



Sentencia 9025 de 2002 Consejo de Estado

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN" / DESTITUCIÓN ¿ Retiro improcedente / DIAN / IMPEDIMENTO ¿ Afectaba al nominador / REINTEGRO AL SERVICIO ¿ Procedente / RECONOCIMIENTO ECONOMICO ¿ Procedente con descuento de lo devengado a cargo del tesoro público, salvo casos de excepción / LIQUIDACION

En este proceso se debate la legalidad de Resoluciones Nos. 2398 de 10 de mayo de 1995 y 2559 de 17 de los mismos mes y año, proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante las cuales se le impuso la sanción de destitución con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 4 años, cuando desempeñaba el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II-3121, ubicado en la División de Investigación Disciplinaria de la Subsecretaría de Asuntos Legales. El A-quo denegó las pretensiones de la demanda, decisión recurrida en apelación. Compete ahora resolver tal recurso. Como se desprende de lo expuesto, el Director encargado que expidió los actos acusados conoció del proceso disciplinario seguido contra el actor como miembro de la Comisión de Personal que recomendó la sanción que se le impuso, tal como se plasmó en el concepto. Independiente del sentido en que se emita el concepto, favorable o desfavorable para el disciplinado, lo cierto es que quienes intervienen en la expedición del mismo ya han tomado una posición frente al caso. Distinto sería que quien siendo miembro de la Comisión de Personal, por cualesquiera razón, no haya participado en la deliberación de dicho organismo con tal finalidad ni haya suscrito el acto. Ahora, como de conformidad con la disposición invocada como sustento de la violación del derecho a la imparcialidad, para que se configure la causal de impedimento, es suficiente haber conocido del proceso, independiente de la obligatoriedad a no del concepto emitido. En autos, como ya se anotó, tanto el concepto de la Comisión de Personal como las resoluciones demandadas se encuentran signadas por el Dr. GILBERTO BUITRAGO BAHAMON, Subdirector General de la entidad, quien de conformidad con lo expuesto, debió declararse impedido para emitir el fallo dentro del proceso disciplinario seguido contra el señor Leonardo Paez Saavedra, y no lo hizo; procediendo no solo a dictarlo sino que una vez recurrido en reposición, lo confirmó. Además de lo anotado, observa la Sala que el mencionado concepto de la Comisión de Personal, que por demás contiene un juicioso estudio del proceso disciplinario, fue un elemento determinante de los actos acusados, pues si bien la Resolución 2398 de 10 de mayo de 1995 lo relaciona dentro de las etapas surtidas con especial énfasis; la resolución 2559 de 17 de los mismos mes y año, prácticamente confirma la decisión demandada con base en él. Siendo lo anterior suficiente para declarar la nulidad de la actuación acusada, la Sala se exime de estudiar los demás argumentos en que se sustenta el recurso de apelación. En estas condiciones, se impone la declaración de nulidad de los actos acusados razón por la cual se revocara la sentencia impugnada y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda en la forma que luego se precisa. La Parte Actora deberá presentar a la Entidad Demanda una declaración jurada sobre si estuvo o no vinculada, durante el tiempo contado desde su retiro del servicio a que se contrae este proceso y la fecha de la reclamación de cumplimiento del fallo, con alguna Institución cuyos ingresos deriven del tesoro público; en caso afirmativo, deberá anexar las constancias de la vinculación y retribuciones percibidas por todo concepto, para los efectos de esta providencia; todo lo anterior para evitar la violación de la norma constitucional que prohíbe la percepción de más de una erogación a cargo del tesoro público, salvo los casos de excepción legal. La Administración, en consecuencia, efectuará la liquidación y reconocimiento de las obligaciones que por este concepto y por el lapso pertinente deberá pagar. Del valor de la suma que la entidad resulte adeudarle al actor se descontarán: Lo recibido por el actor del Estado, como contraprestación por servicios prestados en cargos públicos que coincidan o se crucen con el lapso que abarca la condena, sin que exceda el monto de esta, teniendo en cuenta los siguientes criterios: -) Si el demandante mantuvo una relación laboral con alguna entidad oficial cuya retribución se deriva del tesoro público y, entre salario y prestaciones recibió una suma "inferior" a la que debía recibir durante ese mismo tiempo en el cargo al que se refiere la demanda, la Administración deberá pagar la diferencia; para los efectos del fallo, este tiempo no se computará por la entidad demandada debido a que los servicios prestados tienen ese efecto en la Institución donde laboró y por no ser posible su doble cómputo conforme al ordenamiento jurídico. -) Si el Actor mantuvo una relación laboral con alguna entidad oficial cuya retribución se deriva del tesoro público y, entre salario y prestaciones recibió una suma "igual o superior" a la que debía recibir durante ese mismo tiempo en el cargo al que se refiere la demanda, no habrá lugar a pago alguno como tampoco a descuento por el exceso que recibió; para los efectos de fallo, este tiempo tampoco se computará por la entidad demandada debido a que los servicios prestados tienen ese efecto en la Institución donde laboró y por no ser posible su doble cómputo conforme al ordenamiento jurídico. -) Si el Actor mantuvo una relación diferente a la laboral con alguna entidad oficial cuya retribución se deriva del tesoro público, en cuanto a las sumas percibidas por la actividad desempeñada se seguirá un criterio similar al ya mencionado anteriormente. Pero, como de dichas actividades no se derivan consecuencias prestaciones, en este caso la Entidad demandada deberá tener en cuenta el tiempo pertinente de esta relación para efectos de las prestaciones y para la no solución de continuidad que corresponda.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Sección Segunda de fecha 16 de mayo de 2002, Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicación No. 19001-23-31-000-397-000-01(1659/01), actor: Parménides Mondragón Delgado.

[Ver el Concepto del Consejo de Estado 244 de 1988](#), [Ver el Fallo del Consejo de Estado 2046 de 2008](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B"

Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro

Bogotá, D. C., siete (7) de junio de dos mil dos (2002)

Radicación número: 25000-23-25-000-1995-9025-01(1501-98)

Actor: LEONARDO PAEZ SAAVEDRA

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN"

Controv. DESTITUCIÓN

ASUNTOS NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la P. Actora contra la sentencia de 23 de enero de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso No. 39025, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda.

A N T E C E D E N T E S :

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE.

LA DEMANDA. El señor LEONARDO PAEZ SAAVEDRA, en ejercicio de la acción del art. 85 del C.C.A., el 22 de septiembre de 1995 presentó demanda contra la NACIÓN ¿ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO ¿ UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, y solicita la nulidad de las Resoluciones Nos. 2398 de 10 de mayo de 1995 y 2559 de 17 de los mismos mes y año, por medio de las cuales se le impuso la sanción de destitución con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 4 años, cuando desempeñaba el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II-3121, ubicado en la División de Investigación Disciplinaria de la Subsecretaría de Asuntos Legales.

Como restablecimiento del derecho solicita el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría; el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir con ocasión del acto acusado y hasta la fecha en que sea reintegrado; que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; y que se les de cumplimiento y aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Los hechos. Se relatan a folios 24 a 29. Se destacan:

Que el actor fue vinculado a la entidad, en provisionalidad hasta el mes de junio, mediante Resolución No. 275 de 22 de febrero de 1992 en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos, nivel II, grado 3121, ubicado en la Oficina de Control Disciplinario en la División de Representación Externa de la entonces U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, cargo del cual tomó posesión en la misma fecha.

Que el Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992 fusionó la U.A.E Dirección de Impuestos Nacionales y la U.A.E Dirección de Aduanas Nacionales, quedando la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Que por Resolución No. 001 de 1º de junio de 1993 expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, el actor fue incorporado a la planta de personal en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos, Nivel II, grado 3121, ubicado en la División de Investigación Disciplinaria de la Subsecretaría de Asuntos Legales.

Que el 19 de enero de 1995 se inició investigación disciplinaria con base en la inspección administrativa del día 17 del mismo mes y año, en los archivos del Banco Tequendama, sobre consignaciones por pago a favor de la Dirección General de Aduanas, Saneamiento Aduanero, al establecerse que la información que reposa en el banco no coincidía con la de los expedientes Nos. 4-093-94, 44-094-94 y 44-224-94 que se venían tramitando en la División de Investigación Disciplinaria pues, según el banco, algunos usuarios no consignaron a favor de Saneamiento Aduanero mientras en los expedientes citados reposa certificación en sentido contrario.

Que el 10 de marzo de 1995 se le formuló pliego de cargos al actor por la presunta violación de los numerales 17, 22 y 23 del artículo 26 del Decreto 1646 de 1991.

Que la Comisión de Personal aprobó sugerir sanción de destitución con inhabilidad de 4 años para ejercer cargos públicos en contra del actor, Acta No. 005 de 2, 3 y 4 de mayo de 1995.

Normas violadas y concepto de la violación. Invocó los artículos: 29 de la C. P.; 3-d), 4, 27, 28, 31, 68 y 69 del Decreto 1646 de 1991; 30 del C.C.A.; y, 150-2º del C.P.C. Argumenta:

Violación del principio de imparcialidad. Los actos acusados son ilegales por violar el principio de imparcialidad consagrado en el art. 30 del C.C.A. con fundamento en que el Subdirector General, actuó como Presidente de la Comisión de Personal, y luego, como Director encargado firmó los actos acusados, sin declararse impedido ante la causal de inhabilidad consistente en haber conocido del proceso en instancia anterior (art. 150-2 del C.P.C.). Aclara que si bien la Comisión de Personal solo hace una recomendación, de todos modos, tal funcionario sentó y votó un

criterio frente al caso, respecto del cual resulta imposible, subjetivamente, separarse.

Violación del debido proceso. Por los siguientes aspectos:

Al no decretársele las pruebas solicitadas, las cuales hubieran variado la calificación de la falta, como era su buena hoja de vida; otras pruebas no fueron apreciadas, como el Acta de entrega, la declaración de que el actor no estaba a cargo de las llaves donde se guardaban los expedientes y que fue separado del conocimiento de los mismos; que el cargo por no haber tenido diligencia en la custodia de los bienes a su cargo se desvirtuó con las declaraciones sobre el represamiento de solicitudes de reconstrucción.

Sobre el ejercicio de las funciones con solicitud, eficiencia e imparcialidad dice que no se tuvo en cuenta que fue quien cambió el rumbo de la investigación de acuerdo con las apreciaciones de la investigadora, llevando a considerar un indicio grave contra el señor Alvarado Pacheco; que tampoco se tuvieron en cuenta las calificaciones satisfactorias de su desempeño las cuales prueban su eficiencia y que no existe prueba de que hubiere favorecido a alguna persona.

En relación con la expedición de constancias dice que no se tuvo en cuenta que era de común ocurrencia y que la administración incluso tenía un formato preestablecido para ello, donde se hacía constar un hecho jurídico como el trámite de la reconstrucción de declaraciones de saneamiento, sin que significara el reconocimiento de algún beneficio a quienes se les entregaba.

Falsa motivación. Porque los actos acusados se fundamentan en hechos falsos y las pruebas aducidas no establecen la responsabilidad que se le atribuyó al actor.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad se hizo presente en el juicio defendiendo la legalidad de su actuación y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El A-quo denegó las súplicas de la demanda al concluir que los actos acusados encuentran respaldo en el expediente y no fueron desvirtuados, además de que se ajustan al procedimiento establecido en el decreto 1646/91.

Que el actor expidió constancias de expedientes en trámite de reconstrucción de declaraciones de saneamiento sin verificar la veracidad y autenticidad de la información presentada por los usuarios, resultando falsas, comprometiendo el buen nombre de la entidad que representaba; cuando su obligación era evitar el fraude en contra de los intereses de la entidad y cumplir con las funciones que el cargo le imponía. Además de entregárselas a personas distintas de los peticionarios sin ninguna autorización, cuando en los trámites aduaneros los particulares pueden actuar personalmente o a través de terceros conforme al poder o al mandato.

Que las faltas en que incurrió el actor son graves teniendo en cuenta que el demandante hacía parte del personal designado a la División de Investigación Disciplinaria, razón por la cual debía observar una conducta intachable, a toda prueba, llena de calidades morales y revestida de calidades especiales para contar con autoridad moral suficiente en el diligenciamiento de las labores encomendadas.

Sobre la inhabilidad consideró que el Subdirector de la DIAN actuó en cumplimiento de un deber de conformidad con los artículos 6º., 67 y 68 del Decreto 1646 de 1991, de suerte que, como Director (E), le correspondía imponer la sanción; que no existen instancias en el proceso disciplinario y por ello no existe la inhabilidad que el actor afirma.

En relación con las pruebas expresa que unas de las solicitadas fueron decretadas y otras negadas por improcedentes, como lo eral realmente.

Que el Acta de entrega se tuvo en cuenta pero no lo exonera de responsabilidad porque se comprobó que en los expedientes a su cargo se incorporó documentación falsa.

Concluyó que estaba comprobado que el actor, con su conducta, incurrió en violación de los artículos 26 numerales 17, 22 y 23 del Decreto 1646 de 1991; 5 numerales 1, 2, 7 y 8, y artículo 6, numeral 4 del decreto 1647 de 1991 (fls. 155 ¿ 201).

LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA. La P. Actora, inconforme con la decisión del A-quo, impugnó la sentencia al considerar que el Tribunal tomó literalmente y sin profundizar algunas situaciones del proceso disciplinario, sin tener en cuenta los argumentos de la P. Actora ni el acervo probatorio del proceso, entre otros :

Que el programa de reconstrucción de saneamiento aduanero nació a raíz de que la administración envolató los originales (según lo expresado por la Subdirección de Fiscalización e informática de la DIAN), que desde su iniciación en 1991 era un caos, que se debía responder y verificar la autenticidad de documentos cuando se carecía de conocimientos para ello, siendo los usuarios quienes tenían la poca documentación que quedaba, como fotocopias de proformas y declaraciones de saneamiento definitivas.

Que la expedición de constancias sobre el trámite de reconstrucción era una situación reiterativa y normal desde que el programa inició en diciembre de 1992, sin ser ocultada, que su práctica llevaba aproximadamente 6 años para que de éлло se venga a responsabilizar al grupo apenas duró 9 meses.

Que las certificaciones sobre el trámite del proceso de reconstrucción de saneamiento aduanero no cumplen todo el cometido de aduanización para que puedan confundir a autoridades policivas y administrativas que tienen acceso a los bienes en cuestión.

Que las certificaciones que el actor expidió en los expedientes Nos. 44-093-94 y 44-224-94 no son falsas porque éllas corresponden a la documentación existente en cada expediente.

Que el informe del banco no constituía plena prueba para que de su falsedad se predique la falsedad de toda la actuación, pues ella se comparaba con certificaciones de otras entidades como DAS, SIJIN, TRANSITO, etc. y de la misma DIAN.

Que en el expediente No. 44-093-94, donde el usuario no era quien tenía el interés jurídico, no se tuvo en cuenta que el proceso de reconstrucción no tenía reserva como lo expresa la Comisión de Personal.

Que está probado que el actor inició la reconstrucción de procesos que se encontraban estancados de acuerdo con el informe de la DIAN, que solicitó información a los bancos y la recibió e incorporó a los expedientes de la manera regular determinada por sus jefes en el memorando 7 de abril de 1994.

Que los expedientes no tenían ningún tipo de seguridad y a ellos accedía un número de 7 personas entre supernumerarias y funcionarios de planta.

Que desde el 3 de mayo, junto con los otros 2 miembros del grupo solicitaron al Jefe de la División la inspección administrativa a los bancos, la cual fue desechada en las 3 reuniones celebradas con este grupo, entre abril y septiembre.

Que de lo anterior se concluye que existió la actitud negativa que se le endilga al actor.

Que el actor no entregó los expedientes porque no fue él quien los recibió sino el Coordinador del Grupo de Saneamiento Aduanero, Acta de 7 de octubre de 1994, prueba importante sobre el actuar del actor, que no fue tenida en cuenta.

Que en la dosimetría de la sanción no se tuvieron en cuenta los aspectos que favorecían al disciplinado como su hoja de vida, evaluaciones de desempeño y antecedentes disciplinarios; que lo único que contó fue el encontrarse en la dependencia encargada de velar por la conducta y moralidad de los funcionarios de la Institución, como agravante.

Que la imparcialidad de la actuación acusada se encuentra en entredicho pues, el Director encargado, habiendo sentado una posición cuando hizo parte de la Comisión de Personal, en vez de actuar como lo hizo, es decir, expidiendo los actos demandados, debió solicitar a su superior inmediato la designación de un Director ad Hoc.

Que la parálisis de expedientes no era de los 9 meses que llevaba este grupo sino que venía de más de 48 meses, término en el que pasaron más de tres grupos de saneamiento aduanero, sin que la auditoría revisara el manejo dado por éstos. (fls. 212 a 226).

En síntesis, que se interpretaron indebidamente los decretos 1009 de 1992, art. 110 y el decreto 1657 de 1988 arts. 1 a 18, sobre intermediación en el campo aduanero, en relación con el decreto 1751 de 1991 y la circular 004 de 1993, normas reguladoras del procedimiento de reconstrucción.

LA SEGUNDA INSTANCIA. El recurso se admitió y tramitó. Ahora, al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En este proceso se debate la legalidad de Resoluciones Nos. 2398 de 10 de mayo de 1995 y 2559 de 17 de los mismos mes y año, proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante las cuales se le impuso la sanción de destitución con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 4 años, cuando desempeñaba el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II-3121, ubicado en la División de Investigación Disciplinaria de la Subsecretaría de Asuntos Legales. El A-quo denegó las pretensiones de la demanda, decisión recurrida en apelación. Compete ahora resolver tal recurso.

Para resolver se analizan los siguientes aspectos relevantes:

1º.) De los cargos formulados al actor.

La Conducta censurada:

"Presuntamente contribuyó con su posición negativa ante la División al cambio de la información, presuntamente elaboró constancias con los expedientes investigados, y las entregó a otras personas que no tenían nada que ver con los procedimientos que se adelantaban en forma apresurada.

Como responsable de los expedientes, presuntamente no tuvo la diligencia y cuidado en el manejo de los mismos." (fls. 245 y s.s. Inv. Dis.).

Disposiciones presuntamente quebrantadas: Artículo 26 numerales 17, 22 y 23 del Decreto 1646 de 1991; artículo 5º numerales 1, 2, 7 y 8; y artículo 6º numeral 4º del Decreto 1647 de 1991. Prescriben:

El Decreto 1646 de 1991:

"Art 26.- Conductas que pueden dar lugar a destitución. Podrán dar lugar a destitución de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, las siguientes faltas:

...

17. Utilizar indebidamente informaciones o datos allegados a su conocimiento por razón de sus funciones.

....

22. Destruir, suprimir, u ocultar, total o parcialmente, documentos públicos o privados que puedan servir de prueba.

...

23. Colaborar indebidamente en asuntos que personas o entidades tramiten ante dependencias de la Dirección de Impuestos Nacionales".

El Decreto 1647 de 1991.

Art. 5º.-deberes de los funcionarios de la tributación,

"1º. Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos...

2º. Desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo.

...

7º. Guardar la reserva que requieran los asuntos relacionados con su trabajo en razón de su naturaleza o en virtud de instrucciones especiales, aún después de haber cesado en el cargo y sin perjuicio de la obligación de denunciar cualquier hecho delictivo.

8º. Vigilar y salvaguardar los intereses del Estado".

Art. 6º.- Prohibiciones establecidas para los funcionarios de la tributación

...

4. "Proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración tributaria cuando no esté facultado para hacerlo".

2º.) De los actos acusados:

a. Resolución No. 2398 de 10 de mayo de 1995.

En cuanto a los descargos presentados por el actor relaciona que refutó la vaguedad de los cargos y alega que no utilizó indebidamente la información a la cual tenía acceso ni se benefició de ella como tampoco un tercero; que le dio el conducto regular a toda la correspondencia; que las certificaciones respondían a un derecho de petición y que todos los investigadores lo hacían reiteradamente, las cuales no aseguran la autenticidad de los documentos ni estaba prohibida su expedición; que no destruyó, suprimió ni ocultó total o parcialmente datos allegados a su conocimiento; que varias personas tenían acceso a los expedientes y éstos no tenían reserva; que no colaboró ni asesoró a nadie; que la entrega de documentos es un trámite secretarial; y que otros cargos no son ciertos.

Sobre el informe final del investigador se dice haber sugerido la sanción de Destitución del actor al encontrar que las imputaciones tienen soporte en el acervo probatorio.

En relación con el concepto de la evaluadora ad hoc, relaciona que se estableció responsabilidad del actor por el hecho de que en los expedientes a su cargo aparecieran documentos que cambiaron la información proveniente del Banco Tequendama con fundamento en que él estaba encargado de lo referente a las reconstrucciones de declaraciones definitivas, según memorando de 6 de abril, suscrito por el Subsecretario de Asuntos legales y por el Jefe de la División de Investigación Disciplinaria, además de ser el tenedor de las llaves de los archivadores donde reposaban los expedientes y, por tanto, encargado de su seguridad. Así mismo lo consideró responsable de expedir certificaciones sin tener en cuenta la veracidad y autenticidad de la información sin verificarla por otros medios probatorios; y consideró que no eran de recibo los argumentos en el sentido de que ni el actor ni algún tercero se beneficiaron de la información de los expedientes; concluyendo que el actor no tuvo la debida diligencia en la custodia de los expedientes a su cargo y que si no hay prueba directa de la destrucción de la información proveniente del banco si existe un indicio grave en su contra.

- Respecto de las disposiciones presuntamente violadas concluyó el quebranto de las citadas en el pliego de cargos, es decir del Artículo 26 numerales 17, 22 y 23 del Decreto 1646 de 1991; artículo 5º numerales 1, 2, 7 y 8; y artículo 6º numeral 4º del Decreto 1647 de 1991.

- La calificación de la falta se determinó GRAVE teniendo en cuenta que el actor estaba ubicado en la División de Investigación Disciplinaria a cuyo cargo estaba "asegurar la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios ...", que con tal conducta se dio mal ejemplo a los demás funcionarios de la entidad además de "haber preparado ponderadamente la falta", refiriéndose al intercambio de la información (lit. c) art. 29, ibídem).

Como atenuante consideró la ausencia de antecedentes disciplinarios y los formularios de calificación que no muestran un nivel excelente.

El concepto de la Comisión de Personal se produjo sugiriendo la sanción de destitución con inhabilidad en el ejercicio de funciones públicas por el término de 4 años.

b. Resolución 2559 de 17 de mayo de 1995.

Confirmó la decisión anterior en todas sus partes así :

En primer lugar retoma lo conceptuado por la Comisión de personal en el sentido de que se aclaró que del Banco Tequendama llegaron dos oficios uno de ellos con destino a los expedientes 093 y 094, ambos de 1994; con fecha 23 de septiembre de 1994, entregado al actor, apareciendo posteriormente cambiado con información contraria; y que, el mismo día que oficia al Banco expide las constancias de que la documentación que aparece en el expediente aparentemente es legal.

Que aunque el Jefe debiera establecer medidas de seguridad generales, en principio, el actor estaba encargado de los expedientes; y que una constancia o certificación de las expedidas por el actor permitía la libre movilización de vehículos ingresados ilegalmente al país, sin cumplir con el requisito de la tasa ad valorem, es decir, de contrabando, conducta que se tiene como colaboración indebida con el abogado Mauricio Torres.

3º.) Las impugnaciones contra la actuación enjuiciada.

Inobservancia del principio de imparcialidad.

La demanda destaca en primer lugar el cargo por violación del principio de imparcialidad, consagrado en los arts. 3º y 4º del decreto 1646 de 1991 que remite al C.C.A. y al C.P.C., con fundamento en que el Subdirector General, actuó como Presidente de la Comisión de Personal, y luego, como Director encargado resolvió imponer la sanción acusada, sin declararse impedido ante la causal de inhabilidad consistente en haber conocido del proceso en instancia anterior (art. 150-2 del C.P.C.).

Aduce que si bien la Comisión de Personal solo hace una recomendación que no es obligatoria, de todos modos, tal funcionario al participar en tal organismo sentó y votó un criterio frente al caso, respecto del cual resulta imposible, subjetivamente, separarse.

Sobre este cargo el A-quo consideró, en síntesis, que el Subdirector de la DIAN actuó en cumplimiento de un deber de conformidad con los artículos 6º., 67 y 68 del Decreto 1646 de 1991, de suerte que, como Director (E), le correspondía imponer la sanción; y que no existen instancias en el proceso disciplinario y por ello no existe la inhabilidad que el actor afirma.

En el recurso de apelación el actor expresa su inconformidad con tal consideración e insiste en que los actos demandados se encuentran en entredicho pues, de una parte, el Director encargado, habiendo sentado una posición cuando hizo parte de la Comisión de Personal, en vez de actuar como lo hizo, debió solicitar a su superior inmediato la designación de un Director ad Hoc.

Resuelve la Sala:

De folios 19 a 32 del cuaderno de pruebas No. 3 obra el Acta No. 5 de la COMISION DE PERSONAL, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, integrada y signada entre otros miembros, por el doctor GILBERTO BUITRAGO BAHAMON, Subdirector General de la entidad.

En los actos acusados, tanto en la resolución No. 2398 de 10 de mayo de 1995 como en la resolución No. 2559 de 17 de los mismos mes y año, se observa que fueron expedidos por el Director General de la entidad, doctor GILBERTO BUITRAGO BAHAMON, Subdirector General de la entidad, quien se encontraba encargado de dicha Dirección.

Dentro de la normatividad citada como transgredida por la inobservancia y falta de aplicación del principio de imparcialidad se encuentran:

El decreto 1646 de 1991 en las siguientes disposiciones:

"Art. 3º. Derecho de Defensa.

En toda investigación disciplinaria el investigado o su apoderado tendrá derecho a:

...

d) Al adelantamiento imparcial de la investigación y a ser asesorado por la organización sindical de la entidad."

"Art. 4º. Garantía de Imparcialidad.

A los funcionarios que se le adelanten investigaciones administrativas disciplinarias se les garantiza la imparcialidad en las mismas, el cumplimiento de las ritualidades y principios establecidos para el proceso disciplinario, así como la garantía del derecho de defensa y del debido proceso."

Como es sabido, en aras de garantizar la observancia y eficacia del principio de imparcialidad, dentro de un estado de derecho, se establecieron las causales de impedimento y recusación y, concretamente, dentro de nuestro ordenamiento jurídico el legislador, haciendo lo propio ha contemplado en el régimen especial referido, lo siguiente:

"Art. 5º Causales de Impedimentos y Recusaciones.

A los funcionarios que adelanten investigaciones disciplinarias, practiquen pruebas o deban pronunciar decisiones definitivas en el proceso disciplinario se aplicarán las causales de recusación previstas en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil.

Para resolver el impedimento o la recusación se considera como"

En estos términos, la garantía del principio de imparcialidad se garantiza, por remisión de la norma especial, a través de las causales de recusación e impedimento contempladas en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil.

En el caso de autos, la P. Actora citó como fundamento del impedimento que le atribuye a la autoridad proferente de los actos acusados una de las consagradas en el C.P.C., así :

Código de Procedimiento Civil.

Art. 150. Son causales de recusación las siguientes:

...

2ª. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el Juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente."

Como se desprende de lo expuesto, el Director encargado que expidió los actos acusados conoció del proceso disciplinario seguido contra el actor como miembro de la Comisión de Personal que recomendó la sanción que se le impuso, tal como se plasmó en el concepto.

El concepto de la Comisión de Personal, a términos del art. 68, ibídem, es la recomendación de la decisión a tomar, lo cual implica la elaboración de un juicio de valor previo a la adopción de la sanción a recomendar, por parte de los miembros de la comisión que participaron en ella y, por ende, la suscriben.

El mismo artículo 68, expresa que dicha recomendación no obliga al nominador; ésta es una premisa de la cual se parte; sin embargo, para quienes participaron en la adopción de la sanción a recomendar implica el estudio tanto procedimental como sustancial del proceso en orden a la formación de un juicio o a la adopción de un criterio sobre el resultado definitivo del mismo el cual ya adoptado se materializa en un concepto.

En estas condiciones, independiente del sentido en que se emita el concepto, favorable o desfavorable para el disciplinado, lo cierto es que quienes intervienen en la expedición del mismo ya han tomado una posición frente al caso. Distinto sería que quien siendo miembro de la Comisión de Personal, por cualesquiera razón, no haya participado en la deliberación de dicho organismo con tal finalidad ni haya suscrito el acto.

Ahora, como de conformidad con la disposición invocada como sustento de la violación del derecho a la imparcialidad, para que se configure la causal de impedimento, es suficiente haber conocido del proceso, independiente de la obligatoriedad a no del concepto emitido.

En relación con esta causal, aducir su no aplicación por el hecho de no haber existido "instancias" en el proceso disciplinario por haberse tratado de una "única instancia" no es de recibo, pues la ley debe interpretarse en forma lógica a sus presupuestos y campo de aplicación, y no de manera restringida, literal y limitada, que antes de constituir garantía del derecho a la imparcialidad conduzca o permita la violación del mismo.

Es así como para el caso de autos "haber conocido del proceso en instancia anterior" debe entenderse en una etapa previa, sustancial y de trascendencia dentro del proceso disciplinario, para efectos de la garantía de imparcialidad. Si la Ley no permite que en otra instancia se conozca del caso que en la anterior se conoció, no puede desconocerse que la misma razón es aplicable cuando en una etapa anterior de la MISMA INSTANCIA se intervino en forma trascendente.

En autos, como ya se anotó, tanto el concepto de la Comisión de Personal como las resoluciones demandadas se encuentran signadas por el Dr. GILBERTO BUITRAGO BAHAMON, Subdirector General de la entidad, quien de conformidad con lo expuesto, debió declararse impedido para emitir el fallo dentro del proceso disciplinario seguido contra el señor Leonardo Paez Saavedra, y no lo hizo; procediendo no solo a dictarlo sino que una vez recurrido en reposición, lo confirmó.

Además de lo anotado, observa la Sala que el mencionado concepto de la Comisión de Personal, que por demás contiene un juicioso estudio del proceso disciplinario, fue un elemento determinante de los actos acusados, pues si bien la Resolución 2398 de 10 de mayo de 1995 lo relaciona dentro de las etapas surtidas con especial énfasis; la resolución 2559 de 17 de los mismos meses y año, prácticamente confirma la decisión demandada con base en él.

Siendo lo anterior suficiente para declarar la nulidad de la actuación acusada, la Sala se exime de estudiar los demás argumentos en que se sustenta el recurso de apelación. En estas condiciones, se impone la declaración de nulidad de los actos acusados razón por la cual se revocara la sentencia impugnada y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda en la forma que luego se precisa.

Del restablecimiento del derecho. Teniendo en cuenta las pretensiones formuladas, se considera :

El reintegro al servicio. La consecuencia lógica de la nulidad de un acto desvinculatorio del servicio es la del reintegro y en el sub-lite fue pedida por lo que cabe acceder a ella, ordenando el reintegro al servicio en un empleo igual o equivalente al cargo del que se produjo la destitución. Como se trata de un reintegro al servicio, sin solución de continuidad, no requiere posesión, salvo que se realice en otro empleo por situaciones ajustadas a la ley; del hecho del reintegro se debe dejar constancia en la hoja de vida.

Asimismo, procede la declaración de no solución de continuidad en la prestación del servicio por el lapso en que la P. actora estuvo retirada y hasta cuando se efectúe el reintegro o se produzca el retiro ajustado a derecho, en caso de no realizarse el reintegro. No será computable el lapso que llegue a descontarse por otra vinculación laboral oficial para este mismo efecto, en las condiciones que luego se precisan.

El reconocimiento económico. Es procedente el reconocimiento tanto salarial como prestacional por el lapso comprendido desde el retiro irregular hasta el efectivo reintegro al servicio.

En materia salarial (básica y complementaria) procede tal como si durante ese tiempo la P. Actora hubiera estado en servicio activo, en un cargo igual o equivalente a aquel que desempeñaba. La liquidación se hará teniendo en cuenta los aumentos que se hayan decretado respecto del cargo en cuestión y que le hubieran sido aplicables.

En cuanto a las prestaciones sociales son viables las que se perciben en forma compatible durante el servicio, con base en el respectivo salario.

La Parte Actora deberá presentar a la Entidad Demanda una declaración jurada sobre si estuvo o no vinculada, durante el tiempo contado desde su retiro del servicio a que se contrae este proceso y la fecha de la reclamación de cumplimiento del fallo, con alguna Institución cuyos ingresos deriven del tesoro público; en caso afirmativo, deberá anexar las constancias de la vinculación y retribuciones percibidas por todo concepto, para los efectos de esta providencia; todo lo anterior para evitar la violación de la norma constitucional que prohíbe la percepción de más de una erogación a cargo del tesoro público, salvo los casos de excepción legal.

La Administración, en consecuencia, efectuará la liquidación y reconocimiento de las obligaciones que por este concepto y por el lapso pertinente deberá pagar.

Del valor de la suma que la entidad resulte adeudarle al actor se descontarán :

a.) Lo recibido por el actor del Estado, como contraprestación por servicios prestados en cargos públicos que coincidan o se crucen con el lapso que abarca la condena, sin que exceda el monto de esta, teniendo en cuenta los siguientes criterios : -) Si el demandante mantuvo una relación laboral con alguna entidad oficial cuya retribución se deriva del tesoro público y, entre salario y prestaciones recibió una suma "inferior" a la que debía recibir durante ese mismo tiempo en el cargo al que se refiere la demanda, la Administración deberá pagar la diferencia; para los efectos del fallo, este tiempo no se computará por la entidad demandada debido a que los servicios prestados tienen ese efecto en la Institución donde laboró y por no ser posible su doble cómputo conforme al ordenamiento jurídico. -) Si el Actor mantuvo una relación laboral con alguna entidad oficial cuya retribución se deriva del tesoro público y, entre salario y prestaciones recibió una suma "igual o superior" a la que debía recibir durante ese mismo tiempo en el cargo al que se refiere la demanda, no habrá lugar a pago alguno como tampoco a descuento por el exceso que recibió; para los efectos de fallo, este tiempo tampoco se computará por la entidad demandada debido a que los servicios prestados tienen ese efecto en la Institución donde laboró y por no ser posible su doble cómputo conforme al ordenamiento jurídico. -) Si el Actor mantuvo una relación diferente a la laboral con alguna entidad oficial cuya retribución se deriva del tesoro público, en cuanto a las sumas percibidas por la actividad desempeñada se seguirá un criterio similar al ya mencionado anteriormente. Pero, como de dichas actividades no se derivan consecuencias prestacionales, en este caso la Entidad demandada deberá tener en cuenta el tiempo pertinente de esta relación para efectos de las prestaciones y para la no solución de continuidad que corresponda.

Este descuento se ordena de conformidad con el cambio jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación, de fecha 16 de mayo de 2002, con Ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicación No. 19001-23-31-000-397-000-01(1659/01), actor: Parménides Mondragón Delgado, al considerar:

" De manera que, cuando la sentencia de primera instancia ordenó en el numeral 5º de la parte resolutive el descuento de lo percibido por el actor, por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el interregno, estuvo ajustada a derecho, pues las sumas así generadas no podrían quedar repetidas en las que dispuso cancelar a título de restablecimiento del derecho, porque constituirían no sólo enriquecimiento sin causa, sino que estarían inmersas en la prohibición constitucional de percibir doble asignación del tesoro público. Reza así el artículo 128 de la Carta Política:

""Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.""

Así mismo el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 prescribe:

""Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado...""

Ahora bien, el hecho de que no exista disposición legal alguna que ordene a la jurisdicción contenciosa disponer que se efectúen los descuentos, en el evento de que se incurra en la situación atrás descrita, resulta irrelevante porque el cumplimiento de la Norma Superior y de la ley que prohíben la doble percepción impone per sé la aplicación de la medida con todo el rigor.

En este orden, para la Sala no hay duda que cuando el juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el demandante sea reintegrado al cargo, que se le paguen los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio el tiempo que permaneció desvinculado de la administración y adicionalmente sean indexadas las sumas que se le deben por ese lapso, no está disponiendo nada distinto que hacer efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio, es decir, que restablece el derecho. Por ello la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tienen origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraria a la Constitución y la ley."

b.) Los "aportes" por pensión correspondientes al período que se computa por la Entidad Demanda conforme a esta sentencia, así como de la parte pertinente en caso de tener que pagar una "diferencia" por haber percibido una suma inferior si laboró en otra entidad, como ya se ha analizado. En el evento de la existencia de una relación no laboral durante el período relevante, se deberán pagar los "aportes" para efectos pensionales por el lapso correspondiente de dicha relación, teniendo en cuenta la retribución que normalmente correspondía al cargo, por las consecuencias que se derivan normalmente de una condena laboral en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en estos casos.

El ajuste al valor. La diferencia resultante anterior será objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula :

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el INDICE FINAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el INDICE INICIAL VIGENTE a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v.gr. salario, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses. Habrá lugar a ellos en el evento que se den los supuestos de hecho previstos en el art. 177 del C.C.A./84 y en la forma allí determinada.

El cumplimiento del fallo debe hacerse dentro del término del art. 176 del C.C.A. /84. Para tal efecto, la Administración debe expedir el acto administrativo debidamente motivado; en cuanto a los factores económicos debe estar claramente sustentado y tener en cuenta los ajustes de valor e intereses que correspondan. Dicho acto debe ser notificado al interesado y es susceptible de recursos en vía gubernativa.

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,

F A L L A :

1º.- REVÓCASE la sentencia de 23 de enero de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso No. 39025, instaurado por LEONARDO PAEZ SAAVEDRA, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda.

2º.- DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. Resoluciones Nos. 2398 de 10 de mayo de 1995 y 2559 de 17 de los mismos mes y año, por medio de las cuales se le impuso al actor la sanción de destitución con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 4 años, del cargo de Profesional en Ingresos Públicos II-3121, ubicado en la División de Investigación Disciplinaria de la Subsecretaría de Asuntos Legales.

3º.-COMO RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se determina :

a.) ORDÉNASE a la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, reintegrar a LEONARDO PAEZ SAAVEDRA, identificado con C.C. No. 93.368.461 de Ibagué, al cargo que desempeñaba o a uno igual o equivalente.

b.) CONDÉNASE a la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, "DIAN", a pagar a la Parte Actora los sueldos y prestaciones sociales compatibles con el servicio, dejados de percibir desde la fecha real de su desvinculación del servicio y hasta cuando sea efectivamente reincorporado, previos los descuentos autorizados por servicios prestados a con cargo al tesoro público y los aportes a pensión, en las condiciones señaladas en la parte motiva de esta providencia. Los descuentos por aportes de pensión deberán ser remitidos de inmediato a la respectiva Entidad por la Demandada, todo conforme a lo señalado en la motivación.

c.) ORDÉNASE a la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, AJUSTAR AL VALOR las sumas insolutas resultantes, conforme a las orientaciones señaladas en la parte motiva de esta providencia y a pagar los INTERESES conforme al art. 177 del C.C.A. en el caso que se den los supuestos de hecho previstos en la norma.

d.) DECLÁRASE para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por la demandante, salvo en caso de vinculación a institución con fondos a cargo del tesoro público, en las condiciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

e.) ORDÉNASE a la Administración cumplir la sentencia conforme a lo dispuesto en el art. 176 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha precitada.

TARSICIO CÁCERES TORO

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

SECRETARIA

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 04:24:49