

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

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015).

EXPEDIENTE No. 110010325000201300021 00
NÚMERO INTERNO: 0066-2013
ACTOR: LUIS FERNANDO GALEANO ESCOBAR
DEMANDADO: NACIÓN – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y
ADUANAS NACIONALES – DIAN
(AUTORIDADES NACIONALES)
INSTANCIA: ÚNICA – CÓDIGO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO – DECRETO 01 DE 1984.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 4 de abril de 2014, para dictar Sentencia de Única Instancia¹. En consecuencia, le corresponde a la Sala adoptar la decisión correspondiente, dentro de la controversia planteada.

DEMANDA

Pretensiones.-

¹ Mediante Auto de 1 de abril de 2013, al resolver sobre la remisión del proceso por competencia efectuada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, esta Corporación avocó el conocimiento del asunto en Única Instancia (folios 303 a 306, c. ppal.).

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Luis Fernando Galeano Escobar presentó demanda encaminada a obtener la nulidad de los siguientes actos:

(i) Auto No. 8300060-1010-008 de 10 de diciembre de 2004, expedido por el Jefe de la División de Investigaciones de la Regional Noroccidente de la DIAN, que formuló cargos al accionante por incurrir presuntamente en una falta disciplinaria.

(ii) Resolución No. 8300060-2009-002 de 5 de julio de 2005, suscrita por el mencionado funcionario, que sancionó al demandante en su condición de Profesional en Ingresos Públicos II 31-22 de la DIAN – Seccional Medellín con destitución e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas por el término de 10 años.

(iii) Resolución No. 13736 de 17 de noviembre de 2006, proferida por el Director General de la DIAN, que desató el recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó.

(iv) Resolución No. 014407 de 29 de noviembre de 2006, que aclaró el fallo de segunda instancia en lo relacionado con la notificación de la decisión al apoderado del sujeto disciplinado.

(v) Resolución No. 15688 de 28 de diciembre de 2006, que ejecutó la sanción disciplinaria impuesta.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) reintegrarlo al cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o a otro de igual o superior categoría; (ii) pagar los salarios y

demás prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia del retiro del servicio y hasta cuando sea reincorporado al empleo; (iii) declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio para todos los efectos legales y prestacionales; y, (iv) dar cumplimiento a la Sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Fundamentos fácticos.-

El señor Luis Fernando Galeano Escobar afirmó que prestó sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN desde el 4 de junio de 1991 hasta el 23 de septiembre de 2003. El último cargo desempeñado fue el de Profesional en Ingresos Públicos II 31-22, siendo el Jefe del Grupo Interno de Trabajo de la Zona Franca de la División de Servicios de Aduanas – Seccional Medellín y ejercía las funciones de coordinar operaciones de importaciones, tránsito y viajeros en el aeropuerto José María Córdoba del Municipio de Rionegro.

Explicó que en el año 2002, por azar y desprendido de su condición de empleado público, fue beneficiario junto con su familia de un descuento en cuatro tiquetes aéreos de la empresa West Caribbean Airways para ir de vacaciones cubriendo la ruta de ida y regreso Medellín – Barranquilla, en atención a la política trazada por la aerolínea de otorgar descuentos a quienes laboraban en las instalaciones del mencionado aeropuerto.

El accionante indicó que como consecuencia de lo anterior, el Administrador Local de Aduanas de Medellín formuló queja en su contra, la cual dio lugar a la investigación disciplinaria que culminó con la expedición de los actos administrativos demandados, que sancionaron al actor con destitución en el

ejercicio del cargo e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas por el término de 10 años.

El demandante manifestó que el operador disciplinario desconoció los mandatos del artículo 73 de la Ley 734 de 2002, en cuanto dispone que el proceso disciplinario puede archivarse en cualquier momento cuando aparezca demostrado que el hecho atribuido no existió, la conducta no está prevista como falta disciplinaria, el investigado no la cometió, existe una causal de exclusión de responsabilidad o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse.

Normas violadas y concepto de violación.-

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 11, 15, 21, 25, 29, 53, 122, 124 y 128; Código Contencioso Administrativo, artículos 2 y 3; Código Contencioso Administrativo, artículos 1, 2, 3, 84, 85; Ley 734 de 2002, artículos 4, 5, 6, 8, 9, 13, 15, 17 a 20, 23, 36, 43, 47, 48, 97, 128, 129, 130, 141, 142, 143.

El accionante argumentó que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por desviación de poder, en tanto desconocieron su derecho al debido proceso.

Al respecto indicó que la conducta reprochada no se encuentra tipificada como falta disciplinaria, situación que denota un actuar caprichoso por parte de la administración. Así mismo, se valoraron indebidamente las pruebas allegadas dentro de la actuación enjuiciada.

Manifestó que no se configuraron los elementos para endilgar responsabilidad disciplinaria, por lo siguientes motivos:

a) Tipicidad: frente a este presupuesto el demandante indicó que se le imputó la falta gravísima establecida en el numeral 45 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, esto es: “ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece”.

El operador disciplinario afirmó que el actor ejecutó un negocio consistente en la compra de unos tiquetes aéreos para viajar en la ruta Medellín – Barranquilla, pero en algunas de las consideraciones del fallo de segunda instancia afirmó que se trató de un acto de consumo y no de un negocio propiamente dicho y que ello tampoco era incompatible con el buen nombre de la DIAN.

El demandante sostuvo que el tipo disciplinario en comento exige la realización de varios negocios en función de una actividad comercial, mientras que en la investigación se demostró que el actor únicamente realizó una compra con un descuento voluntario que hizo la empresa West Caribbean, lo cual no puede catalogarse como un negocio.

Agregó que para que se configure la falta en referencia se requiere ejecutar un negocio incompatible con el buen nombre y prestigio de la entidad estatal y que, además, reporte un beneficio para el investigado, exigencia que tampoco se verificó en el caso concreto. Además, para incurrir en el tipo

endilgado se requiere tener la condición de comerciante, que tampoco ostenta el demandante.

El actor concluyó que la disposición antes citada establece varios componentes normativos del tipo, a saber: (i) la palabra negocios en plural; (ii) la existencia de un beneficio; y, (iii) la incompatibilidad del beneficio obtenido con la moralidad administrativa. En consecuencia, para imponer una sanción era necesario demostrar que el accionante contrataba periódicamente el servicio de transporte de mercancías con la aludida aerolínea o fuera propietario, socio o vendedor de una agencia de viajes, entre otras actividades comerciales, y que tales negocios reportaban un beneficio para ambas partes contrario a la imagen corporativa de la DIAN.

Al respecto, manifestó que el enunciado normativo aplicado no correspondía a un tipo abierto sino en blanco y por tal motivo su contenido debía estudiarse al amparo de otras normas especiales de las demás ramas del derecho para determinar el significado de los conceptos allí contenidos.

Explicó que las labores desempeñadas en ningún modo podían beneficiar a la empresa West Caribbean, pues no ejercía controles sobre las aerolíneas, sino que estaba encargado de coordinar las operaciones de importaciones y servicios a usuarios del comercio exterior, pero no las ejecutaba. Inclusive, para la época de los hechos la aludida compañía no prestaba el servicio de transporte de carga.

Agregó que tampoco tuvo oportunidad de beneficiar a los pasajeros de la aerolínea y si lo hubiera hecho la falta disciplinaria debía imputarse bajo un tipo diferente al reprochado.

b) Antijuridicidad: el señor Luis Fernando Galeano expresó que los hechos investigados no afectaron un bien jurídico superior y tampoco se probó el daño sufrido por la DIAN con ocasión de la compra de los mencionados tiquetes aéreos; además, dicha adquisición no se produjo en ejercicio de sus funciones.

c) Culpabilidad: el demandante sostuvo que la entidad demandada le imputó una falta gravísima pero aclaró que no fue cometida a título de dolo; sin embargo, lo sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años.

El demandante expresó que los fallos disciplinarios obedecieron a una apreciación subjetiva de los hechos, pues la misma entidad permite que algunas empresas otorguen beneficios a sus servidores, situación que se traduce en inseguridad jurídica, en tanto no es posible establecer cuáles prebendas son aceptadas o reprochadas por la administración.

El interesado indicó que fue sancionado bajo la premisa que no debió recibir el descuento en los tiquetes, pese a que no existía una prohibición en tal sentido ni una justificación lógica para que una persona se niegue a aceptar una disminución del precio en una compra.

d) Indebida valoración probatoria: el accionante refirió que en el expediente obran documentos y testimonios en los que se precisa que no ejercía control directo sobre la aerolínea West Caribbean y, por lo tanto, no era viable admitir que la compra de tiquetes hubiera afectado la prestación del servicio público o que tendiera a favorecimientos ajenos a la misión institucional.

Agregó que no tuvo oportunidad de controvertir el Acta de Inspección Administrativa realizada a la mencionada empresa de aviación, la cual determinó que “los documentos e informaciones suministradas por la empresa, WEST CARIBBEAN AIRWAYS, no fueron suficientes para constatar la contabilización de las operaciones originadas en la expedición de los tiquetes aéreos y que sólo por información verbal de las personas que atendieron la diligencia, se infirió que dichas operaciones no tuvieron incidencia en los ingresos de la compañía, ni se generó IVA por tales operaciones gravadas con el impuesto a las ventas”.

e) Proporcionalidad de la sanción: el accionante afirmó que no existe proporcionalidad entre la falta disciplinaria reprochada y la sanción impuesta, pues no es posible que la compra de unos tiquetes aéreos derive en destitución e inhabilidad general, teniendo en cuenta que ello no generó un perjuicio a la DIAN.

Indicó que la entidad accionada no aplicó los criterios para determinar la gravedad de la falta y la consecuente sanción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, actuando por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fls. 369 a 378):

Explicó que el proceso disciplinario surtido en contra del demandante obedeció, por un lado, a la queja que interpusiera su jefe inmediato, relacionadas con la recepción de tiquetes aéreos gratuitos por parte de

servidores de la DIAN como contrapartida a actuaciones contrarias a la función pública; y por otro, a la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, en las cuales se hizo seguimiento a conductas delictivas desplegadas por empleados de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Local de Aduanas de Medellín, específicamente interceptaciones telefónicas en las cuales se advertía el ingreso de mercancía de contrabando al país.

Al respecto indicó que, fue valorada la prueba que fue allegada, específicamente, una de las grabaciones en donde se observó que el demandante pretendió ocultar que recibió los tiquetes aéreos gratuitos, pero que finalmente no logró falsificar la información.

La parte accionada precisó que el actor fue sancionado por recibir 4 tiquetes aéreos ida y regreso en la ruta Medellín – Barranquilla – Medellín, otorgados por un usuario aduanero y que equivalían a la suma de \$2.010.680, pese a que tenía pleno conocimiento de que no podía aceptar esa clase de dádivas, toda vez que pugnaban con la misión institucional y sus deberes funcionales al estar a cargo del Grupo Interno de Trabajo de la Zona Franca en Rionegro, lo cual implicaba coordinar operaciones aduaneras realizadas en el aeropuerto José María Córdoba de dicho Municipio y controlar las actuaciones de los diferentes usuarios aduaneros en materia de importación, exportación y tránsito.

Agregó que la conducta reprochada al demandante afectó el funcionamiento y buen nombre de la DIAN y puso en tela de juicio la independencia y objetividad que deben orientar a las entidades del Estado en el desarrollo de

los fines del Estado, pues al recibir beneficios de una empresa sujeta a su control podía verse abocado a favorecerla.

Aclaró que al actor se le respetó el derecho de contradicción y defensa, por lo cual no es posible afirmar que no se le dio traslado de la inspección administrativa realizada el 25 de abril de 2005 a los registros contables de la empresa West Caribbean.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- La apoderada del **demandante** recorrió el traslado para alegar, reiterando los argumentos desarrollados en el escrito de la demanda, de los cuales se destacan los siguientes (fls. 386 a 392):

Indicó que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-030 de 2012, declaró inexecutable la expresión “el buen nombre y prestigio” contenida en el numeral 45 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, norma bajo la cual se sancionó al actor, con el fin de evitar errores como los cometidos por el operador disciplinario en el presente caso.

Precisó que la conducta reprochada es atípica, en tanto no se advirtió la pluralidad de beneficios y negocios que exigía la referida disposición para que se configurara la falta disciplinaria, pues solo se verificó una compra de tiquetes aéreos con el respectivo descuento.

Agregó que la aludida compra no era incompatible con la imagen y el buen nombre de la DIAN, pues el beneficio recibido lo otorgaba la empresa West Caribbean en igualdad de condiciones a todas las personas que trabajaban en el aeropuerto José María Córdoba y el actor lo obtuvo al margen de sus

funciones como empleado público, ya que no ejercía un control sobre la aerolínea y se limitaba a supervisar a los subalternos.

El actor precisó que tampoco existió ilicitud sustancial, ya que la actuación investigada no afectó sus deberes funcionales, dado que no vigilaba a la mencionada compañía sino que estaba encargado coordinar el ingreso de mercancía al país, el régimen de viajeros en el muelle internacional y controlar las empresas que desarrollaban transporte de carga, caso éste que no correspondía al de la aerolínea en referencia.

El accionante también indicó que no se demostró el elemento de la culpabilidad, especialmente el dolo que se le endilgó y tampoco se fijaron los criterios para determinar la gravedad de la falta y de la sanción.

- El apoderado de la **Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN**, presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos (fls. 393 a 397):

Reiteró que la actuación disciplinaria se ajustó al debido proceso y respetó las garantías establecidas por el legislador en materia sancionatoria.

Indicó que la Fiscalía General de la Nación al investigar la conducta de algunos servidores de la DIAN que facilitaban el ingreso de mercancía de contrabando al país, se dio cuenta de algunas irregularidades que se estaban presentado respecto del regalo de algunos tiquetes de viajes por parte de algunas aerolíneas, y fue con base en dichos informes que inició la investigación disciplinaria contra el demandante.

La entidad demandada insistió en que el accionante adquirió unos tiquetes aéreos gratuitos, situación que afectó la objetividad e imparcialidad que

debían orientar el ejercicio de sus funciones y puso en tela de juicio la imagen y el buen nombre de la institución.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.-

Consiste en establecer si los fallos disciplinarios acusados son ilegales por haberse expedido en ausencia de los postulados de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad o, si por el contrario, se sujetaron a esos presupuestos orientadores de la actuación disciplinaria.

De la vinculación laboral del actor.-

- El Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Desarrollo Humano y Personal de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Medellín hizo constar que el actor prestó sus servicios a la DIAN entre el 4 de junio de 1991 y el 23 de enero de 2007. El último cargo desempeñado fue el de Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22, asignado al Grupo de Control Posterior – Fiscalización Aduanera – Administración de Aduanas de Medellín (folios 33, c. ppal.)

De la actuación disciplinaria.-

- Mediante Auto No. 8300060-1018-016 de 10 de diciembre de 2004 la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Noroccidente –

DIAN formuló cargos en contra del demandante al considerar que incurrió en la falta disciplinaria descrita en el artículo 48, numeral 45 de la Ley 734 de 2002, esto es “ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a que pertenece” (folios 34 a 54, c. ppal.).

Específicamente se le reprochó que, en razón del cargo que desempeñaba, recibió 4 tiquetes aéreos ida y regreso de la aerolínea West Caribbean para viajar con su familia desde Medellín hacia Barranquilla, a los cuales se les aplicó un descuento del 100% y el interesado únicamente pagó la tasa aeroportuaria.

Sostuvo que la anterior conducta puso en entredicho la objetividad, independencia y probidad del control ejercido por la DIAN sobre dicha empresa de aviación, pues el actor tenía la función de supervisarla, razón por la que no debió aceptar el descuento ofrecido.

- A través de la Resolución No. 8300060-2009-002 de 5 de julio de 2005, el Jefe de la División de Investigaciones de la Regional Noroccidente de la DIAN sancionó disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas por el término de 10 años, al encontrar probada la incursión a título de dolo en la falta disciplinaria gravísima establecida en el artículo 48, numeral 45 de la Ley 734 de 2002 (folios 55 a 82, c. ppal.). Al respecto, precisó lo siguiente:

(i) La norma citada exige dos actuaciones para que se configure el reproche disciplinario, a saber: a) recibir un beneficio; y, b) que el beneficio provenga

de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece el empleado público.

(ii) De conformidad con las pruebas aportadas al expediente, el señor Luis Fernando Galeano recibió de la empresa West Caribbean un descuento del 100% en 4 tiquetes aéreos ida y regreso para cubrir la ruta Medellín - Barranquilla - Medellín, que se tradujo en una rebaja de \$2.010.680, pues ese era el precio inicial de aquéllos sin aplicar la referida disminución.

(iii) El beneficio recibido por el actor correspondió a un negocio contrario a la imagen y fines institucionales de la DIAN, toda vez que la aludida aerolínea se encontraba sometida a su vigilancia y control. Así mismo, dicha empresa tenía como objeto social el transporte de pasajeros y el demandante se desempeñaba como controlador de viajeros en el Aeropuerto José María Córdoba de Rionegro.

(iv) El operador disciplinario precisó que la falta imputada no requería de la realización de múltiples negocios, es decir, que en ésta puede subsumirse cualquier actividad comercial que tenga permanencia, situación que corresponde a la de la empresa West Caribbean.

(v) Aclaró que en el escrito de cargos se indicó que la actuación del disciplinado “(...) mantuvo un interés oculto de una solución favorable a los trámites y procedimientos de la empresa dadora del beneficio, esto es la empresa WEST CARIBBEAN (...)”; sin embargo, esta afirmación no se demostró dentro de la actuación disciplinaria, pero ello no desvirtúa el hecho de que el interesado obtuvo un provecho derivado de un negocio que puso en tela de juicio el buen nombre y prestigio de la DIAN, así como la independencia y objetividad en el desarrollo de los objetivos misionales.

(vi) Expresó que el actor actuó **dolosamente** ya que conocía sus deberes funcionales y comprendía los efectos de su proceder contrario a derecho, “pues como servidor de la contribución era pertinente observar el compromiso asumido desde el mismo momento de ingreso a la entidad”. Igualmente le era exigible otra conducta, toda vez que lo indicado era rechazar el descuento realizado por la aludida aerolínea, porque al aceptarlo se generaba un conflicto de intereses contrario a la función pública.

- Por medio de la Resolución No. 13736 de 17 de noviembre de 2006 el Director General de la DIAN desató el recurso de apelación interpuesto contra el fallo disciplinario de primera instancia y lo confirmó (folios 83 a 102, c. ppal.).

Reiteró los argumentos esbozados por el *A quo* y agregó que no era política de las aerolíneas otorgar descuentos del 100% del valor de las compras a los servidores públicos; además, tales beneficios se confieren en consideración de la persona y, por lo tanto, no pueden hacerse extensivos a los miembros de la familia del beneficiario, contrario a lo que ocurrió en el presente caso.

De las pruebas aportadas al expediente disciplinario.-

- La Coordinadora de Volados y Control de Ingresos de la empresa West Caribbean certificó que le otorgó un descuento en 4 tiquetes aéreos al actor para viajar en la ruta Medellín – Barranquilla – Medellín y que el interesado pagó el valor de las tasas aeroportuarias (folios 108, c. ppal.).

- El 2 de agosto de 2004 la Jefe de Comercio Exterior de la empresa West Caribbean hizo constar que la aerolínea no adelantaba labores de carga internacional con destino a Colombia (folios 109, c. ppal.).

Prueba testimonial.-

- Beatriz Elena Cano Villa, Subgerente o Representante Legal Suplente de West Caribbean, en relación con los descuentos en tiquetes aéreos autorizados por dicha compañía, manifestó lo siguiente (folios 137 a 139, c.3):

“(...) PREGUNTADO: Sírvase indicar durante los últimos cinco años qué políticas de descuentos y beneficios comerciales otorga la empresa West Caribbean a los usuarios. CONTESTÓ: Tenemos varias políticas desde el 100% pagando servichar, hasta el 10%, no hay unas políticas claras (...), servichar es que pagan impuestos, tasas aeroportuarias, algún recargo de la papelería y el tiquete. (...) PREGUNTADO: (...) cómo se explica entonces que estos funcionarios de la DIAN, hayan recibido estos tiquetes con un descuento del 100%. CONTESTÓ: Como está dentro de las políticas de la compañía como lo dije anteriormente a servidores estatales, entre ellos la DIAN, servidores del aeropuerto y la policía y como tal ellos enseñan su identificación, por lo tanto se hacen acreedores al descuento. (...) PREGUNTADO: Sírvase indicar cómo se explica el otorgamiento de estos tiquetes cuando la empresa WES CARIBBEAN en comunicaciones con el anterior administrador de aduanas informó que no era política de la empresa obsequiar tiquetes ni siquiera para empleados de la empresa y que se hacían descuentos a agencias de viaje, policía nacional, fuerzas armadas y algunos personajes. CONTESTÓ: Entre las políticas cuando yo recibo si estaban todas las entidades estatales, personal del aeropuerto y los demás que ella enumera. (...)”.

- Jorge Enrique Ruiz Pérez, manifestó que se desempeñaba como Piloto y Director de Contratos de la empresa West Caribbean. En relación con la política de descuentos en tiquetes aéreos expresó lo siguiente (fls. 50 a 51, c.5):

“(...) PREGUNTADO. Es política de la compañía otorgar algunos descuentos o donar tiquetes a personas concretamente a funcionarios públicos. CONTESTADO. La compañía tiene como política otorgar descuentos a muchas personas que lo solicitan por diferentes motivos no importando si son o no son del medio de la aviación. (...) PREGUNTADO.

Exige la compañía alguna contraprestación relacionada con sus funciones y excepcionalmente cambio de los descuentos a los funcionarios. CONTESTADO. No señor, y le quiero colocar un ejemplo. El vuelo del día de hoy lo realicé a las 6:45 a.m. y un avión de 152 pasajeros tenían únicamente 21 silla ocupadas de ida por 48 de regreso a Bogotá cuando la compañía observa estos niveles de ocupación que son bajos aprueba las solicitudes de descuento. Se aprueba descuento pero siempre se cobra tasa aeroportuaria y servicio a bordo, que para el caso son nuestros únicos costos. (...) PREGUNTADO. Sírvase manifestar si para entregar los descuentos que usted señala siempre media solicitud por parte de la persona que desea obtener dicho descuento. CONTESTADO. No necesariamente, porque muchas personas lo hacen con carta, también muchas personas que llegan al despacho de Rionegro o de cualquier aeropuerto y el funcionario que lo atiende conoce la persona o visualiza el carnet de funcionario de Aeropuerto le damos derecho al descuento (...).”.

Estudio de los cargos -

El actor sostuvo que los actos administrativos acusados quebrantaron su derecho al debido proceso, específicamente por quebrantar los postulados de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, que deben orientar las actuaciones disciplinarias.

De la tipicidad.-

La tipicidad en materia disciplinaria tiene ciertas particularidades, pues las faltas están previstas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

En efecto, la mayoría de las disposiciones que establecen faltas disciplinarias, “tienen un complemento compuesto por normas que contienen

prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos”².

Igualmente resulta oportuno indicar que el derecho disciplinario se justifica en la necesidad de asegurar el cumplimiento de los principios y fines que deben orientar el ejercicio de la función pública (artículo 209³ C.P.), de meridiana importancia para el adecuado funcionamiento del Estado.

Así las cosas, la mencionada rama del derecho está integrada por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. “En este sentido y dado que las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública**”.⁴ (Resalta la Sala).

² Sentencia C-948 de 6 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

³ “ARTÍCULO 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley*”.

⁴ Sentencia C-948 de 6 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, ya citada.

Al demandante se le imputó la falta gravísima establecida en el numeral 45 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, esto es: “ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece”, por haber recibido 4 tiquetes ida y regreso en la ruta Medellín – Barranquilla – Medellín con un descuento del 100% por parte de la empresa West Caribbean.

El demandante sostiene que no se verificó la tipicidad de la conducta, porque:

- a) La norma alude a una pluralidad de negocios, mientras que la actuación reprochada se limitó a un único acto de compraventa, que no puede ser catalogado como negocio y el actor tampoco tenía la condición de comerciante.
- b) No se verificó la existencia de un beneficio para el accionante. Además, obtuvo un descuento que se reconoce en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos.
- c) El presunto beneficio no era incompatible con la moralidad administrativa.
- d) Las labores desempeñadas por el actor en ningún modo podían beneficiar a la empresa West Caribbean ya que estaba encargado de coordinar las operaciones de importaciones y servicios a usuarios del comercio exterior, pero él no las ejecutaba. Inclusive, para la época de los hechos la aludida compañía no prestaba el servicio de transporte de carga.

Advierte la Sala que la expresión **“el buen nombre y prestigio de”**, contenida en el artículo 48, numeral 45, de la Ley 734 de 2002, fue declarada

inexequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-030 de 2012, al considerar que tal enunciado normativo impedía efectuar un juicio objetivo de tipicidad. Al respecto sostuvo:

“(...)

Así las cosas, dada la textura extremadamente abierta y no determinable de estas expresiones, el precepto legal acusado quedaría a la libre apreciación subjetiva del funcionario que ejerce la potestad disciplinaria, ante la ausencia de criterios y pautas objetivos que permitan determinar cuáles son y en qué consisten las conductas que afectarían el buen nombre o prestigio de la institución a la que pertenece el servidor público.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en este caso se trata de la tipificación de una falta disciplinaria gravísima, que como lo ha reconocido esta Corporación, deben constituir aquellos comportamientos esencialmente graves derivados del incumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos⁵, de la violación de la Constitución, de la ley y reglamento.

(...).”

En este orden de ideas, la falta disciplinaria en comento consiste en “ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con la institución a la que pertenece”. En relación con la aplicabilidad de la norma, la Corte Constitucional en la citada Sentencia indicó que debía interpretarse sistemáticamente, en cada caso, haciendo una remisión o una complementación con:

(a) aquellas disposiciones que consagren actuaciones violatorias de la Constitución, la ley o el reglamento, relativas a la realización, celebración o ejecución de los negocios de que trata la norma; o

(b) con aquellas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que consagren las **finalidades**, postulados o presupuestos normativos que

⁵ Véase, sentencia C-1076 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

informen el **normal, adecuado y correcto funcionamiento** de la institución pública de que se trate. (Resalta la Sala).

Conforme a lo anterior, en adelante la Sala verificará la tipicidad de la conducta reprochada al demandante de cara al entendimiento fijado por la Corte Constitucional en la precitada Sentencia, en atención al principio de favorabilidad aplicable en materia disciplinaria y que rige también para quien se encuentre cumpliendo la sanción, tal como ocurre en el presente caso. En efecto, dicha garantía se encuentra establecida en el artículo 14 de la Ley 734 de 2002 en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 14. FAVORABILIDAD. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. **Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción**, salvo lo dispuesto en la Carta Política.”. (Resalta la Sala).*

Ahora bien, de conformidad con el Decreto 1071 de 1999⁶, vigente para la fecha en que se suscitaron los hechos investigados, esto es 21 de junio de 2002, la DIAN tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad.

De acuerdo con lo anterior se advierte que el actor al recibir los tiquetes aéreos sin pagar costo alguno a la aerolínea West Caribbean recibió un

⁶ Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones.

beneficio proveniente de un negocio incompatible con la competencia general atribuida a la DIAN desde el punto de vista misional o, en términos de la Corte Constitucional, contrario a las finalidades establecidas por el legislador para el normal, adecuado y correcto funcionamiento de dicha entidad, en consonancia con los principios de moralidad e imparcialidad sobre los cuales se edifica la función pública⁷.

En efecto, la DIAN dentro de sus atribuciones tenía el control tributario y aduanero de las empresas que ejecutaban su objeto social al interior del país, tal como ocurría con la citada aerolínea.

En tal medida, obtener un beneficio económico por parte de una empresa sujeta al control de la entidad a la que pertenecía el demandante comportaba una incompatibilidad con la misión institucional y, por lo tanto, la conducta reprochada es típica dentro de la órbita del derecho disciplinario.

De la culpabilidad y proporcionalidad de la sanción.

El demandante objetó el juicio de culpabilidad efectuado por el operador disciplinario, así como la sanción impuesta, al considerar que no existe proporcionalidad entre la falta disciplinaria reprochada y el correctivo aplicado, pues no es posible que la compra de unos tiquetes aéreos derive en destitución e inhabilidad general de 10 años, teniendo en cuenta que ello no generó un perjuicio a la DIAN. Además, no se aplicaron los criterios para determinar la gravedad de la falta y la consecuente sanción.

Agregó que fue sancionado bajo la premisa que no debió recibir el descuento ofrecido por la aerolínea West Caribbean en los tiquetes aéreos aludidos,

⁷ Artículo 209 de la Constitución Política.

pese a que no existía una prohibición en tal sentido ni una justificación lógica para negarse a aceptar una disminución del precio en una compra.

Advierte la Sala que el actor fue sancionado por incurrir en una falta disciplinaria gravísima a título de dolo; sin embargo, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario se arriba a la conclusión que la DIAN incurrió en un error de valoración a la hora de verificar la culpabilidad del accionante en la conducta reprochada, por el contrario, un análisis sistemático, ponderado y razonable de los elementos de convicción recaudados, permiten identificar diferentes circunstancias que impiden calificar la conducta cometida por el encartado a título de dolo.

Al respecto se resalta que en materia disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, tal como lo establece el artículo 13 de la Ley 734 de 2002⁸.

A su turno, al consultar los debates previos a la expedición del Código Disciplinario Único, se advierte que el legislador pretendió que las faltas gravísimas fueran sancionadas en forma más drástica, siempre y cuando fueran cometidas a título de dolo o culpa gravísima en aras de garantizar la aplicación el principio de proporcionalidad que debe orientar la imposición de los correctivos disciplinarios. En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de Ley se sostuvo⁹:

“Según el criterio acogido en el proyecto, la naturaleza de las faltas gravísimas siempre es dolosa. Cuando son cometidas a título de culpa, excepcionalmente dan lugar a destitución, como en el caso de la manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los

⁸ “Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”.

⁹ Gaceta del Congreso No. 304 de 10 de septiembre de 1999.

*empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio del cargo, que por disposición constitucional dan lugar a la desvinculación. De esta manera se garantiza que la destitución e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas, dada su severidad, sólo proceda frente a conductas particularmente graves y cuando el funcionario ha obrado con la **intención y conciencia de estar afectando la buena marcha de la administración pública**.” (Resalta la Sala).*

En igual sentido, en la ponencia para el primer debate ante la Cámara y el Senado se hizo referencia al principio de proporcionalidad en los siguientes términos¹⁰:

“(…)

Se pretende con ello introducir la posibilidad de que la sanción de destitución proceda no sólo cuando nos encontremos frente a los mayores reproches objetivos, sino también subjetivos. (...) Se requiere que la falta gravísima haya sido cometida con dolo o culpa gravísima, máximos reproches en el ámbito de la imputación subjetiva, atendiendo además las consecuencias que implica una tal decisión en el campo de la sanción accesoria.

(…) .” (Resalta la Sala).

En consonancia con lo antes expuesto, resulta oportuno reiterar lo dicho por la doctrina autorizada sobre la materia, a saber: **“la pena proporcional a la culpabilidad, es la única pena útil”**¹¹.

Adicionalmente, “(...) El concepto de proporcionalidad nace íntimamente vinculado al de culpabilidad. En la actualidad, en el Derecho Sancionador Administrativo, culpabilidad y proporcionalidad continúan estrechamente unidas. La reacción punitiva ha de ser proporcionada al ilícito, por ello, **en el momento de la individualización de la sanción, la culpabilidad se constituye en un límite que**

¹⁰ Gaceta del Congreso No. 263 de 4 de junio de 2001.

¹¹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles, “El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador”. Editorial Tecnos. Madrid (España), 1996. Páginas 44 y 45.

impide que la gravedad de la sanción supere la del hecho cometido; siendo, por tanto, función primordial de la culpabilidad limitar la responsabilidad. (...).

El principio de dolo o culpa, nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, los cuales deben ser considerados por el órgano administrativo competente en el momento de individualizar la sanción. De este modo, el principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido.

Una sanción proporcionada exigiría, por tanto, la previa consideración de si el ilícito ha sido cometido a título de dolo o culpa, así como del grado en que estos elementos han concurrido. Es notorio que el principio de proporcionalidad impide que por la comisión imprudente de una infracción, se imponga la sanción en su grado máximo “(...) pues ese límite máximo correspondería a la comisión dolosa”¹² (Resalta la Sala).

Ahora bien, en el presente caso no se demostró que el actor hubiera actuado con el ánimo de incurrir en la falta disciplinaria imputada ni de afectar la buena marcha de la administración pública, es decir, que no se configuró el elemento volitivo del dolo, pues no se probó que al comprar los tiquetes aéreos con un descuento del 100% el disciplinado hubiera tenido la intención de contrariar la misión institucional atribuida a la DIAN.

¹² *Ibíd.* Páginas 45 y 46.

Por el contrario, se encuentra acreditado que el demandante se limitó a adquirir unos tiquetes motivado por una promoción en una compra en la que tampoco se le exigió como contraprestación la omisión de sus deberes funcionales y, la cual, según explicaron los directivos de la empresa West Caribbean, se otorgaba a diferentes servidores públicos y también a particulares en igualdad de condiciones.

Entonces, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en que el accionante adquirió los tiquetes que merecieron el reproche disciplinario y que tenía una amplia trayectoria en la institución sin que registrara antecedentes de alguna clase, se concluye que no actuó con dolo sino con culpa grave, *“por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”*, en los términos del parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

Sobre la clasificación y el límite de las sanciones, el artículo 44 *ibídem*, establece lo siguiente:

“Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

*1. **Destitución e inhabilidad general**, para las **faltas gravísimas dolosas** o realizadas con culpa gravísima.*

*2. **Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial** para las faltas graves dolosas o **gravísimas culposas**.*

(...).” (Resalta la Sala).

En ese orden de ideas, la sanción impuesta al demandante debió ser la de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial y no la de destitución e inhabilidad general, ya que se trataba de una falta gravísima cometida a título de culpa grave. En consecuencia, los actos demandados

desconocen el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 18 *ibídem* en los siguientes términos:

“La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción, deben aplicarse los criterios que fija esta Ley”.

En relación con la imposición de la sanción y su relación con la forma de la culpabilidad, la Sala precisa que para determinar la última, el investigador debe analizar el grado de afectación al servicio, la gravedad de la infracción, así como la motivación con la que actuó el sujeto activo; tal como lo consideró la Corte Constitucional, en Sentencia C-708 de 1999:

“7. La responsabilidad subjetiva del disciplinado como elemento esencial para la imposición de la sanción disciplinaria

(...) no todas las faltas disciplinarias afectan gravísimamente los bienes jurídicos protegidos por el régimen disciplinario; (...)

Una vez graduadas las faltas disciplinarias en gravísimas, graves y leves, la Ley 200 de 1995 realiza la respectiva dosimetría de las sanciones en los artículos 26 (causales de mala conducta) y 32 (límites de las sanciones), debiendo atender a los “... límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la gradación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad”¹³.

(...)

De manera que, un juicio de responsabilidad, bien en materia penal o disciplinaria, no es completo sin el de la culpabilidad pertinente, a cargo del respectivo fallador. En la doctrina nacional sobre el particular se ha señalado lo siguiente:

“se entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en

¹³ Sentencia C-285/97, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos -según un rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal-. Por no haber actuado conforme a la norma.

*Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del estado social y democrático de derecho **y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana** (Const. Pol., art. 1°).¹⁴ (Resalta la Sala).*

De otro lado, en el *Sub lite* tampoco se observó una grave afectación al servicio, teniendo en cuenta que el actor no recibió el descuento en los tiquetes aéreos a cambio de una afectación a sus deberes funcionales o un favorecimiento ilegal a la aerolínea West Caribbean. Inclusive, al estudiar el conjunto de deberes asignados al accionante se advierte que no ejercía un control directo a dicha empresa, sino que estaba encargado de verificar el ingreso y salida de las mercancías del país, así como de viajeros de acuerdo con las políticas trazadas en la materia.

Para efectos ilustrativos se transcriben las siguientes funciones asignadas al demandante:

1. Garantizar el cumplimiento del marco normativo en la aplicación de los regímenes aduaneros en el proceso de importación.
2. Dar trámite a las solicitudes de los usuarios como derecho de petición dentro del proceso de importación.

¹⁴ Velásquez Velásquez Fernando, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1995, pág. 492.

3. Analizar e incorporar en el Sistema Informático Aduanero las declaraciones de importación junto con los documentos soporte que amparen las importaciones.
4. Realizar las inspecciones físicas o documentales previas al levante, respecto de las declaraciones de importación seleccionadas o que medie previa solicitud.
5. Realizar las aprehensiones que se generen en el proceso de inspección.
6. Estudiar, autorizar y registrar las solicitudes de sometimiento de mercancías al régimen de tránsito aduanero.
7. Decidir sobre la práctica de la inspección física de las mercancías sobre las cuales se solicita la autorización de tránsito de acuerdo a las normas vigentes.
8. Comunicar oportunamente a la Aduana de Llegada sobre la salida de tránsitos aduaneros.
9. Comunicar al Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Aduana de partida el incumplimiento del Régimen para que se surta el procedimiento establecido en las normas vigentes.
10. Informar al Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior sobre el incumplimiento de los DTA¹⁵ autorizados por esta dependencia para que se hagan efectivas las pólizas de acuerdo al procedimiento establecido por las normas vigentes.
11. Clasificar y organizar la información de los DTA autorizados y recepcionados, enviando los reportes requeridos por las diferentes dependencias de la DIAN.
12. Ejecutar el control físico y documental a los procedimientos y formalidades aduaneras que deben cumplir las mercancías que ingresan o salen de la zona franca.

¹⁵ Declaración de tránsito Aduanero.

13. Hacer seguimiento a las mercancías consignadas a zona franca y a los usuarios de las mismas.
14. Solicitar cuando lo considere conveniente, la información de sistema de control de usuario operador.
15. Efectuar seguimiento a las mercancías nacionales y extranjeras que el usuario operador les haya autorizado su salida al resto del mundo.
16. Supervisar, orientar y controlar el régimen de tránsito que se autorice y finalice en la zona franca.
17. Recepcionar, tramitar, organizar y clasificar los documentos de exportación que realicen los usuarios con destino a zona franca.
18. Realizar la inspección de la carga y de los envíos urgentes por avión que arriba al país por el aeropuerto de su jurisdicción, de acuerdo con los perfiles de riesgo determinados y autorizar el registro de los documentos de viaje que la amparan.
19. Atender a los viajeros y orientarlos en el cumplimiento del régimen.
20. Efectuar la revisión de los equipajes acompañados y no acompañados.
21. Implementar mecanismos de control a los medios de transporte, bodegas de las aerolíneas y demás usuarios de su jurisdicción e informar a la División competente para la aplicación de las sanciones correspondientes.

En relación con esta última función, que atañe directamente al control sobre las aerolíneas, se resalta que la empresa West Caribbean no prestaba el servicio de carga, razón por la que no se advierte que el descuento en los tiquetes aéreos recibidos por el accionante hubiera obedecido a un favorecimiento eventual a dicha aerolínea y la concreción de tal situación tampoco fue demostrada en el expediente disciplinario.

En igual sentido, en primera instancia se aclaró que en un principio la conducta se investigó porque aparentemente el actor recibió los aludidos tiquetes “con un interés oculto de una solución favorable a los trámites y procedimientos de la empresa dadora del beneficio”; sin embargo, al estudiar el acervo probatorio concluyó que dicha premisa no fue acreditada y aclaró que “la conducta objeto de reproche es haber recibido el beneficio consistente en un descuento del 100% en los tiquetes aéreos”.

De otro lado, al contestar la demanda, el apoderado judicial de la DIAN hizo referencia a una prueba que se trasladó de un proceso penal que se estaba surtiendo en contra del actor y otros funcionarios, la cual consistía en una interceptación telefónica que fue sintetizada por el servidor de la Fiscalía General de la Nación así (fls. 163 a c.1):

*“(...)
ANGEL llama a SERGIO VALENCIA “tenemos un problema, ustedes nos dieron a nosotros unos pasajes y nos están investigando por eso” - SERGIO “y usted, qué necesita” – ANGEL “a mí también me dieron pasajes entonces LUIS FERNANDO me dijo que tú le habías dicho que iban a poner los pasajes con costos, es decir...” SERGIO “¿y están a nombre de quién? – ANGEL “a nombre mío y de mi grupo familiar ANGEL ANTONIO AYALA” – SERGIO “no se preocupe y si piden algún documento que diga que fue con costo o una rebaja, ellos ya saben organizar” – ANGEL “yo iba a hablar con el Capitán Pérez pero no he podido” – SERGIO “él está por fuera en estos días, pero yo te organizo eso, listo...” – ANGEL “LUIS FERNANDO me dijo que te acordaras de lo de él también” – ANGEL “mi señora Doris María Chaverra de Ayala” – SERGIO “no se preocupe que yo arreglo eso, ya ellos tiene advertido que si va haber algo de una investigación de esas que avisen antes, no que manden esas cartas así”.
(...).”*

En el escrito de contestación de la demanda la entidad accionada concluyó que la citada prueba demostraba que el actor era consciente de la ilegalidad en que incurrió al recibir en forma gratuita unos tiquetes aéreos; sin embargo, tal conclusión no cuenta con un soporte probatorio suficiente pues el

accionante no intervino en la anterior interceptación telefónica y de hecho en ningún momento alteró la información de West Caribbean ni negó la existencia del aludido descuento, por lo cual, contrario a lo manifestado por la DIAN, tal medio probatorio no evidencia un actuar doloso por parte del accionante. Además, los fallos disciplinarios no se edificaron sobre tal argumento.

En este orden de ideas, concluye la Sala que en este caso hubo violación al derecho al debido proceso, en tanto la entidad demandada no efectuó una valoración integral, razonada y ponderada de los medios de convicción arrimados al plenario que conllevaban a una adecuada determinación de la forma de culpabilidad.

De otro lado, se resalta que el derecho sancionador es un ámbito en el que debido proceso adquiere una especial relevancia, habida cuenta que una sanción disciplinaria como la que aquí fue impuesta acarrea consecuencias que repercuten trascendental y negativamente en la vida profesional y personal del investigado, razón por la que la vulneración a dicho principio amerita la anulación de las decisiones administrativas acusadas.

Del restablecimiento del derecho.-

A efectos de determinar la forma en la que debe ser restablecido el derecho en el *Sub lite*, resulta necesario aludir al contenido del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, el cual es del siguiente tenor:

*“La Sentencia tiene que ser motivada, debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. **Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones**”*

nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.
(Resalta la Sala).

De acuerdo con la disposición transcrita, es evidente que el legislador facultó al Juez para reformar las decisiones acusadas o estatuir nuevas en su reemplazo y, en consecuencia, en el *Sub lite* nada le impide a la Sala reemplazar la sanción impuesta en sede Administrativa, la cual, como ya quedó ampliamente expuesto, fue abiertamente desproporcionada.

No puede ser otro el sentido de la norma, si se considera que debe primar la justicia material y que el Juez de lo Contencioso Administrativo debe realizar un control pleno e integral de los actos demandados, de cara a las pruebas allegadas al plenario y la salvaguarda de la legalidad.

En ese orden de ideas, con fundamento en la disposición legal citada, procede la Sala a dictar una Sentencia declarando la nulidad de la sanción impuesta por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN remplazándola por la que en derecho corresponde; y a restablecer el derecho del demandante, en los siguientes términos:

Habiéndose acreditado que la conducta del señor Luis Fernando Galeano Escobar es: **a) típica** pues incurrió en la falta gravísima prevista en el numeral 45 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en “Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con la institución a la que pertenece”, pues aceptó unos tiquetes con un descuento del 100% por parte de la Empresa West Caribbean que está sujeta al control tributario y aduanero de la entidad a la que estaba vinculado; **b) antijurídica**¹⁶ en tanto

¹⁶El artículo 5 del Código Disciplinario Único, prevé “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

que con obtuvo un beneficio incompatible con la misión institucional asignada a la DIAN; y, **c)** fue cometida a título de **culpa grave**, esto es, con inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones¹⁷; la sanción que ha debido imponer la Entidad no podía ser otra que la de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, tal como lo establece el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002:

“Artículo 44. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

(...)

*2. **Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.***

(...).” (Resalta la Sala).

De acuerdo con la definición de las sanciones prevista en el artículo 45 *ibídem*¹⁸, se advierte que mientras el correctivo de destitución e inhabilidad

¹⁷ Sobre las clases de culpa, el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, establece lo siguiente: *“Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”.*

¹⁸ **Artículo 45. Definición de las sanciones.**

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. **Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-028 de 2006.**

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.

4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en

general implica: **a)** la desvinculación del cargo, **b)** la terminación de la relación del servidor público con la administración, **c)** la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término señalado en el fallo, y **d)** la exclusión del escalafón o carrera; la sanción de suspensión trae como consecuencia la separación temporal en el ejercicio del cargo, y la de inhabilidad especial acarrea la “(...) *imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo (...)* por el término señalado en el fallo”; de modo que estas dos últimas son menos drásticas que las primeras, situación que consulta la proporcionalidad que debe existir entre la sanción, la gravedad de la falta y el grado de culpabilidad del sujeto disciplinable.

Ahora bien, para determinar el quantum de la sanción es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 46 del Código Disciplinario Único, el cual preceptúa que la suspensión no puede ser inferior a un mes ni superior a 12 meses, y la inhabilidad especial es de mínimo 30 días y máximo 12 meses.

Dentro de esos límites, deberá graduarse el correctivo, con fundamento en los criterios señalados por el legislador en el artículo 47 *ibídem*, que prevé:

“Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;*
- b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;*
- c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;*
- d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;*
- e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;*

período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva.

- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;*
 - g) El grave daño social de la conducta;*
 - h) La afectación a derechos fundamentales;*
 - i) El conocimiento de la ilicitud;*
 - j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.*
- (...)"

Puestas así las cosas, con el objeto de graduar la sanción, observa la Sala que el señor Luis Fernando Galeano Escobar no fue sancionado fiscal ni disciplinariamente dentro de los 5 años anteriores a la comisión de la conducta que se investigó; aceptó que recibió el descuento en los tiquetes aéreos materia de reproche y no afectó de manera grave el servicio ni vulneró derechos fundamentales.

En ese orden, en atención al principio de proporcionalidad, considerando los anteriores criterios de graduación de la sanción y los límites establecidos por el legislador; la Sala estima que la sanción que se le debió imponer al demandante es la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 3 meses y la inhabilidad especial por el mismo lapso; y así se declarará en la parte resolutive de esta Sentencia.

Ahora bien, el demandante fue retirado del servicio a partir del 23 de enero de 2007, como consecuencia de la sanción de destitución impuesta, es decir, que el actor ya cumplió materialmente con el correctivo que en derecho le correspondía -esto es, con la suspensión de 3 meses en el ejercicio del cargo y la inhabilidad especial por el mismo término-, el cual se traduce en una separación temporal del servicio y no en la terminación de la relación del servidor público con la administración.

Así las cosas, de conformidad con lo anteriormente expuesto, es procedente ordenar el reintegro del señor Luis Fernando Galeano Escobar al cargo de Profesional en Ingresos Públicos II 31-22 o a otro de igual o superior jerarquía al interior de la DIAN. Igualmente, disponer el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha de la desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, descontándole los tres meses de suspensión e inhabilidad especial que es la sanción que en derecho debió habersele impuesto.

Igualmente se declarará que no proceden los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el actor en el evento de que haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales durante el tiempo que ha permanecido desvinculado del servicio con posterioridad a los tres meses de suspensión en el ejercicio del cargo.

Por las razones expuestas se anularán parcialmente los actos demandados en cuanto a la sanción impuesta al accionante, la cual será reemplazada en los términos de las consideraciones precedentes. A su turno, como el retiro del servicio tuvo fundamento en la sanción de destitución, se invalidará la Resolución que lo ordenó.

Igualmente se conminará a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a adelantar las gestiones necesarias para desanotar de los antecedentes disciplinarios del actor la sanción disciplinaria impuesta por los actos acusados, consistente en destitución e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas por el término de 10 años.

A su turno, no se ordenará registrar la sanción que en derecho correspondía, esto es, suspensión e inhabilidad especial por el término de 3 meses, por

cuanto el artículo el artículo 174 de la Ley 734 de 2002 dispone que *“la certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.”*.

De acuerdo con la anterior disposición las sanciones disciplinarias deben constar en el certificado de antecedentes disciplinarios por un término máximo de 5 años y, en todo caso, también deberán consignarse las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento de expedirse tal certificación.

Ahora bien, en el presente caso al actor se le debió imponer la sanción de suspensión e inhabilidad especial por el término de 3 meses, es decir, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos de las sentencias de nulidad, dicho correctivo debió cumplirse entre el 23 de enero de 2007¹⁹ y el 23 de abril del mismo año. En consecuencia, como para la fecha de ejecutoria de esta providencia ya han transcurrido más de 5 años, en el certificado de antecedentes disciplinarios del accionante ya no debería aparecer anotación en tal sentido.

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

¹⁹ Se toma esta fecha como referente por cuanto fue a partir de ese momento en que se hizo efectivo el retiro del servicio del actor en virtud de la sanción de destitución.

I. DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones Números 8300060-2009-002 de 5 de julio de 2005, 13736 de 17 de noviembre de 2006, 014407 de 29 de noviembre de 2006 y 15688 de 28 de diciembre de 2006, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, que impusieron y ejecutaron en contra del demandante la sanción de destitución e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas por el término de 10 años. En su lugar,

II. DECLARAR que la sanción a la cual es acreedor el señor Luis Fernando Galeano Escobar, es la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de tres meses e inhabilidad especial por el mismo lapso, la cual ya fue cumplida materialmente por el actor de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

III. ORDENAR a la Nación - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN a adelantar las gestiones necesarias para desanotar de los antecedentes disciplinarios del actor la sanción disciplinaria impuesta por los actos acusados, consistente en destitución e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas por el término de 10 años.

IV. CONDENAR a la Nación - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN a reintegrar al señor Luis Fernando Galeano Escobar al cargo de Profesional en Ingresos Públicos II 31-22 o a otro de igual o superior jerarquía.

Así mismo, deberá reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha de la desvinculación y hasta que se

haga efectivo el reintegro, descontándole los tres meses de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial.

V. No hay lugar a realizar descuento de suma alguna por concepto de lo que hubiere recibido el actor con ocasión de otra vinculación laboral durante el tiempo de retiro del servicio.

VI. **DECLARAR** que para todos los efectos legales y prestacionales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Luis Fernando Galeano Escobar, con excepción de los tres meses de suspensión antes señalados.

VII. La suma que se debe pagar a favor del demandante, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor durante el tiempo en que mantuvo desvinculado en virtud de los actos acusados, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás

emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

VIII. La Nación - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN dará cumplimiento a este fallo en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

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

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
MONSALVE**

GERARDO ARENAS