

FICHA TECNICA

1. PROCESO

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2016-128
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	- J.A.D.A.
- CARGO:	Gestor IV, NIVEL 304, Grado 04.
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	BUCARAMANGA
- TEMA:	PECULADO POR USO – EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

2. HECHOS RELEVANTES

"La presente causa disciplinaria tiene su origen en el radicado No. 1-2016-005413 del 18 de julio de 2016, mediante el cual una persona que se hizo llamar JUAN PALBO D remitió una serie de presuntas denuncias realizadas por SINEDIAN (Sindicato Nacional de Empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), en torno a las cuales se mencionan hechos de carácter irregular que al parecer se han venido presentando en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga así:

IRREGULAR USO DEL PARQUE AUTOMOTOR

Se señala que el Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, sin estar autorizado por el Nivel Central y desconociendo lo dispuesto en la Resolución 4719 de 2014 mediante la cual se reglamenta el uso, administración y control del parque automotor, realiza actividades de conducción de los vehículos, sacándolos de las instalaciones inclusive según la queja días festivos para actividades personales.

(...)"

3. CARGOS

Por medio del Auto No. 1740600006 la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, formuló pliego de cargos al investigado J.A.D.A. El cargo disciplinario formulado resultó del siguiente tenor:

CARGO UNICO.

"Como síntesis de lo expuesto, las pruebas recaudadas y su correspondiente análisis, así como los demás argumentos desarrollados en la presente determinación, se formulará auto de pliego de

cargos a J.A.D.A., identificado con la cédula de ciudadanía número XXXXXXXX, en su condición de Gestor IV Nivel 304 Grado 04, para la fecha de los hechos materia de investigación Director Seccional III de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, como presunto autor responsables de la infracción disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de Ley 734 de 2002, porque supuestamente en ejercicio de su cargo y función realizó objetivamente el delito sancionable a título de dolo del artículo 398 de la Ley 599 de 2000 – peculado por uso – en concurso homogéneo y sucesivo, en unas fechas precisas y determinadas.

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

VERSIÓN LIBRE, DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- 4.1. **VERSIÓN LIBRE** Para el 16 de marzo del año 2017 se escuchó en versión libre y espontánea al disciplinado J.A.D.A., diligencia durante la cual aportó copia de su licencia de conducción expedida por el Ministerio de Transporte, copia de la licencia de conducción interna temporal otorgada por la DIAN, copia de la licencia de conducción interna expedida por su empleador, y copia de epicrisis por intervención quirúrgica el 19 de marzo de 2016 por hernia umbilical expedida por la Clínica El Pinar, fecha que coincide con la semana santa de 2016 cuando se le acusa de usar el vehículo oficial. De otro lado, allegó copia de las funciones comunicadas como director seccional, lo que conlleva desplazamientos porque es un cargo de confianza, de disponibilidad 24 horas, donde además de supervisar a la policía fiscal y aduanera, se supervisan los operativos de fiscalización y el aeropuerto que igual son 24 horas; se atienden comisiones a municipios del departamento y la ciudad de Bogotá, eventos en que ocasionalmente se dejaba el vehículo pernoctando en la terminal aérea hasta su regreso. Finalmente, allegó reproducción de informe y solicitud al nivel central de nombramiento de funcionarios con cargo o rol de conductores, dado que en la seccional nadie tiene esa condición.
- 4.2. **DESCARGOS** Notificada la decisión en forma personal el 13 de agosto de 2019, en escrito de descargos demandó la nulidad de la actuación bajo las causales 1ª 2ª y 3ª del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo, violación al derecho de defensa del investigado y la violación al debido proceso, a partir de la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal que integra la falta disciplinaria, presuntas anomalías en el desarrollo de la investigación y formulación del auto de pliego de cargos, y el desconocimiento del non bis in idem. Para el disciplinado su juez natural es la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, y si bien es cierto la Subdirección tiene competencia para conocer de la falta del numeral 1º del artículo 48 de la ley 734 de 2002, al no concurrir el elemento del dolo debe anularse el pliego de cargos por falta de competencia.
Referente a la posible violación al derecho de defensa, invocó cinco circunstancias que afectaron dicha garantía a lo largo de la actuación disciplinaria, en principio porque no se le notificó la práctica de unas pruebas testimoniales y no pudo participar en su desarrollo, afectándose el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 3 del artículo 92 del C.D.U.

Seguidamente, arguyó se afectó el derecho de defensa porque no se cumplió el deber de imparcialidad en la búsqueda de la prueba, habida cuenta solamente se valoraron las pruebas en su contra, en referencia a copia de la epicrisis allegada para desvirtuar el uso de un rodante durante una época de semana santa.

Agregó que al efectuarse solamente el análisis de las pruebas que fundamentan el cargo se afectó el derecho de defensa, al igual que por omitirse la exposición fundada de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta y no analizarse sus argumentos como sujeto procesal, retomando el tema de la epicrisis allegada a la actuación durante la diligencia de versión libre y espontánea.

Señaló se afectó el derecho de defensa a partir del desconocimiento de la presunción de inocencia, pues a partir de premisas falsas se efectuó el llamado a juicio disciplinario, explicando cómo y por qué se desvirtúan las proposiciones ilusorias formuladas por la Subdirección.

En torno al debido proceso disciplinario destacó fue vulnerado a partir del desconocimiento del nos bis in idem porque fue investigado por hechos definidos previamente por su juez natural, en donde ordenó el archivo de la actuación sin formular auto de pliego de cargos.

- 4.3. **ALEGATOS DE CONCLUSION** Por Auto número 17421 – 00001 de fecha 24 de febrero del año 2020 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión dentro de la presente actuación disciplinaria, decisión notificada en forma personal a través de comisionado al disciplinado J.A.D.A., en la ciudad de Bucaramanga el 17 de marzo del 2020.

Sin embargo, no fue posible correr el término común de diez (10) días para presentar alegatos de conclusión, habida cuenta la emergencia sanitaria nacional que llevó a la suspensión de términos en las actuaciones disciplinarias a cargo de la Agencia, decretada por Resolución 095 del 17 de marzo de 2020 a partir del 18 del mismo mes y año, y que finalizó el pasado 02 de agosto de 2020 cuando por comunicado institucional No. 08-2020 del 02 de agosto último se informó de la reactivación de términos procesales a partir del día 3 de agosto de 2020.

En razón a lo anterior, por parte de la Secretaría Técnica de la Subdirección se procedió a correr el término para presentar alegatos de conclusión, fijándose el TRASLADO 013-2020, plazo que corrió entre el 13 y 27 de agosto de 2020, sin que se presentaran alegatos finales por parte del disciplinado, pese a informársele por correo electrónico remitido el mismo 13 de agosto de 2020 (radicado 2-2020-005726) el día que iniciaba y vencía el plazo para presentar sus argumentos finales.

5. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1° INSTANCIA

FECHA	08 de septiembre de 2020
-------	--------------------------

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS EN QUE SE BASA LA DECISIÓN

5.1. MARCO JURIDICO Y COMPETENCIA

La **Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC** es competente para proferir el fallo de primera instancia dentro de la investigación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y 76 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con las previsiones del Decreto 4173 del 3 de noviembre de 2011.

En atención a lo ordenado en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, cuya apreciación debe corresponder a las reglas de la sana crítica, según lo establece el Artículo 141 ibídem.

Frente a la Certeza la **Subdirección de Investigaciones Disciplinarias** resalta el Concepto Exp. 219/08 del 30 de noviembre de 2009 del Procurador Primero Delegado de la Procuraduría General de la Nación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Así, para efectos de la decisión, deben reunirse de manera conjunta en grado de certeza los requisitos de legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, reglados en los artículos 4, 5 y 13 de la Ley 734 de 2002, acreditados a partir de elementos de prueba. (Sentencia del 06 de octubre de 2016. Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 11001-03-25-000.2012-00681-00 (2362-2012), Actor Piedad Esneda Córdoba Ruiz).

5.1.1. DE LA FALTA DISCIPLINARIA DEL NUMERAL 1º DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 734 DE 2002

El numeral del 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, eleva a falta disciplinaria gravísima de los servidores públicos "Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo."

Jurisprudencia relacionada:

* sentencia C-124 de 2003, Corte Constitucional.

* sentencia C-720 de 2006, Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, para la aplicación de la infracción disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la ley 734 de 2002 – realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo- es menester determinar que la acción del destinatario del derecho disciplinario corresponda con una descripción de índole delictual en cuanto a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, y la verificación de que la conducta se comete en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, es decir, la relación funcional por las tareas asignadas o los cometidos oficiales bajo su responsabilidad o que se deriven del cargo ostentado en el Estado.

5.1.2. DEL DELITO DE PECULADO POR USO

La Corte Suprema de Justicia en auto interlocutorio AP3283-2014 de fecha 18 de junio de 2014, respecto del delito de peculado por uso del artículo 398 precisó sobre sus elementos que el sujeto *"El activo es calificado, por cuando la conducta debe ser ejecutada por un servidor público en los términos definidos en el artículo 20 del Código Penal.*

El pasivo esta representado por el Estado como titular del bien jurídico protegido, y puede concurrir como perjudicado un particular en los eventos en los cuales sea el titular de los bienes utilizados indebidamente."

Sobre el bien jurídico tutelado *"...está compuesto por un objeto genérico que alude al normal funcionamiento de la administración pública, y otro específico referido a la seguridad de los bienes de la administración pública, y al deber de fidelidad que debe observar el servidor público con el patrimonio público.*

Así entonces, la protección no sólo cubre el patrimonio sino también a la función en lo que atañe a la lealtad para con la administración, como a la probidad y fidelidad con el patrimonio público, atributos vulnerados cuando el funcionario usa arbitrariamente o permite que otro use los bienes a él entregados para su administración, tenencia o custodia con motivo o por razón de las funciones."

Respecto del objeto material *"...alude a los bienes sobre los cuales recae la acción de propiedad del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de particulares cuya administración, tenencia o custodia le hayan sido confiados por razón o con ocasión de sus funciones".*

En torno a los verbos rectores es un tipo penal de conducta alternativa *"...dado que puede consistir en usar o permitir que otro use los bienes indebidamente. Usar es hacer servir una cosa para algo, darle empleo a un objeto; permitir es consentir que otro haga algo o deje de hacer alguna cosa.*

Debe ser indebido o no autorizado por normatividad alguna, es el uso particular y no oficial a favor propio o de un tercero sin la intención de apoderarse de él.

Constituye una especie de apropiación debido a que el autor dispone del bien como señor y dueño, pero difiere de ella en cuanto que no existe, como en ésta, el propósito de apoderamiento úes le asiste el de devolverlo o reintegrarlo.

Desde el punto de vista subjetivo el uso es indebido cuando el sujeto agente carece de autorización para ello, y desde la perspectiva objetiva en los casos en los cuales se usa para lo que no es, teniendo en cuenta el aspecto funcional.

Custodiar significa cuidar, vigilar, proteger el bien; en tanto que administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio. Alude pues a una actividad más extensa que cuidarla cual se dirige a conservarlas cosas".

(C.S.J. SP, 14 jun. 96, citada por Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Delitos contra la Administración Pública).

5.2. DEL CASO EN CONCRETO

Al señor J.A.D.A. se llamó a responder en juicio disciplinario como presunto autor de la falta disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, habida cuenta en su condición de servidor público de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como Gestor IV, nivel 304, grado 04, designado por Resolución No. 04472 del 6 de junio de 2014 como Director Seccional III de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, al parecer dio un uso indebido a los vehículos asignados a la seccional en las fechas y oportunidades discriminadas en el auto de pliego de cargos.

Frente a los elementos que integran el tipo penal cuya realización objetiva se juzga en la presente actuación disciplinaria, la calidad de servidor público de J.A.D.A., está probada con el extracto de la hoja de vida remitido desde la Coordinación de Historias Laborales de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, conforme al cual ostenta el cargo de Gestor IV Nivel 304 Grado 04 y ejercía como Director Seccional III de la seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales.

No hay duda de que el afectado resulta ser el Estado, porque con el uso indebido de los vehículos automotores asignados a la DIAN, se afecta el bien jurídico de la administración pública, ya que ello demanda costos adicionales de mantenimiento, combustible, entre otros. Igual se expone a riesgos innecesarios a los bienes públicos, eventualmente fuera de cobertura de una póliza ante un siniestro, habida cuenta el suceso no se daría dentro de un asunto propio desarrollado acorde con las funciones de las áreas misionales de la DIAN, como sería el caso de procesos aduaneros, cambiarios, tributarios, de comercialización o disposición de mercancías entre otros.

Se desconocen los principios de la administración pública como la transparencia, la eficacia, la legalidad, cuando los bienes que integran el patrimonio público, como es el caso de los vehículos de las entidades del Estado, son usados arbitrariamente por los servidores públicos. Se antepone al interés general el interés particular para disfrutar indebidamente del servicio que presta el bien, para el caso particular la capacidad de trasladar a una persona de un lugar a otro en horas, jornadas y distancias no autorizadas previamente a través de una comisión de servicio.

Es claro que los bienes usados eran públicos o patrimonio del Estado. Los vehículos de placa OJX341 y OJX347 fueron asignados a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga desde el nivel central, según informó el Jefe de la Coordinación de Administración y Control del Parque Automotor en comunicación 100215317-313 del 12 de agosto de 2016. En cuanto a los automotores de placa OSA860 y OSA866, igual estaban bajo la administración de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, como se evidencia a partir de las reproducciones de las solicitudes servicio de transporte obrantes a folios 795 a 843.

Es más, tal como informó la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas Asignada de Bucaramanga para el 23 de octubre de 2019, los rodantes OSA860 y OSA866 fueron objeto de servicios como lavado, cambio de aceite y filtro, cambio de bombillos, despinchar, arreglo de rin (OSA860), y

cambio de aceite, empaquetaduras, bujías, filtros, termostato, mangueras, tapa de radiador, tensor hidráulico, tanque auxiliar del radiador, calibración inyector, desmontar culata, corrección falla en el sistema de recalentamiento, entre otros (OSA866).

Lo anterior permite concluir que los vehículos usados indebidamente eran bienes de propiedad o administrados por la DIAN, destinados al servicio y cumplimiento de los fines propios de la entidad, y que por lo mismo no tendrían que ser usados indebidamente para beneficio personal de un funcionario en particular, independientemente sea el director seccional y tenga derecho a la destinación de un automotor de forma exclusiva para su transporte.

Ahora bien, a partir del contenido de la Resolución No. 004719 del 17 de junio de 2014 y el Procedimiento PR-FI-0027, Proceso: Recursos Físicos, es claro que los vehículos automotores están destinados al cumplimiento de las funciones asignadas tanto a la entidad como a sus trabajadores. En la Resolución No. 004917 claramente se indica en el artículo 2º que los vehículos están destinados al cumplimiento de las funciones asignadas, especialmente los clasificados en las categorías de vehículos operativos y de apoyo administrativo, pues con ellos se deben "atender necesidades propias de las funciones que desarrollen las áreas pertenecientes a los procesos aduaneros, tributarios, cambiarios y de comercialización y disposición de mercancías de las Direcciones Seccionales...para el transporte de funcionarios o mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la Nación", estando rotundamente prohibido "...destinar estos vehículos para el uso habitual y permanente de un servidor público."

Es importante dejar en claro que si bien en la misma Circular 04719 del 17 de junio de 2014, se contemplan los vehículos catalogados como de apoyo administrativo y dentro de estos los vehículos asignados en las direcciones seccionales al despacho del director, pero destinados al apoyo de las actividades propias de su gestión o el apoyo de actividades administrativas u operativas de las demás dependencias de la seccional, de lo cual se extrae que bajo ninguna circunstancia pueden utilizarse para beneficio personal en actividades no cobijadas por un asunto funcional de la seccional.

Son aquellos usos, los que no aparecen debidamente soportados, los que resultan contrarios a la normalidad de la gestión que se cumplía, los realizados en días no laborales y sin precedente, los que tienen la connotación de indebidos y contrarios a la administración pública, a la seguridad de los bienes de la administración y a la fidelidad de protección del patrimonio público.

Los usos cuestionados y que llegada esta instancia acreditan más allá de toda duda la ocurrencia de la falta disciplinaria, corresponden a los discriminados en el auto de pliego de cargos, habida cuenta de la práctica de las pruebas solicitadas por el disciplinado y las ordenadas de oficio en cumplimiento a los postulados de los artículos 20, 128, 129 y 131 de la Ley 734 de 2002, no aportan elementos de juicio que indiquen el uso de los rodantes por parte del disciplinado J.A.D.A., fue el propio de sus funciones o las tareas a cargo de la seccional.

(...)

En resumen, de los eventos descritos en forma detallada hasta el momento es incuestionable que a los vehículos asignados a la Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga se dio un uso indebido por parte del disciplinado, habida cuenta pese a no tener comisión o incluso con ella registraron recorridos incompatibles con el uso normal cuando se desplazaba desde su trabajo a casa y de regreso. Recorridos que normalmente se presentaban los fines de semana cuando salía de su trabajo hacía su residencia, o en algunos casos que coincidieron con puentes festivos o incluso las semanas santas de los años 2015 y 2016, que al regresar a la sede la DIAN se evidenciaban en los datos de los cuentakilómetros u odómetros de los automotores, que al ser confrontados con los registros de salida daban cuenta de desplazamientos indebidos porque no se estaba en ejercicio de actividad oficial debidamente soportada.

Es por ello que para esta instancia no queda duda de la realización objetiva del punible de peculado por uso del artículo 398 de la Ley 599 de 2000, porque aprovechando su condición de servidor público de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en ejercicio de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga y la posibilidad de disponer de los vehículos de la misma, les dio uso indebido para transitar con ellos distancias significativas en las oportunidades descritas.

Así, se tiene entonces certeza en cuanto la comisión de la falta del numeral 1º del artículo 48 de la ley 734 de 2002:

"1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo."

Abastecido el presupuesto sobre la certeza frente a la ocurrencia de la falta disciplinaria, es necesario llegar al mismo convencimiento respecto de la responsabilidad del disciplinado J.A.D.A.

5.3. DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

El artículo 5º de la Ley 734 de 2002 indica que "La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna".

Llegada esta instancia es del caso señalar que, como indicó el Consejo de Estado en pronunciamiento reciente, el soporte de la potestad sancionadora del Estado, respecto de las conductas que ejercen la función administrativa, deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario que los obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su responsabilidad la consecución de los propósitos estatales, las cuales tiene su origen en lo regulado por el artículo 6 de la Constitución Política que literalmente prevé: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

En la misma decisión se destacó que la responsabilidad de los servidores públicos se configura no solo por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino también por infringir la Constitución y las leyes, tal y como se deriva de la expresión <>, que se remarca en el artículo 123 superior, al

determinar que quienes presenten la condición de servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y además están en la obligación de cumplir sus funciones en la forma prevista por la carta magna, la ley y el reglamento.

Para el Consejo de Estado el acto de nombramiento y posesión implica que el designado como servidor público preste juramento no solo de desempeñar los deberes que le incumben por esta condición, sino también cumplir y defender la Constitución, tal y como lo consagra el artículo 122 de la Constitución Política, al señalar "Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben", de lo que emana un código de conducta ajustado a las normas que se comprometió a cumplir en las actuaciones que desarrolla en tal calidad.

De ello emana que en falta disciplinaria se incurre por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, por extralimitación de sus funciones, pero también con ocasión de ellos, noción que se ajusta con la finalidad del derecho disciplinario, es decir, la búsqueda del interés general a través de la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines del Estado, en los términos del artículo 2 de la Constitución Política.

(...)

En el asunto sub examine, no cabe duda de que los hechos por los que ha sido investigado J.A.D.A., derivan del ejercicio de las funciones que le atañen como empleado público, vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el cargo de director seccional III de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga.

Aunque es absolutamente claro para este operador disciplinario que precisamente por esta condición el disciplinado podía gozar del beneficio de transporte para el desarrollo de sus responsabilidades funcionales, incluso el desplazamiento desde y hacia su residencia al inicio y final de la jornada de trabajo, y para ello podía usufructuar tanto de los vehículos como de los funcionarios encargados de la conducción de los rodantes, al asumirme esa labor de forma directa estaba en el deber y obligación de hacerlo bajo los términos establecidos por la entidad.

Debe recordarse que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de la Resolución 4719 del 17 de junio de 2014 clasificó el parque automotor en vehículos de asignación exclusiva, vehículos operativos, vehículos de apoyo administrativo y vehículos asignados a esquemas de seguridad. Dentro de los vehículos de apoyo administrativo se incluyó los vehículos asignados en las direcciones seccionales al despacho del director, pero con la única función de servir de apoyo para las actividades propias de su gestión o de las otras dependencias.

Lo anterior implica que los vehículos así sean utilizados para desplazar a un funcionario casi de manera particular, solamente puede rodar por situaciones estrictamente asociadas al desempeño de las funciones propias, pues de no ser así conlleva un uso indebido de bienes públicos para beneficio personal del trabajador oficial y no aquellos para los cuales está destinado realmente.

La conclusión no puede ser diferente porque prácticamente se volvió un hábito que llegado el fin de semana, disponía de algún vehículo a cargo de la seccional desde el día viernes y lo regresada hasta el día hábil siguiente, sin conocerse cuál la razón o motivo para recorrer distancias que en muchas ocasiones superaron los 100 kilómetros durante el tiempo que estuvo en su poder, lo que implica no solo un aumento en el consumo de combustible pagado por la DIAN, sino un desgaste para el rodante y la exposición a riesgo de daño o pérdida por estar rodando en horas que se supone debería estar parqueado en el lugar de residencia del disciplinado, aunque la circular referida claramente prohibía la tenencia de los automotores en sitios diferentes a los parqueaderos de la seccional durante los fines de semana.

En conclusión, la conducta desarrollada por el señor J.A.D.A., sí es sustancialmente ilícita en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 por cuanto con ella vulneró principios de la función administrativa esenciales para el buen desarrollo de la administración, afectó los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política y transgredió principios de la función pública. Aunado a ello, no existe causal de exoneración de responsabilidad que justifique la conducta o la torne lícita.

5.4. DE LA CULPABILIDAD

El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 indica que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, luego, en consecuencia, sólo son sancionables las faltas cometidas a título de dolo o culpa.

En decisión el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, 26 de septiembre de 2019, Rad. 11001-03-25-000-2012-00490-00(1972-12) se pronunció en torno a la culpabilidad.

“Desde ese punto de vista, la culpabilidad es un principio rector del régimen disciplinario de los servidores y particulares que ejercen funciones públicas, el cual se deriva del concepto de dignidad humana, por el que se entiende que el sujeto disciplinable pudo actuar libremente y, por ende, el Estado queda legitimado para sancionarlo. Así, este mandato de optimización impone la necesidad de valorar el aspecto subjetivo de la conducta, para fundamentar la imposición de las sanciones previstas para cada una de las faltas tipificadas en la ley.

Además de lo precedente, la culpabilidad también es una categoría dogmática de la estructura de la responsabilidad disciplinaria, cuyos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales han tenido como base el derecho penal y, en ese sentido, también se ha visto influenciada por las tesis de las escuelas tradicionales de la teoría del delito, que han seguido una senda evolutiva a partir de la corriente clásica, luego la neoclásica y, por último, la finalista.

Desde la perspectiva de la escuela clásica, el dolo y la culpa eran simplemente las formas en las que se expresaba la culpabilidad, y correspondían únicamente al nexo psicológico entre el autor y el hecho. Luego, la doctrina neoclásica dio cuenta de la crisis del anterior concepto, toda vez que en muchos casos se demostró que, pese a comprobarse el nexo psicológico, podía haber diferentes grados de culpabilidad o, incluso, que esta no existiera, por cuanto al autor de la conducta no le era exigible

comportarse de manera diferente. De este modo, la categoría dogmática que se analiza no se agotaba en la comprobación del vínculo entre lo que se pensaba y lo que se hacía o dejaba de hacer, sino que también comprendía un aspecto normativo referido a la reprochabilidad del comportamiento. Así, el dolo y la culpa dejaron de ser entendidos como formas de la culpabilidad, y pasaron a ser elementos de esta.

(...)

- El dolo

"En la Ley 734 de 2002 no existe una definición del dolo, por lo que en aplicación de la integración normativa señalada en el artículo 21 de esa norma, el significado de ese concepto en materia disciplinaria será el que determina el artículo 22 del Código Penal, que al respecto indica que <la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal (entiéndase falta disciplinaria) y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal (falta disciplinaria) ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. >

De la anterior definición pueden extraerse dos ingredientes del dolo, el cognitivo y el volitivo. El primero tiene que ver con el conocimiento potencial de los hechos y de la ilicitud de la conducta, y el segundo está relacionado con la facultad del sujeto disciplinable para decidir y ordenar su propio comportamiento hacia la comisión de la falta.

Ahora bien, el componente volitivo del dolo requiere de un estudio especial, en la medida en que este aspecto no puede entenderse como la mala fe con la que actuó el disciplinado sino como un vínculo entre lo que este representó en su mente y lo acontecido en la realidad. Además, es necesario distinguir entre las conductas activas y omisivas, porque en las últimas, la demostración de la intención hacia la realización del comportamiento dependerá del predominio del elemento cognitivo. En ese sentido, la voluntad no juega un rol esencial en su estructuración, porque la abstención de hacer lo que se debe, comportaría la configuración del dolo en su modalidad eventual.

En todo caso, la demostración del dolo también dependerá de las pruebas que se practiquen en el procedimiento disciplinario. Al respecto es necesario precisar que, salvo que se presente una confesión, y que esta se encuentre corroborada con lo probado con otros medios en el trámite, resulta casi imposible que exista una prueba directa de lo que conocía el sujeto y de cuál era su voluntad, por lo tanto, su comprobación dependerá de pruebas indirectas o indiciarias. Desde la doctrina se han propuesto tres clases de indicios que indicarían la existencia de este elemento de la culpabilidad a saber: los de aptitud, los de actitud, y los de comprensión valorativa. A continuación, se explicará cada uno de ellos:

Indicios de aptitud: *Tienen como propósito definir la capacidad que tenía el disciplinado para no haber cometido la falta. Así, los hechos indicadores de este indicio estarían relacionados con cuestiones relativas al cargo, su experiencia y al tiempo de servicio del servidor público, su profesión y diferentes estudios complementarios.*

Indicios de actitud: *Están referidos a la planeación y anticipación de situaciones futuras, esto es, a los actos preparatorios relativos a la comisión de la falta disciplinaria, los cuales pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores. Estos últimos referidos a maniobras para ocultar el ilícito.*

Indicios de comprensión valorativa: *Se refieren a la conciencia potencial de la ilicitud, y en ellos se debe tener en cuenta si la conducta es activa u omisiva, los reenvíos normativos de algunas faltas, la claridad en la redacción del tipo, la complejidad para comprender lo antijurídico, la jerarquía de y notoriedad de algunas normas y los indicios de ocultamiento y engaño o similares.*

La actividad de la conducción de vehículos conlleva una gran responsabilidad pues hace parte de las llamadas actividades peligrosas permitidas, porque para poder realizarla debe demostrarse previamente una idoneidad para ejercerla, es decir, la aptitud física, mental, sicomotora, práctica, teórica y jurídica de una persona para conducir un vehículo por el territorio nacional, que se resume en la expedición de la licencia de conducción por la entidad competente.

En el caso de los vehículos oficiales la responsabilidad es un mayor porque quien asume su condición, debe tener presente que al hacerlo compromete tanto su responsabilidad como a la entidad, pues ante un siniestro los dos son llamados a responder por los eventuales daños que se llegaren a causar. Es por ello por lo que en las entidades públicas el parque automotor se destina de manera exclusiva a los fines para los cuales se adquirió, que en el caso de la DIAN están definidos en la Resolución 4719 del 17 de junio de 2014, que no contempla la disposición de automotores durante los fines de semana, puentes festivos, semana santa o días de descanso concertados con la entidad.

Estas políticas son de amplio conocimiento para todos los servidores públicos a nivel general, pues nadie puede afirmar que al momento de asumir un cargo y prestar juramento no es consciente que los bienes puestos a su disposición son propiedad del Estado y están destinados exclusivamente al desarrollo de sus funciones como garantía de los fines e intereses del Estado, que se traduce en el interés general antes que el interés particular.

Para la fecha de los hechos el disciplinado J.A.D.A., contaba con algo más de 20 años de vinculación a la DIAN, ejercía además como director de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, luego impensable resultaría creer que no tenía el conocimiento suficiente para saber que no podía disponer del parque automotor cada fin de semana para sus necesidades personales.

Si bien es cierto no había una persona con el rol de conductor asignado en forma exclusiva a su movilización desde su trabajo a casa y viceversa, no es una situación que le permitiría dar uso libre a los automotores que llevaba al culminar la semana laboral, porque lo correcto era que los viernes no llevara ningún rodante o si optaba por hacerlo que el vehículo permaneciera estacionado mientras lo retornaba a la sede de la seccional, de donde realmente nunca debía salir según las disposiciones de la DIAN.

A pesar de ello, se volvió una costumbre que el disciplinado no solo manejara directamente, sino que al regresar de los fines de semana o al día hábil posterior a su retiro los rodantes presentaban

recorridos por distancia importantes, señal que fueron utilizados para actividades diferentes al desplazamiento desde y hacia el trabajo, que sería lo usual en su caso porque no se acreditó actividad oficial que explicase los usos en cada oportunidad.

Esa experiencia y reiteración del comportamiento llevan a este operador disciplinario a sostener que el disciplinado era consciente de su infracción, sabía que no podía hacerlo y aun así optó por hacerlo, es decir, se determinó libre y voluntariamente a actuar contrario a derecho, destinando los vehículos de la seccional que retiraba conduciendo a actividades alejadas de sus funciones, pues no resulta siquiera creíble que a manera de ejemplo un fin de semana rodara más de cien kilómetros de un lado a otro solo para verificar el trabajo de los funcionarios en el aeropuerto o puntos de control instalados en las carreteras del departamento.

Es muy cierto que el contrabando no se detiene los fines de semana, que el servicio de la DIAN es permanente y se cumple día y noche, también que los directores seccionales deben atender sin número de funciones y actividades, pero aun así eso no explica que un automotor que salió de una seccional con un kilometraje determinado, a su regrese muestre señas de uso prolongado por carretera. Para completar 100 o más kilómetros en un fin de semana se requeriría que el disciplinado fuera y volviera del aeropuerto al menos en tres oportunidades, lo cual de por sí no solo resultaría extraño sino una muestra de total desconfianza de la labor desarrollada por el personal asignado a la terminal aérea.

Lo mismo podría decirse de la verificación a los puestos de control instalados por la Policía Fiscal y Aduanera. Si existe una división, grupo interno o responsables de coordinar esta labor, que se supone está conformada por personal calificado para su desarrollo, como por qué razón el director seccional tendría que cada fin de semana estar verificando la ejecución de su tarea. O el nivel de los funcionarios era tan bajo o la desconfianza en su trabajo no garantiza la tranquilidad de lo que estaban haciendo, que resultaba casi necesario que cada ocho días el director seccional rodara en vehículos de la seccional por las carreteras del departamento controlando su labor.

La verdad es que por alguna razón desconocida el disciplinado optó por movilizarse conscientemente en un vehículo de la seccional, darle uso los fines de semana como si fuese su vehículo particular, incluso en eventos de puente festivo, semana santa o jornada de descanso concertado, cuando era perfectamente conocedor que no podía hacerlo porque los rodantes solo podían ocuparse en actividades funcionales, por lo que la comisión de la infracción disciplinaria deberá reprochársele a título de dolo.

En cada planilla de registros de los servicios de transporte quedó claro que era el disciplinado quien retiraba y regresaba los vehículos. De alguna manera así lo reconoce cuando dice que cumplía actividades fuera de la seccional y para ello requería el servicio prestado por los automotores, por ende, no hay duda de que el disciplinado es autor de la falta imputada en el pliego de cargos y por la cual ahora se emite juicio de responsabilidad en la presente decisión.

5.5. DE LA CONTESTACIÓN A LOS ARGUMENTOS DEL INVESTIGADO

Aunque en los acápite anteriores se dio respuesta a los argumentos esbozados por el disciplinado J.A.D.A., tanto en su injurada como escrito de descargos, la Subdirección no encuentra aceptables frente al uso irregular del parque automotor evidenciado en la presente actuación disciplinaria.

Si bien es cierto para la época de los hechos en la seccional ningún funcionario contaba con el rol o cargo de conductor, y tal vez por ello asumió la conducción de algunos vehículos de la seccional, no lo es menos que los desplazamientos realizados obligatoriamente deberían estar asociados al desarrollo de sus funciones y estar justificados en actividades propias de su cargo.

Es una verdad incontrovertible que los cargos de nivel directivo son de confianza y disponibilidad permanente, y que a nivel de las seccionales de la DIAN implican la supervisión de un importante número de procedimientos y funcionarios, pero aun así no es razón suficiente para dar por justificado el uso del parque automotor en distancias importantes durante lapsos de tiempo no laborales, concretamente fines de semana, cuando se supone que los vehículos deben estar en la sede la DIAN o al menos en el garaje del funcionario que dispone tenerlo bajo su responsabilidad por ese periodo.

Para encontrar justificado el uso de los rodantes por distancias superiores a los 100 kilómetros durante un fin de semana en una ciudad como Bucaramanga, implicaría a lo sumo que el disciplinado fue al menos en cinco oportunidades al aeropuerto a supervisar operativos, situación realmente muy poco probable a pesar del demostrado sentido de pertenencia del funcionario o que durante los fines de semana con lunes festivo prefería sacrificar un merecido descanso por estar supervisando a la Policía Fiscal y Aduanera en las carreteras del departamento, aunque de ello no aportó evidencia alguna. O que estuvo atendiendo invitaciones o entrevistas de medios de comunicación local y de paso por las zonas francas, pero prácticamente por todas las emisoras y zonas francas con asiento en el área metropolitana, como para recorrer semejante distancia durante un fin de semana en una ciudad cuya extensión no justifica esas distancias.

Para la Subdirección no está en discusión la diligencia del disciplinado en el cumplimiento de sus funciones, los reconocimientos otorgados por su trayectoria pública, su alta formación personal y capacidad de enseñanza, el esfuerzo en la creación de conocimiento especializado en temas tributarios, pero tales cualidades no explican ni justifican el demostrado uso indebido del parque automotor, porque se volvió prácticamente una costumbre que saliera los viernes, no solo en fines de semana normales sino con puente o antes de semana santa, en vehículos oficiales que regresaba luego con recorridos muy importantes y sin comisión que justificara su uso.

Es por ello no se encuentra razón a los sucesos objeto de investigación, que encajan en la descripción de la falta disciplinaria gravísima del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y por ello se emite juicio de responsabilidad en contra del disciplinado J.A.D.A.

6. CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Como se indicó en el auto de pliego de cargos, el artículo 42 de la Ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias son gravísimas, graves y leves. El artículo 43 ibidem dispone que las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en el código disciplinario único, mientras que las faltas serán graves o leves de conformidad con los criterios establecidos del artículo 43.

Teniendo en cuenta que los hechos materia de investigación se ajustan a la descripción de la infracción disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no es necesario argumentar sobre los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, porque la calificación de la falta –gravísima – deviene de la misma ley, y no concurrió situación fáctica alguna que determine su cambio para esta instancia del proceso.

7. DE LA SANCION POR IMPONER

El artículo 44 de la Ley 734 de 2002 indica que el servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

- Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
- Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
- Suspensión, para las faltas graves culposas.
- Multa, para las faltas leves dolosas.
- Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Luego, por tratarse de falta disciplinaria gravísima dolosa la sanción a imponer en la destitución e inhabilidad general, inhabilidad que se fijara en el término mínimo de diez (10) años, habida cuenta el disciplinado carece de antecedentes disciplinarios, es una persona diligente y eficiente en el desempeño de su cargo, muestra de ello es haber desempeñado la dirección seccional, y porque no se causó un grave daño social con la conducta ni se afectaron derechos fundamentales de otros servidores o usuarios de la entidad.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de J.A.D.A., identificado con la cédula de ciudadanía número XXXXXXXX, por la conducta consignada como cargo en el Auto número 1740600006 de fecha 30 de julio de 2019; actuar constitutivo de la falta disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por las razones consignadas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, IMPONER a J.A.D.A., sanción disciplinaria consistente en destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, de conformidad con lo señalado en la parte motiva precedente.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002 al disciplinado.

CUARTO: ADVERTIR que contra la presente decisión procede el RECURSO DE APELACIÓN.

QUINTO: REMITIR copia de la presente decisión, a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Seccional de Administración Pública, Fiscalía 10 de Bucaramanga, caso 680016008828201601391, para lo de su competencia.

SEXTO: En firme la presente decisión, COMUNICARLA en la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 174 del Código Disciplinario Único.

Extracto tomado de la Resolución 17317-00005 de fecha 08 de septiembre de 2020 proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.

