

35. Señaló que la disposición legal citada pretende que los funcionarios de la entidad encargada de liquidar y recaudar los impuestos exhiban especiales calidades de honradez, probidad, transparencia e integridad moral, por lo que es razonable que se restrinja el ingreso a la entidad a personas que fueron objeto de sanción de destitución, la cual, por regla general, se deriva de conductas altamente lesivas a la función pública.

36. Agregó que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-725 de 2000, declaró exequible el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999, norma que consagra una inhabilidad intemporal, es decir, sin un límite de tiempo, debido a los valores que busca preservar para el acceso a la función pública. Señaló que la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes decisiones sobre la imprescriptibilidad de algunas sanciones (C-652 de 2003 y C-1016 de 2012) y en las que ha considerado que la disposición de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre que la medida se adecúe a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública.

37. En el caso concreto, el Tribunal consideró que, a través de las Resoluciones 04147 de 20 de mayo de 2003 y 05007 de 16 de junio de 2003, el Jefe de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN sancionó con destitución al demandante, por haber incurrido en la conducta omisiva de no concurrir a desempeñar las funciones de jurado de votación, según lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 163 de 1994. Que por esta razón, se configuró la causal de inhabilidad prevista para los servidores de la DIAN, según la cual no pueden desempeñar cargos públicos quienes hubieran sido destituidos de una entidad pública.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

38. El *a quo* no acogió la tesis del demandante, según la cual, el artículo 10 parcial del Decreto Ley 1072 de 1999 fue derogado tácitamente por la Ley 734 de 2002, pues las inhabilidades para ejercer cargos públicos se encuentran señaladas en la Constitución y la ley, sin que pueda considerarse que deban tenerse en cuenta solamente las establecidas en la Ley 734 de 2002, en especial porque el artículo 36 de esa norma establece que se entienden incorporadas a ese código “las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses señalados en la Constitución y la ley”.

39. El Tribunal afirmó que, en el marco de un concurso de méritos, la respectiva autoridad (nominadora) tiene el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la provisión del empleo, siendo así que, incluso, puede desatender la lista de elegibles si evidencia que una persona está incurso en una causal de inhabilidad que le impida acceder a la administración pública⁷.

40. Asimismo, consideró que no se presenta una vulneración del derecho fundamental al “habeas data”, pues la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999 es intemporal, por lo tanto, al haber sido destituido el demandante de una entidad pública, no puede ejercer cargos públicos en la DIAN, lo cual no le impide acceder a otros cargos de la misma naturaleza en aquellos organismos del Estado que no tengan consagrada esa limitación.

41. Agregó que, en virtud del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, la Procuraduría General de la Nación debe expedir la certificación de antecedentes con las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco años anteriores a su expedición. Que, como la sanción de destitución se hizo efectiva en el año 2003, las certificaciones expedidas por dicho órgano de control el 10 de marzo de 2011 y el 5 de noviembre de 2011 (cuando ya habían pasado más de 5 años), que indicaron que el señor García Martínez no registraba sanciones o inhabilidades vigentes, se dictaron de conformidad con la norma señalada, lo cual garantizó el derecho de habeas data.

⁷ Sentencia T-715 de 2009



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

42. Concluyó que, como está acreditada la inhabilidad del demandante para ocupar cargos públicos en la DIAN, no existen elementos de juicio para decretar la nulidad de los actos demandados.

Recurso de apelación

43. La parte demandante apeló la decisión, porque, a su juicio, es un error del *a quo* considerar que el Decreto 1072 de 1999 se encuentra vigente a pesar de la expedición del Código Disciplinario Único, pues el artículo 224 de dicho cuerpo normativo derogó todas las normas que le fueran contrarias, incluido el artículo 10 del Decreto 1072 de 1999, el cual sirvió de sustento legal a los actos administrativos acusados. Igualmente, afirmó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-328 de 2003, estableció que a los servidores públicos se les aplican únicamente las inhabilidades consagradas en la Ley 734 de 2002.

44. Señaló que en la demanda se citaron unas normas que disponen expresamente la derogatoria de las inhabilidades establecidas en los demás estatutos de la administración pública, entre ellos, el Decreto 1072 de 1999, sin embargo, el Tribunal no se pronunció al respecto.

45. Indicó que era cuestionable que en la base de datos de la DIAN reposara información sobre la sanción de destitución que le fue impuesta al demandante hace más de once años, pues con ello se desconoce la Ley 1581 de 2012 “habeas data”, máxime teniendo en cuenta que para la fecha en que se expidieron los actos administrativos acusados, no existía ninguna sanción disciplinaria vigente en contra del demandante, según los certificados 24420942 de 10 de marzo de 2011 y 51214051 de 5 de noviembre de 2014, expedidos ambos por la Procuraduría General de la Nación.

46. Advirtió que el *A quo* no se pronunció sobre otro punto planteado en la demanda, según el cual la DIAN solamente podía solicitar ante la CNSC la exclusión de un concursante dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la lista de elegibles. Que en el caso bajo estudio como ello no se hizo, se generó un



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

derecho adquirido para el señor García Martínez y, por ello, la DIAN no podía abstenerse de efectuar su nombramiento en periodo de prueba.

47. Finalmente, señaló que los actos demandados eran ilegales porque vulneraron el debido proceso, pues ignoraron los términos perentorios y preclusivos que caracterizan el procedimiento de selección según el Decreto 760 de 2005, por lo cual se debe entender que la Resolución 0483 del 22 de febrero de 2013 que contiene la lista de elegibles quedó en firme.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

48. **La UAE-DIAN** solicitó que la sentencia de primera instancia fuera confirmada, para lo cual insistió en sus argumentos de oposición⁸.

49. **La parte demandante** reiteró los argumentos de la demanda y del recurso de apelación, que, en síntesis, se refieren a la derogatoria tácita del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999 por parte del Código Disciplinario Único, a la ausencia de causal de inhabilidad en que estuviera incurso el demandante para la fecha en que se presentó al concurso en la DIAN y a la firmeza de la lista de elegibles resultando transgredido el Decreto Ley 760 de 2005 por no haber procedido la DIAN al nombramiento en periodo de prueba.

50. El **Ministerio Público** no rindió concepto⁹.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

51. De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte

⁸ Folios 190-195

⁹ Folio 203



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

demandante¹⁰.

Problema jurídico

52. En los términos del recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala debe decidir si procede revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 3 de mayo de 2018, que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto, contrario a lo decidido por el a quo, los actos administrativos fueron expedidos con infracción de las normas en las que debieron fundarse o con violación del debido proceso, conforme a los argumentos expuestos por la parte activa. En concreto, la Sala estudiará (i) si el numeral 3 del art 10 del Decreto Ley 1072 de 1992 en que se fundamentaron los actos demandados se encontraba vigente para la fecha en que se presentó el concurso para cargos de carrera de la DIAN y, por ende, si el demandante se encontraba incurso en la inhabilidad aducida en los actos acusados; y (ii) si la firmeza de la lista de elegibles le otorgó al demandante el derecho adquirido para ser nombrado en periodo de prueba para el cargo al cual concursó.

53. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado la Sala hará referencia a los actos administrativos demandados; al marco jurídico y vigencia de la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999; al derecho de acceso a un cargo público de quien figura en una lista de elegibles; y al caso concreto.

Actos administrativos demandados

54. Resolución No. 003036 del 17 de abril de 2013 del Director General de la UAE – DIAN, que dispone¹¹:

**“RESOLUCIÓN NÚMERO 003036
(17 abril de 2013)**

¹⁰El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ Folios 24-26



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

'Por la cual se abstiene de efectuar un nombramiento en periodo de prueba'

EL DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren el artículo 25 del Decreto Ley 765 de 2005, y

CONSIDERANDO

Que a través de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, se expidieron normas sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, y en el artículo 4° definió los sistemas específicos de carrera administrativa.

[...]

Que con fundamento en el marco jurídico señalado la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Convocatoria 128 de 2009 convocó a proceso de selección para la provisión definitiva de empleos de carrera de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Que mediante Resolución 3242 del 27 de septiembre de 2012 se conformó la lista de elegibles para proveer 11 vacantes del empleo denominado 'Investigador de Análisis y Requerimiento, Diseño y Construcción de componentes de Software', Inspector IV código 308 grado 08, código OPEC 201093.

Que mediante Resolución N° 483 del 22 de febrero de 2013 se resolvió favorablemente la solicitud de exclusión de un elegible presentada por el Director General de la DIAN y se recompuso la lista de elegibles.

Que la precitada lista de elegibles para proveer 11 vacantes de empleo de 'Investigador de Análisis y Requerimiento, Diseño y Construcción de componentes de Software', Inspector IV código 308 grado 08, código OPEC 201093, cobró firmeza el 4 de abril de 2013, de acuerdo a información publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Que la Entidad al tener noticia de la firmeza de esta lista de elegibles, emprendió, previo al nombramiento como lo exige la ley, la labor de verificar las calidades de los elegibles.

Que revisados los documentos aportados por el señor **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° xx, se advierte que el elegible es EXFUNCIONARIO de la Entidad y presenta una responsabilidad disciplinaria e imposición de sanción de DESTITUCIÓN, efectuada mediante Resolución 5759 del 15 de julio de 2003, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Que verificada la historia laboral del exfuncionario **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ** identificado con la cédula de ciudadanía N° xx, se constató que contra él se adelantó proceso administrativo disciplinario, que culminó con fallo de primera instancia contenido en la Resolución 04117 del 20 de mayo de 2003, expedida por el Jefe de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias (E) de la DIAN y confirmado



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

mediante Resolución 05007 del 16 de junio de 2003 por el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, imponiéndole sanción de destitución.

Que de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999 *'Por el cual se establece el sistema específico de carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN'*, constituye inhabilidad para desempeñar cargos públicos de los servidores de la contribución, el haber sido destituido de la entidad pública (*Aparte declarado exequible en sentencia C-725-00 de la Corte Constitucional*).

[...]

Que, en virtud de lo anteriormente expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO 1°. - Por las razones expuestas, abstenerse de efectuar el nombramiento en período de prueba del señor **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° xx, en el empleo denominado 'Investigador de Análisis y Requerimiento, Diseño y Construcción de componentes de Software', Inspector IV código 308 grado 08, código OPEC 201093.

ARTÍCULO 2°. - Notificar de conformidad con los artículos 66 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 *'Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo'*, el contenido de la presente Resolución al señor **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° xx, a quien se puede notificar en la ciudad de Bogotá, dirección xx, correo electrónico xx y números de contacto: local xx y celular xx, e informarle que contra la misma procede el recurso de reposición de conformidad con el art. 74 ibídem.

[...]"

55. Resolución No. 005710 del 10 de julio de 2013, del Director General de la UAE - DIAN¹²:

“RESOLUCIÓN NÚMERO 005710

(10 de julio de 2013)

'Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 003036 del 17 de abril de 2013'

EL DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 74 y 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

¹² Folios 11-22



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

[...]

En mérito de lo expuesto y en consideración a que frente al señor **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número xx, se configura la inhabilidad prevista en (sic) artículo 10 numeral 3 del Decreto 1072 de 1999, al habersele impuesto sanción disciplinaria de destitución se debe confirmar el acto administrativo recurrido y remitirlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil para su análisis y eventual exclusión del elegible de la lista correspondiente.

RESUELVE

ARTÍCULO 1º. - Por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución y de conformidad con el art. 178 del Código de Procedimiento Civil, rechazar in límine las pruebas solicitadas por el recurrente.

ARTÍCULO 2º. - Confirmar en todas sus partes lo determinado en la Resolución número 003036 del 17 de abril de 2013, por la cual este Despacho se abstiene de efectuar el nombramiento en periodo de prueba del señor **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número xx, en el empleo código OPEC 201093, denominado Inspector IV Código 308 grado 08 Rol Análisis y Requerimiento, Diseño y Construcción de Componentes de Software.

ARTÍCULO 3º. - Notificar de conformidad con los artículos 66 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 '*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*', el contenido de la presente Resolución al señor **LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número xx, a quien se puede ubicar en la siguiente dirección: xx e informarle que contra la misma no procede recurso alguno.

[...].

56. Como se advierte de las anteriores transcripciones, el fundamento legal de los actos administrativos demandados lo constituye el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999 "*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN*", cuya vigencia procederá la Sala a estudiar, teniendo en cuenta que uno de los cargos de apelación es que la inhabilidad que consagra dicha norma fue derogada tácitamente por la Ley 734 de 2002.

Marco jurídico y vigencia de la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

57. El artículo 20 transitorio de la Constitución Política otorgó al Gobierno Nacional un término de dieciocho meses, para que, teniendo en cuenta la evaluación y las recomendaciones de una Comisión, suprimiera, fusionara o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional de 1991.

58. Con base en la mencionada atribución, y producto del estudio de la Comisión señalada en el artículo 20 transitorio, el presidente de la República expidió el **Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992** *“Por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones”*. En su artículo 116 dispuso la incorporación automática, a la nueva planta de personal de la recién fusionada UAE-DIAN, a partir del 1° de junio de 1993, de los funcionarios tanto de la Dirección de Impuestos Nacionales como de la Dirección de Aduanas Nacionales, derecho que les otorgaba la inclusión a la carrera administrativa de la entidad, sin necesidad de llevarse a cabo formalidad o requisito adicional.

59. Posteriormente, mediante **Decreto Ley 1072 de 1999** expedido por el presidente de la República, *“Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”* se establecieron las inhabilidades para desempeñar cargos públicos de los servidores de la contribución, así:

“ARTÍCULO 10°. Inhabilidades para desempeñar cargos públicos de los servidores de la contribución. Constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, las siguientes:

1. Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos, salvo que estos últimos constituyan delito contra el patrimonio del Estado.

2. Hallarse en interdicción judicial, inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

3. Haber sido destituido de Entidad Pública o haber sido desvinculado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

4. Padecer, certificado por la entidad de la Seguridad Social en Salud correspondiente, cualquier afectación física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo.

5. Las demás inhabilidades señaladas en la Constitución Política y en la ley.

PARÁGRAFO. La persona que haya sido funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no puede gestionar directa o indirectamente, a título personal ni en representación de terceros, asuntos que estuvieron a su cargo. Durante el año siguiente a su retiro, tampoco podrá adelantar gestiones, directa o indirectamente, ante la dependencia de la administración tributaria, aduanera o cambiaria en la cual prestó sus servicios." (subrayado nuestro)

60. En criterio del demandante, el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999 fue derogado tácitamente por el artículo 224 del Código Disciplinario Único, teniendo en cuenta que el artículo 36 ibidem dispuso que en dicha codificación se entendían incorporadas las inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades y conflictos de intereses señalados en la Constitución y en la ley; de manera que como la inhabilidad prevista en el numeral 3 transcrito no fue incluida en dicha norma, se debe entender que no existe en el ordenamiento jurídico la inhabilidad con fundamento en la cual la DIAN se abstuvo de nombrarlo en periodo de prueba.

61. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia de primera instancia, negó este cargo, pues consideró que existen ciertas inhabilidades que no están consignadas en el régimen disciplinario y que tienen sustento constitucional y legal, teniendo en cuenta que no todas ellas surgen como resultado de un proceso de esta naturaleza. Por lo anterior, desestimó el argumento según el cual la inhabilidad del numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999 estaba derogada tácitamente.

62. El demandante insiste en la derogatoria tácita de la inhabilidad prevista en el Decreto 1072 de 1999, por cuanto no fue incorporada al Código Disciplinario Único, conforme con su artículo 36, siendo estas, a su juicio, las únicas vigentes en el ordenamiento jurídico.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

63. Para la Sala, si bien el artículo 36 del Código disciplinario Único dispone que se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley, lo cierto es que dicha incorporación no significa que las disposiciones sobre inhabilidades que se encuentran en diferentes normas constitucionales o legales hayan perdido vigencia.

64. Ciertamente, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una diversidad de normas que contienen inhabilidades de tipo objetivo o de requisito, no solo para acceder a cargos públicos por nombramiento o por elección popular, sino para contratar con el Estado; tal es el caso, entre otros, de los artículos 122¹³, 126¹⁴, 179¹⁵, 197¹⁶, 240¹⁷, 267¹⁸ y 272¹⁹ de la Constitución Política; 79²⁰ y 113²¹ de la Ley 489 de 1998; 221 del Decreto Ley 019 de 2012²²; 124²³ y 163²⁴ de la Ley 136 de 1994, 30, 33, 37 y 40 de la Ley 617 de 2000²⁵; 8 de la Ley 80 de 1993²⁶ y 1 del Decreto Ley 128 de 1976²⁷.

65. Por ello, no es dable considerar que, como la inhabilidad del numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999 especial para el servidor público de la DIAN, no se encuentra prevista en el Código Disciplinario Único, signifique su derogatoria tácita, por cuanto esta interpretación desconoce que es el legislador quien tiene la

¹³ “[...] Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

¹⁴ Inhabilidad por parentesco en la postulación de servidores públicos o para celebrar contratos estatales, o inhabilidad para reelección de determinados cargos.

¹⁵ Inhabilidad para ser congresista.

¹⁶ Inhabilidad para Presidente de la República y Vicepresidente.

¹⁷ Inhabilidad para ser magistrado de la Corte Constitucional.

¹⁸ Inhabilidad para ser elegido Contralor General.

¹⁹ Inhabilidad para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal.

²⁰ Inhabilidad para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos.

²¹ Inhabilidades para los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas.

²² Inhabilidad para el Registro Único de Proponentes.

²³ Inhabilidades para ser miembro de las Juntas Administradoras Locales.

²⁴ Inhabilidad para ser contralor distrital o municipal.

²⁵ Inhabilidades de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales.

²⁶ Inhabilidad para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales.

²⁷ Inhabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

competencia para estipular el regimen de inhabilidades de los servidores públicos, por disposición constitucional (artículo 150, numeral 23).

66. En efecto, dado el carácter eminentemente técnico y especializado de la DIAN, y que, mediante la administración y control del cumplimiento de los deberes sustanciales y formales tributarios, cambiarios y aduaneros, coadyuva en la protección del orden público económico y en la seguridad fiscal del Estado, es viable que el legislador, con toda la competencia constitucional, establezca un regimen de inhabilidades propio para los servidores de la contribución, en aras de garantizar que quienes accedan a la entidad cumplan con las condiciones de integridad, probidad y honradez para hacer efectivos los principios de la función pública en consonancia con la misión de la entidad.

67. Frente a la inhabilidad del numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-725 de 2000, señaló que se ajustaba a la Constitución Política que el legislador estableciera como inhabilidad, para acceder a los cargos de la DIAN, haber sido destituido de una entidad pública o haber sido desvinculado de esa entidad, al considerar:

[...]

3.12. El numeral 1 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999, es constitucional, e inconstitucional lo es, parcialmente, el numeral 3 del mismo artículo.

3.12.1. Dentro de la potestad legislativa del Estado, la ley puede erigir determinados hechos o circunstancias en inhabilidades para acceder a algunos cargos públicos, lo cual queda dentro de la libertad de configuración legislativa, al amparo del artículo 150 de la Constitución Política, lo que significa que esa es atribución del Congreso de la República por regla general, o, excepcionalmente, del Presidente de la República cuando para el efecto ha sido investido de facultades extraordinarias por aquel.

3.12.1. De esta suerte, ningún reparo existe por la Corte en relación con el numeral 1 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999, en cuanto a la inhabilidad que para ocupar cargos en la DIAN allí se establece para quienes hayan sido condenados por delitos sancionados con pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos culposos o políticos, o respecto de los primeros cuando hubieren sido cometidos en desmedro del patrimonio del Estado, pues tales inhabilidades aparecen como razonables y proporcionadas limitaciones al derecho de acceder a la función pública.

3.12.2. De la misma manera, tampoco existe reparo constitucional a la determinación del legislador extraordinario de establecer como inhabilidad



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

para acceder a cargo en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por haber sido destituido antes de una entidad estatal, como quiera que a la destitución se llega por una causal señalada por la ley, considerada por esta como grave por atentar contra el recto ejercicio de la función pública.

[...]" (Resaltado fuera del texto).

68. Ahora bien, a partir de la vigencia y constitucionalidad de la inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999, la Sala no puede perder de vista que se trata de una restricción o limitación permanente para el acceso a un cargo público en la DIAN. Sin embargo, esta inhabilidad no podría interpretarse de manera irreflexiva al punto de considerar que cualquier destitución, sin importar su causa, daría lugar a que en todos los casos se configurara. Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes razones.

69. En el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de inhabilidades, unas temporales y otras permanentes, unas que se imponen a título de sanción disciplinaria o por la comisión de un delito y otras que son objetivas o denominadas de requisito, y que han sido previstas por el constituyente y por el legislador a modo de prohibición o de restricción para el acceso al cargo público o para continuar en él.

70. Por ser pertinente al presente caso, la Sala enfoca su estudio al tipo de inhabilidades que son objetivas o de requisito y que tienen como propósito o finalidad asegurar que quienes vayan a ejercer una función pública tengan las condiciones y cualidades que garanticen el cumplimiento de los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función administrativa.

71. En efecto, sobre el concepto y la finalidad de las inhabilidades, la Corte Constitucional, en sentencia T-239 de 2022, consideró lo siguiente, a partir de su jurisprudencia:

[...]

27. **Concepto y finalidades de las inhabilidades.** Las inhabilidades son restricciones a la capacidad jurídica de las personas^[75] para "entablar ciertas relaciones jurídicas con el Estado"^[76]. Las inhabilidades están previstas por la Constitución Política o la ley, y operan como "requisitos negativos"^[77] para que determinadas personas puedan (i) acceder o continuar "en el desempeño



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

de funciones públicas⁷⁸¹; (ii) “prestar servicios públicos”⁷⁹¹ o (iii) “contratar con las entidades públicas”⁸⁰¹. Las inhabilidades tienen, entre otras, dos finalidades, según lo previsto por el artículo 209 de la Constitución Política. Primera, “garantizar la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público”⁸¹¹. Segunda, “asegurar la primacía del interés general sobre el interés particular del aspirante”⁸²¹. En estos términos, las inhabilidades son un mecanismo determinante “para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño”⁸³¹. Por esta razón, la Corte ha insistido en que “las inhabilidades son taxativas y de interpretación restrictiva”⁸⁴¹.

[...].”

72. En cuanto a los tipos de inhabilidades, la Corte Constitucional en sentencia C-348 de 2004 diferenció lo siguiente:

“[...] El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación. En uno de los grupos están las **inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado**, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. En el otro grupo se hallan las **inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas**, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados. Desde este segundo punto de vista, la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción, sino una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad, imparcialidad y moralidad del aspirante [...].” (resaltados fuera del texto)

73. Y en sentencia T-239 de 2022 se refirió a la inhabilidad requisito en los siguientes términos:

“[...]”

32. *Naturaleza: Inhabilidad requisito.* La inhabilidad dispuesta por el artículo 38.1 de la Ley 734 de 2002 es de naturaleza no sancionatoria; es decir, es una **inhabilidad requisito**. Al respecto, la Sala Sexta de Revisión concluyó que esta inhabilidad es de “aquellas restricciones que no tienen origen sancionador ni están relacionadas con delitos o faltas”¹⁰⁸¹, por cuanto “se refiere a una situación objetiva”¹⁰⁹¹. En particular, **esta inhabilidad “se impone como una garantía de que el comportamiento anterior (...) no afectará el desempeño del empleo o función, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad, imparcialidad, transparencia, confianza y moralidad del aspirante”**¹¹⁰¹. En estos términos, esta inhabilidad no es expresión del poder sancionatorio del Estado ni, en particular, de la potestad disciplinaria. Esto, al margen de que el Legislador la



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

hubiera previsto en el Código Único Disciplinario^[111], lo cual está justificado, entre otras, en la medida en que es una inhabilidad para quienes aspiren a desempeñar cargos públicos.

[...]" (Resaltados fuera del texto)

74. Evidentemente la inhabilidad que ocupa la atención de la Sala es del tipo de inhabilidad objetiva o de requisito, porque no tiene origen o no es el resultado de un proceso disciplinario, sino que está prevista en la ley como aquella situación que garantizará la idoneidad y probidad del servidor público que ingrese a laborar a la DIAN, restringiendo el ingreso a aquellas personas que hayan tenido un comportamiento gravemente atentatorio contra el recto ejercicio de la función pública y que, por tal motivo, haya sido destituido de una entidad estatal.

75. Mientras que la inhabilidad sanción, corresponde, como lo ha señalado la Corte Constitucional “[...] a la consecuencia establecida por el legislador en los casos en que la persona resulta condenada en procesos de responsabilidad política, penal, disciplinaria, contravencional o correccional, es decir, cuando el Estado ha ejercido respecto de ella el *ius puniendi* en cualquiera de sus formas. En este caso, a la sanción principal (pérdida de investidura, prisión, destitución, arresto o multa, por citar algunos ejemplos), le sobreviene la inhabilidad que el legislador haya previsto (inelegibilidad permanente, prohibición para ejercer una profesión, inhabilidad para ocupar cargos públicos, por ejemplo), siendo la sanción y la inhabilidad consecuencias directas de una conducta socialmente reprochable y jurídicamente punible²⁸.

76. Ahora bien, tratándose de la restricción al derecho de acceso a los cargos públicos, las inhabilidades deben estar definidas de forma taxativa en la Constitución o en la Ley, además, deben ser interpretadas de manera restrictiva, máxime cuando la inhabilidad es permanente o intemporal, como la prevista para el ingreso a la DIAN y que es objeto de estudio.

77. La finalidad de las inhabilidades permanentes, independientemente que se trate de tipo sancionatorio o de requisito, es restringir el ejercicio de funciones públicas en búsqueda de la concreción de los fines estatales y en defensa de

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1016 de 2012.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

intereses superiores, entre ellos, la realización de los principios de moralidad, probidad, eficiencia, transparencia y publicidad²⁹.

78. Por ello, la Sala considera que no es posible aplicar esta inhabilidad, establecida indefinidamente, sin hacer en cada caso un juicio de razonabilidad y proporcionalidad del cual se pueda establecer que se trata de una restricción constitucionalmente legítima del derecho de acceder a un cargo en la DIAN y que se cumple, en lo particular, con la finalidad que ella busca, es decir, si dicha inhabilidad rige para el asunto concreto. Como lo señala la Corte Constitucional “La consagración de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública”³⁰ (subraya propia del texto).

Derecho de acceso a un cargo público de quien figura en una lista de elegibles

79. Mediante Decreto Ley 765 de 2005, el presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral 5 del artículo 53 de la Ley 909 de 2004, reguló el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN³¹ y señaló que la función pública en la Entidad se presta mediante empleados de libre nombramiento y remoción, empleados de carrera y empleados supernumerarios.

80. Se trata de un sistema específico de carrera administrativa de origen legal, que somete el ejercicio de la función institucional de la DIAN a un régimen propio, dada su singularidad y especialidad, y que no permite, en la generalidad, la homologación de ciertas funciones al interior de la entidad con las tareas que

²⁹ Idem.

³⁰ Sentencia C-1212 de 2001, reiterada en la sentencia C-652 de 2003. Sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las inhabilidades permanentes, también consultar la sentencia C-1016 de 2012.

³¹ Este decreto se encontraba vigente para la fecha de expedición de los actos administrativos demandados.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

normalmente cumplen los servidores públicos en otros organismos del Estado³². En efecto, de los artículos 2 y 4 del Decreto Ley 765 de 2005 se puede evidenciar esta especialidad al disponer:

“ARTÍCULO 2. Sistema específico y servicio fiscal. El servicio público esencial definido como tal por el artículo 53 de la Ley 633 de 2000, prestado por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, denominado Servicio Fiscal, tiene por objeto garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, en condiciones de equidad, transparencia y legalidad, mediante la administración, control y facilitación al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y de las operaciones de comercio exterior.

ARTÍCULO 4. Principios rectores del servicio fiscal. El servicio público de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, se caracterizará por la excelencia, la orientación al servicio, el aporte a la competitividad del país, la productividad en el recaudo fiscal, la satisfacción de los intereses generales de la sociedad, y garantizará en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular, todo conforme con los principios de la buena fe, transparencia, moralidad, inmediatez, igualdad, imparcialidad, celeridad, responsabilidad, economía, coordinación, colaboración, eficacia, eficiencia administrativa y publicidad”.

81. Respecto a la provisión de empleos y clases de nombramiento para el caso que ocupa la atención de la Sala, los artículos 25 y 26 del Decreto 765 de 2015 señalaron:

“ARTÍCULO 25. Competencia para provisión de empleos. De acuerdo con la naturaleza de los empleos, su provisión se sujetará a las siguientes reglas:

25.1 Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario de la siguiente manera:

25.1.1 El de Director General por el Presidente de la República.

25.1.2 Los demás empleos, por el Director General.

25.2 Los empleos del Sistema Específico de Carrera serán provistos por el Director General, quien según el caso podrá realizarlo mediante nombramiento en periodo de prueba, por ascenso, por encargo, o provisional.

25.3 Los empleos de supernumerarios serán provistos por el Director General.”
(subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 26. Clases de nombramiento. La provisión de los empleos se sujetará a las siguientes clases de nombramiento:

³² Sentencia C-285 de 2015



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

[...]

26.2 Nombramiento en período de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos del Sistema Específico de Carrera con una persona seleccionada por concurso abierto que no se encuentre inscrita en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y por un término de seis (6) meses a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo, la cual tendrá la duración que en cada caso establezcan los términos de la convocatoria.

[...]

82. El proceso de selección y concurso se encuentra regulado en el capítulo VII, artículos 31 y siguientes del Decreto Ley 765 de 2015. En el artículo 34 se establecieron las etapas del proceso de selección, y frente a la lista de elegibles el artículo 34.5 señala:

*“34.5 **Lista de elegibles.** Con base en los resultados del concurso y con quienes hayan aprobado el mismo, se conformará una lista de elegibles, en estricto orden de mérito, suscrita por el Director General de la entidad, cuya vigencia será de un año. Los empleos objeto de la convocatoria serán provistos a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente.*

Las listas de elegibles podrán ser utilizadas para proveer otros empleos vacantes siempre que sean compatibles con los requisitos y el perfil del rol del empleo, previo concepto motivado de la jefatura de Gestión Humana”.

83. El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-285 de 2015, al considerar que la conformación de la lista de elegibles, asunto de vital importancia en el proceso de administración del sistema de carrera de la DIAN, era de competencia de la CNSC.

84. Ahora bien, el Decreto Ley 760 de 2005 “*Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones*”, expedido por el Presidente de la República, previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos:

14.1. Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

14.2. Aportó documentos falsos o adulterados para su inscripción.

14.3. No superó las pruebas del concurso.

14.4. Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el concurso.

14.5. Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.

14.6. Realizó acciones para cometer fraude en el concurso.”

85. Como se observa de la anterior norma, la entidad interesada en el proceso de selección o concurso -en este caso la DIAN-, podrá solicitar a la CNSC la exclusión de la lista de elegibles de la persona que figure en ella, cuando haya advertido alguna de las irregularidades relacionadas en la norma.

86. Sin embargo, pese a no haberse solicitado la exclusión de la lista de elegibles de alguno de los concursantes, y aunque esta se encuentre en firme, la entidad nominadora, previo al nombramiento, debe hacer la verificación sobre la idoneidad de quien es elegible para ejercer la función a la que aspira y en caso de encontrar que el aspirante no tiene la aptitud o requisitos para ocupar el cargo o está incurso en una causal de inhabilidad, el nominador debe abstenerse de nombrarlo.

87. Sobre el tema, la Corte Constitucional en la sentencia SU-136 de 1998, consideró:

“Desde luego, no se trata de forzar la designación de quien, por sus conductas anteriores, no merece acceder al empleo materia del proceso cumplido, pues ello implicaría también desconocer el mérito, que se repite constituye factor decisivo de la carrera. Por eso, la Corte Constitucional afirma que las corporaciones nominadoras gozan de un margen razonable en la selección, una vez elaborada – con base en los resultados del concurso- la lista de elegibles o candidatos. Tal margen lo tienen, no para nombrar o elegir de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo el concurso o ignorando el orden de las calificaciones obtenidas, sino para excluir motivadamente y con apoyo en argumentos específicos y expuestos, a quien no ofrezca garantías de idoneidad para ejercer la función a la que aspira.

Tales razones -se insiste- deben ser objetivas, sólidas y explícitas y han de ser de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar la investidura judicial, o



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones o que desempeñó un cargo sin el decoro y la respetabilidad debidos.”

88. De acuerdo con lo anterior, tratándose de un concursante sobre el que pesa una inhabilidad para acceder al cargo al cual concursó, el nominador no puede hacer el nombramiento, so pena de violar la ley y la Constitución y de incurrir, en principio, en una falta disciplinaria. Las razones para no proceder al nombramiento de una persona que superó un concurso de méritos, y que se encuentra en una lista de elegibles vigente, deben quedar expresadas en un acto motivado en el que se garantice el derecho de defensa del administrado.

Caso concreto

89. El demandante pretende la nulidad de los actos administrativos expedidos por el director general de la DIAN contenidos en la Resolución 003036 del 17 de abril de 2013 y su confirmatoria No. 005710 del 15 de julio de dicha anualidad, mediante los cuales se abstiene de efectuar su nombramiento en periodo de prueba al cargo “Investigador de Análisis y Requerimiento, Diseño y Construcción de componentes de Software”, Inspector IV código 308 grado 08, código OPEC 201093, para el cual concursó y fue incluido en la lista de elegibles.

90. En el expediente se encuentran los siguientes hechos probados:

- Mediante la Resolución 04107 de 20 de mayo de 2003, expedida por el Jefe de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN, se declaró la responsabilidad disciplinaria del funcionario Luis Francisco García Martínez por no haberse presentado como jurado de votación el 21 de junio de 1998 (segunda vuelta electoral de Presidente y Vicepresidente de la República), sin justa causa; y se impuso como sanción la destitución del cargo de Especialista de Ingresos Públicos I Nivel 40 grado 29, quien para la época del hecho investigado se desempeñaba como Jefe de la División de Auditoría de Sistemas del área de Control Interno³³. Esta decisión fue confirmada por la Resolución 05007 de 16 de junio de 2003, expedida por el Director General de la DIAN³⁴.
- La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la Resolución 128 de 2009, convocó a un proceso de selección para la provisión definitiva de

³³ Folios 403-421 C.P. III

³⁴ Folios 439-466.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

empleos de carrera administrativa en la DIAN, en el cual se inscribió y participó el señor Luis Francisco García Martínez.

- Mediante la Resolución 3242 de 27 de septiembre de 2012 se conformó la lista de elegibles para proveer once vacantes del cargo denominado “*Investigador de análisis y requerimientos, diseño y construcción de componentes de software inspector IV código 308 grado 08, código OPEC 201093*”.
- El 17 de abril de 2013 el Director General de la DIAN expidió la Resolución 003036, en la cual se abstuvo de nombrar en periodo de prueba al señor Luis Francisco García Martínez en el empleo anteriormente indicado, al considerar que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1992, constituye una inhabilidad para desempeñar cargos públicos de los servidores de la contribución, el haber sido destituido de la entidad pública. Que, al revisar la historia laboral del elegible, se evidencia que era exfuncionario y fue sancionado mediante la Resolución 04117 de 20 de mayo de 2003 con destitución del cargo que ocupaba.
- Mediante la Resolución 005710 de 10 de julio de 2013, expedida por la misma autoridad, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 003036 de 2013, en el sentido de confirmar en todas sus partes el acto administrativo inicial.

90. Como se advierte de lo anterior, la motivación expuesta por la DIAN en los actos acusados tuvo como antecedente que, previa la verificación de la documentación aportada por el demandante, se percató que el elegible era un exfuncionario contra quien se adelantó un proceso administrativo disciplinario, que culminó con fallo de destitución, lo cual configuraba la inhabilidad prevista en el artículo 10 numeral 3° del Decreto 1072 de 1999.

91. Ahora bien, conforme quedó precisado en el marco jurídico expuesto al principio de estas consideraciones, la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1072 de 1999, corresponde al tipo de inhabilidades objetivas o de requisito, de carácter permanente, razón por la cual, la Sala acudirá al análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, para establecer si la mencionada restricción de acceso al cargo público, pese a estar vigente, rige la situación del demandante.

Juicios de razonabilidad y proporcionalidad

92. Sobre los **juicios de razonabilidad y proporcionalidad** de las inhabilidades



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

previstas de manera permanente o indefinida, la Corte Constitucional ha considerado:

“[...]”

7.9. Razonabilidad de la medida

El juicio de razonabilidad requiere analizar la medida adoptada, si la misma es objetivamente justificable y si el fin perseguido con ella es constitucionalmente legítimo, debiendo existir correspondencia entre el medio y la finalidad.

En el presente caso, (i) la medida adoptada por el legislador (inhabilidad permanente para contratar con el Estado), afecta a quien de manera reiterada inobserve los deberes y las obligaciones que la ley le imponen como proponente inscrito en el RUP; (ii) la medida es objetivamente justificable (no arbitraria), teniendo en cuenta que afecta a quienes no cuentan con capacidad técnica, económica ni financiera para ejecutar un contrato, para demostrar lo contrario incurren en graves inconsistencias y por éste hecho han sido inhabilitados previamente por un periodo de cinco (5) años y, a pesar de su reprochable comportamiento, insisten en violar los principios y las reglas de la contratación, y (iii) la finalidad es constitucionalmente legítima (garantizar la realización de los valores, principios y reglas jurídicas que gobiernan la contratación estatal, concebida como un medio para lograr los fines estatales), ya que busca impedir que personas naturales o jurídicas carentes de cualidades suficientes (transparencia, probidad, honestidad y moralidad) puedan contratar con el Estado.

Para la Sala, la medida es razonable (no es arbitraria) teniendo en cuenta la correspondencia que existe entre el medio empleado (inhabilidad permanente para contratar con el Estado) y el fin perseguido (garantizar la transparencia, probidad, honestidad y moralidad en la contratación estatal).

7.10. Proporcionalidad de la medida

La Sala procederá a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta ser adecuada para alcanzar el fin buscado. Así, la Corporación determinará si el fin buscado y el medio empleado no están prohibidos por la Constitución y si el medio escogido es adecuado o idóneo para alcanzar el fin propuesto.

Para verificar la constitucionalidad de la medida adoptada por el legislador la Sala examinará su legitimidad, teniendo en cuenta (i) si la medida persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional, (ii) si la medida es adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad, es decir, si la medida es necesaria o proporcionada.

Respecto de (i) la finalidad de garantizar la transparencia, probidad, honestidad y moralidad en la contratación estatal ante el ilegal y reiterado comportamiento reprochable de los proponentes inscritos en el RUP, tiene fundamento en los artículos 1º, 2º y 209 de la Constitución Política, (ii) la inhabilidad permanente para contratar con el Estado es adecuada para cumplir el mencionado fin, más aún cuando el artículo 83 superior consagra como principio la presunción de buena fe y esta resulta defraudada por el proponente incurso en la causal creada por el legislador para inhabilitarlo, (iii) la medida es proporcional, ya que es necesario



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

impedir que quienes defraudan al Estado incurriendo en actos ilegales para lograr mejores calificaciones en condición de proponentes, puedan acceder a la calidad de contratistas, por cuanto ésta requiere de condiciones éticas, morales y jurídicas intachables, por tratarse de personas que tendrán a su cargo el manejo y administración de bienes y recursos públicos.

Para esta Corporación, el estudio sobre la finalidad (protección del interés general y del patrimonio público), vincula tanto el valor justicia mencionado en el preámbulo de la Carta, como también los principios consagrados en el artículo 209 superior.

Estima la Sala que la medida administrativa establecida en el segmento demandado, en virtud de la cual las Cámaras de Comercio podrán inhabilitar de manera permanente a los proponentes registrado en el RUP que a pesar de haber sido inhabilitados inicialmente por cinco (5) años, reincidan en consignar graves inconsistencias en los documentos que servirán de soporte para calificar su experiencia, capacidad financiera y aptitud técnica, es acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación.

[...] ³⁵.

93. Conforme a los anteriores criterios, la Sala analizará la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, aplicada en el caso concreto, para establecer si el demandante se encontraba incurso en la inhabilidad para ingresar al cargo de la DIAN al cual concurso.

94. **La inhabilidad objeto del presente proceso**, pese a que es una medida adoptada por el legislador que afecta directamente a quien ha sido destituido de una entidad pública, en este caso de la DIAN, **no es razonable**, porque la finalidad que se persigue con ella es garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa de moralidad, eficacia, transparencia, honestidad que se espera de la persona que aspira ingresar a la administración, mientras que la sanción de destitución impuesta al demandante, por no asistir como jurado de votación, se originó por una causa completamente ajena a la observancia de sus deberes como servidor de la DIAN y no afecta su idoneidad para el desempeño del cargo al cual aspiró, atendiendo los principios que se quieren proteger.

95. Esta inhabilidad es razonable cuando la destitución ha ocurrido como consecuencia de la comisión de un delito o una falta reprochable en el

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1016 de 2012.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

cumplimiento o desempeño de sus funciones como servidor público, o porque su comportamiento como funcionario de la DIAN no fue adecuado o con sujeción a las funciones asignadas al cargo del cual fue destituido.

96. Como se acreditó en el proceso, el accionante fue sancionado en su condición de Especialista en Ingresos Públicos I Nivel 40 Grado 29, y se desempeñaba como Jefe de la División de Auditoría de Sistemas del área de Control Interno, que, de acuerdo con la certificación expedida por el Subsecretario de personal del 23 de diciembre de 1998, cumplía las siguientes funciones³⁶:

- “1. Participar en la formulación del Plan Estratégico del área, de conformidad con las políticas y el plan institucional definido por la dirección general y las instrucciones del jefe de la Oficina.
2. Participar en la formulación del Plan Operativo del área en concordancia con el Plan Estratégico de la misma.
3. Verificar la ejecución del Plan Operativo de la División.
4. Controlar el desarrollo de los procesos y procedimientos de la División a su cargo.
5. Administrar el talento humano, los recursos financieros, tecnológicos, técnicos y físicos asignados para el desarrollo de las funciones de la División.
6. Proponer indicadores de gestión que permitan medir la eficiencia y eficacia de la División.
7. Participar en la investigación, desarrollo y adopción de nuevas tecnologías para el cumplimiento de las funciones de la oficina.
8. Impartir instrucciones de asesorar a las administraciones o direcciones regionales, en la materia de su competencia, de conformidad con las indicaciones del superior inmediato.
9. Elaborar mapas y/o matrices de riesgos de los procesos a su cargo.
10. Definir el plan nacional de auditoría de sistemas y coordinar su ejecución con el Plan Nacional de Supervisión y Control de Informática.
11. Definir los mecanismos para la evaluación del sistema de control interno en lo referente al elemento informático de conformidad con las directrices trazadas por el Jefe de la Oficina de Control Interno.
12. Evaluar que el diseño de los programas de sistemas y archivos magnéticos de la Entidad y Centro de cómputo cumplan con las condiciones de seguridad y confiabilidad.
13. Planear y programar la realización de las auditorías a la infraestructura tecnológica y a los sistemas de información y rendir informes.
14. Presentar al Jefe de la Oficina de y al Director General los informes y recomendaciones resultado de las auditorías realizadas.
15. Coordinar la actualización periódica del manual de auditoría, así como la elaboración de los programas de auditoría que se requieran y los ajustes a los mismos.
16. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del puesto de trabajo”.

³⁶ Folios 149-151



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

97. En efecto, la destitución, de la que fue objeto el demandante, no se sustentó en la comisión de una conducta grave y atentatoria contra el recto ejercicio de alguna de las anteriores funciones o de la función misional de la DIAN; por lo mismo, la sanción impuesta tampoco desvirtúa que el señor García Martínez cumpla idóneamente con el perfil del empleo que se requiere para trabajar en la DIAN, conforme lo define el artículo 19 del Decreto 765 de 2005:

ARTÍCULO 19. Características de los empleos y perfil del rol. Para efectos del Sistema Específico de la Carrera Administrativa, el empleo público en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, se define por su perfil del rol, es decir por los objetivos, mediciones y metas de la posición del empleo, provenientes de las estrategias de la organización, el mapa de ejecución de la función, las habilidades técnicas, los conocimientos que deben cumplirse para lograr estas metas y los comportamientos que se requieren para crear una cultura de excelencia en el desempeño.

El diseño de cada empleo debe contener:

[...]

19.2 Las competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio, experiencia y los indicadores verificables para ser exitoso en el desempeño del empleo. Los elementos de las competencias deben ser coherentes con las exigencias funcionales y la incidencia del empleo para la organización.

[...]”.

98. Así las cosas, la inhabilidad que se aplicó al demandante no aporta al propósito moralizador de la función administrativa y, por ello, se considera que no es constitucionalmente razonable frente al bien jurídico que se pretende proteger.

99. En efecto, la destitución de la que fue objeto el accionante se fundó en una infracción a normas del Código Electoral, entre ellas, los artículos 105³⁷ y 108³⁸

³⁷ Artículo 105. El cargo de jurado de votación es de forzosa aceptación, y la notificación de tales nombramientos se entenderá surtida por la sola publicación o fijación en lugar público de la lista respectiva, que hará el Registrador del Estado Civil o su delegado diez (10) días calendario antes de la votación.

Los jurados de votación deberán fijar en lugar visible y adheridos a la urna respectiva, sus nombres y número de cédula, con las firmas correspondientes.

Los jurados de votación que trabajen en el sector público o privado tendrán derecho a un (1) día compensatorio de descanso remunerado dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la votación.

Las personas que sin justa causa no concurren a desempeñar las funciones de jurados de votación o las abandonen, se harán acreedoras a la destitución del cargo que desempeñen, si fueren empleados oficiales; y



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

del Decreto 2241 de 1989 y el artículo 5 parágrafo 1 inciso 2 de la Ley 163 de 1994³⁹, sanción que, por lo demás, se ejecutó y que no podría considerarse que, más allá de lo grave de la sanción, tuviera una trascendencia intemporal frente a una persona que tiene el mérito y la idoneidad para acceder a un cargo de la DIAN, sin que haya sido cuestionada su probidad o integridad, como debe ser el perfil de un funcionario de la contribución.

99. A partir de las anteriores consideraciones, para la Sala, la inhabilidad aplicada en el presente caso **tampoco supera el juicio de proporcionalidad**, porque si bien el fin buscado con la misma es constitucionalmente legítimo, comoquiera que se busca que quienes accedan como servidores de la contribución cumplan con las condiciones de integridad, probidad y honradez para hacer efectivos los principios de la función pública en consonancia con la misión de la entidad, lo cierto es que en el caso del demandante, restringirle su ingreso a la DIAN con fundamento en una destitución por no haber asistido como jurado de votación no tiene la idoneidad ni es necesaria para alcanzar dicho fin.

100. Así las cosas, por cuanto la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999, en este caso concreto, no es ni razonable ni proporcional a su fin, la Sala concluye que, no obstante esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, frente a la situación del demandante debe inaplicarse de manera excepcional, en atención a los principios

si no lo fueren, a una multa de cinco mil pesos (\$5.000.00), mediante resolución dictada por el Registrador del Estado Civil.

³⁸Artículo 108. Son causales para la exoneración de las sanciones de que tratan los artículos anteriores, las siguientes:

- a) Grave enfermedad del jurado o de su cónyuge, padre, madre o hijo;
- b) Muerte de alguna de las personas anteriormente enumeradas, ocurrida el mismo día de las elecciones o dentro de los tres (3) días anteriores a las mismas;
- c) No ser residente en el lugar donde fue designado;
- d) Ser menor de 18 años, y
- e) Haberse inscrito y votar en otro municipio.

Parágrafo. La enfermedad grave sólo podrá acreditarse con la presentación de certificado médico, expedido bajo la gravedad del juramento; la muerte del familiar, con el certificado de defunción; la edad, con la presentación del documento de identidad; la no residencia, con la certificación de vecindad expedida por el Alcalde o autoridad competente del lugar donde se reside y la inscripción y voto, con el respectivo certificado de votación.

³⁹ARTÍCULO 5o. JURADOS DE VOTACIÓN. Para la integración de los jurados de votación se procederá así:

PARÁGRAFO 1o. Los nominadores o Jefes de personal que omitan relacionar los empleados o trabajadores aptos para ser nombrados como jurados de votación, serán sancionados con la destitución del cargo que desempeñan si son servidores públicos y, si no lo fueren, con multas equivalentes hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Las personas que sin justa causa no concurran a desempeñar las funciones de jurado de votación o las abandonen, serán sancionadas con la destitución del cargo que desempeñen, si son servidores públicos. Si no lo son, a la multa prevista en el inciso anterior.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

de ponderación y proporcionalidad, para decidir que sobre el señor Luis Francisco García Martínez no pesaba ninguna inhabilidad, procediendo la nulidad de los actos demandados, pues al no encontrarse inhabilitado y habiendo superado el concurso de méritos debió ser nombrado en periodo de prueba en el cargo para el cual concursó, como así se dispondrá, o en caso de estar ocupado este cargo por otra persona, la DIAN deberá efectuar las gestiones respectivas para ubicarlo en uno similar.

Del restablecimiento del derecho

101. El demandante solicitó, a título de restablecimiento del derecho, que se ordene a la DIAN efectuar su nombramiento como funcionario en periodo de prueba en el cargo que debía desempeñar, según el concurso de méritos que superó, o a otro similar o superior sin solución de continuidad. También, solicitó que se condene a la demandada al pago de los salarios y demás prestaciones a que tiene derecho, desde el momento en que debió ser incorporado como funcionario en periodo de prueba y hasta cuando se efectúe dicho nombramiento, sumas que deben ser reajustadas. Pidió el pago de la sanción moratoria de las cesantías y el pago de las anteriores condenas indexadas.

102. La Sala dispondrá, como consecuencia de la nulidad de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho, la orden a la DIAN de nombrar, en periodo de prueba al señor Luis Francisco García Martínez por el término de seis (6) meses en el cargo al cual concursó, e hizo parte de la lista de elegibles, de *“Investigador de análisis y requerimientos, diseño y construcción de componentes de software inspector IV código 308 grado 08 código OPEC 201093”*, o a uno de similar categoría.

103. Asimismo, se condenará a la DIAN al pago de una compensación equivalente a los seis (6) meses de salario correspondientes al periodo de prueba del cargo de *“Investigador de análisis y requerimientos, diseño y construcción de componentes de software inspector IV código 308 grado 08 código OPEC 201093”* que debió ocupar por haber superado el concurso de méritos, junto con todas sus prestaciones, debidamente indexados. No se accederá a reconocer los salarios y



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

emolumentos, a partir de allí, por cuanto es incierto que el señor Luis Francisco García Martínez hubiera aprobado el periodo de prueba y fuera vinculado de manera definitiva a la carrera administrativa de la DIAN, razón por la cual no se encuentra acreditado el daño que pretende le sea resarcido.

Condena en costas

104. La Sala revocará la condena en costas impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al señor Luis Francisco García Martínez, y se abstendrá de imponerlas en esta instancia judicial en contra de la parte vencida, debido a que, en virtud de lo establecido en el artículo 365, numeral 8, del CGP, aplicable al caso por expresa remisión del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, lo cual no ocurre en el sub lite.

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

FALLA

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia del 3 de mayo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección D, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Luis Francisco García Martínez contra la DIAN, con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO. – INAPLICAR para esta decisión el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999.



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

TERCERO. - DECLARAR LA NULIDAD de las resoluciones Números 03036 del 17 de abril de 2013 y 005710 del 10 de julio del mismo año, expedidas por el director general de la DIAN, mediante las cuales se abstuvo de nombrar en periodo de prueba al señor LUIS FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ, en el empleo denominado 'Investigador de Análisis y Requerimiento, Diseño y Construcción de componentes de Software', Inspector IV código 308 grado 08, código OPEC 201093.

CUARTO. – Como consecuencia de la declaratoria anterior, **ORDENAR A LA DIAN nombrar en periodo de prueba a Luis Francisco García Martínez** por el término de seis (6) meses en el cargo que superó según la lista de elegibles: *“Investigador de análisis y requerimientos, diseño y construcción de componentes de software inspector IV código 308 grado 08 código OPEC 201093”*, o a uno de similar categoría.

QUINTO. – CONDENAR a la DIAN al pago de una compensación equivalente a seis (6) meses de salario del cargo que debió ocupar el señor Luis Francisco García Martínez de Investigador de análisis y requerimientos, diseño y construcción de componentes de software inspector IV código 308 grado 08 código OPEC 201093, junto con todas sus prestaciones, debidamente indexados, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. - En firme esta providencia **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente providencia fue discutida y aprobada en la Sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
ACLARACIÓN DE VOTO

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS



Exp. No. 25000-23-42-000-2014-00453-01

Número interno: 0260-2019

Demandante: Luis Francisco García Martínez

Demandado: UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

(Firmado electrónicamente)

JORGE EDISON PORTOCARRERO BANGUERA

Se deja constancia de que este documento se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.