



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

**MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

**Radicado** : 11001-03-25-000-2011-00495-00  
**Nº interno** : 1930-2011  
**Demandante** : Gladys Cárdenas de Gelvis  
**Demandado** : Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-  
DIAN  
**Acción** : Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Decreto 01  
de 1984  
**Tema** : Sanción disciplinaria de suspensión, Ley 200 de 1995

La Sala decide en única instancia<sup>1</sup> sobre las pretensiones de la demanda formulada por la señora Gladys Cárdenas de Gelvis contra la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la señora Gladys Cárdenas de Gelvis, a través de apoderado, pide las siguientes declaraciones y condenas.

Que se declare la nulidad de **los actos administrativos: Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002**, dictada por el director de Impuestos y Aduanas Nacionales de la Regional Nororiente, con la cual sancionó a la actora con suspensión en el cargo por el término de 11 días; y Resolución 03776 **del 11 de mayo de 2004**, proferida por el director general (e) de la Unidad

<sup>1</sup> Por auto de 18 de mayo de 2011, N.I. 0145-2010. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado, la Sección Segunda del Consejo de Estado, consolidó la línea jurisprudencial sobre competencia en materia disciplinaria, determinando que acorde con las providencias del 12 de octubre de 2006, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, número interno 799-2006; 27 de marzo de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1985-2006; y 4 de agosto de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1203-2010, esta Corporación en única instancia no solo conocía de las sanciones disciplinarias administrativas de destitución, sino también las de suspensión en el ejercicio del cargo, siempre y cuando las sanciones provengan de autoridades del orden nacional.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con la cual confirmó la sanción de suspensión por el término de 11 días.

Igualmente demanda, los autos 00116 del 17 de julio de 2001, con el cual se ordenó la apertura de la investigación; y 0002 del 18 de marzo de 2002, mediante el cual se formularon cargos a la actora.

Como consecuencia de la nulidad de los actos referidos, y a título de restablecimiento del derecho solicita se le exima de la sanción de suspensión impuesta, se le tenga como cumplidora de sus deberes y obligaciones<sup>2</sup>.

**Los hechos** que fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Como consecuencia de los hallazgos fiscales encontrados por la Contraloría General de la República en noviembre de 2000, relacionados con el expediente tributario TW969900390 adelantado contra el contribuyente José Isnardo Prada Gómez, en el cual se efectuó inspección tributaria sin la debida notificación al ciudadano, por lo que no hubo suspensión de los términos, debiendo archivar el proceso por vencimiento de éstos, por esta razón se le investigó y sancionó a la actora.

Enunció las providencias dictadas en el proceso disciplinario, la indagación preliminar, la apertura de investigación, con la que se le formularon cargos, los fallos de primera y segunda instancia<sup>3</sup>.

### **Normas y concepto de violación**

La parte actora citó como normas violadas las siguientes:

De la Ley 200 de 1995, los artículos 23 numerales 3 y 4, 88 y 90.

La parte actora sostuvo que se encuentra dentro de la causal del numerales 3 y 4 del artículo 23 de la Ley 200 de 1995, y así lo ha afirmado desde que

<sup>2</sup> Folios 4 y 5 del cuaderno del juzgado.

<sup>3</sup> Folios 5 y 6 del cuaderno del juzgado.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

presentó los descargos, al obrar de acuerdo con la ley, según la orden impartida de su jefe inmediato y, con la convicción de que su conducta no constituía falta, pues en comisión de servicios no perdía la competencia para actuar en su cargo en propiedad.

Explicó que la orden es legítima porque la actora era funcionaria de fiscalización, y cuando expidió el auto de archivo estaba comisionada en la división de liquidación, por lo que no era incompetente porque continuaba con las funciones del cargo en propiedad.

Afirmó que la actora actuó conforme al Estatuto Tributario realizando todas las gestiones previas para la notificación del contribuyente acorde con el artículo 563, pero solo lo pudo contactar faltando un día para el vencimiento del término, además la demandante no era abogada por lo que no era dable determinar si tenía o no competencia para tomar la decisión respectiva, es decir que actuó de buena fe, y con la *“convicción errada de que dejando la constancia de que era de fiscalización al expediente el contribuyente no se le generaba ninguna nulidad. Es decir se demuestra que se actuó más pensando que no genera nulidad el expediente del contribuyente que en la competencia e incompetencia”*<sup>4</sup>.

Expresó que la actora es una funcionaria que tiene más de 41 años de servicio en la DIAN donde su comportamiento ha sido intachable, eficiente y con consagración en lo público, siendo reconocida por sus méritos por el director de la DIAN.

Manifestó que el proceso disciplinario fue mal notificada, *“conforme al oficio citatorio entiendo que se me citaba conforme al artículo 88 de la Ley 200 de 1995, pues se me concedían 8 días a partir del envío para concurrir. Pero, leído el oficio y visto el expediente se observa que hubo un auto comisorio 0075 de septiembre 2 del 2002; es decir, la notificación era por comisionado de acuerdo al artículo 90 de la Ley 200 de 1995 y el término para comparecer era de veinte (20) días hábiles y no de ocho como se estaba*

<sup>4</sup> Folio 7 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

*concediendo. De igual forma también debo expresar que si era por el artículo 88 de la Ley 200 de 1995 que se me estaba notificando ha debido colocarse el contenido de la resolución y como era sancionatorio hacer conocer los recursos que podía interponer*<sup>5</sup>.

Indicó que superan los 6 meses de la indagación preliminar; ya que el auto 0038 que ordena la indagación preliminar es del 29 de noviembre de 2000 y el de apertura de la investigación 0016 es del 17 de julio de 2001, es decir, el tiempo fue de 8 meses, y además se extendió a hechos diferentes a los señalados en la providencia 0038, se acudió a una prórroga que no contempla la Ley 200 de 1995.

Adujo el apoderado de la actora que no comparte lo sostenido en la Resolución 03776 del 1 de mayo de 2004, *“queda claro entonces, que el hecho de no cumplir exegéticamente con los términos estipulados en la ley no acarrea nulidad” ¿si esto fuera así entonces yo pregunto para que se establecieron las normas? Si no se necesitaran los procesos se convertirían en indefinidos así de simple y sencillo*<sup>6</sup>.

## **2. Trámite procesal**

Mediante auto del 11 de julio de 2011, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, se abstuvo de dictar sentencia de primera instancia, al advertir que no era competente, pues según la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ésta conoce privativamente en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controvertían sanciones que conllevaban el retiro definitivo o temporal del servicio, que tengan o no cuantía, siempre que provengan de autoridad del orden nacional<sup>7</sup>, y ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Folio 8 del cuaderno principal.

<sup>6</sup> Folio 9 del cuaderno principal.

<sup>7</sup> Por providencias de 18 de mayo de 2011, número interno 0145-10. C.P. Hernando Alvarado Ardila, Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado; y 4 de agosto de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1203-2010.

<sup>8</sup> Folios 359 y 360 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

Con auto del 2 de febrero de 2012, se declaró la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, dejando a salvo las pruebas válidamente practicadas<sup>9</sup>.

Mediante auto del 11 diciembre de 2013, se admitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora Gladys Cárdenas de Gelvis contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-<sup>10</sup>.

Con auto del 6 de agosto de 2015, se abrió el periodo probatorio, disponiendo tener en cuenta las pruebas acompañadas en la demanda y en la contestación de ésta<sup>11</sup>.

### **3. Contestación de la demanda**

#### **3.1. Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-**

La DIAN a través de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que a la actora se le formuló cargos porque no tenía competencia para actuar en fiscalización, al ser comisionada a la división de liquidación el 4 de agosto al 1 de noviembre de 1999; sin embargo, el 3 de septiembre de ese año produjo dentro del expediente TW969900390 un informe en el que consignó que actuaba como funcionaria adscrita a la división de fiscalización tributaria de Cúcuta, asignada para adelantar la investigación del contribuyente José Isnardo Prada Gómez, y posteriormente, el 21 del mismo mes y año, archivo el expediente sin ningún sustento legal.

Propuso como excepciones, i) legalidad de los actos administrativos, pues la Resolución 011 del 30 de agosto de 2002 con la cual se declaró en primera instancia la responsabilidad de la demandante se notificó de conformidad

<sup>9</sup> Folios 365 al 369 del cuaderno principal

<sup>10</sup> Folios 374 al 377 del cuaderno principal

<sup>11</sup> Folios 406 y 407 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

**Demandante:** Gladys Cárdenas de Gelvis

**Demandado:** Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

con los artículos 83 al 88 de la Ley 200 de 1995, es así que el 9 de septiembre de 2002, se citó al apoderado de la actora con el fin de notificarle el referido fallo, concediéndole un término de 8 días hábiles a partir del envío de la citación, y al no comparecer se fijó el edicto el 19 y se desfijo el 23 de septiembre de 2002, el 24 del mismo mes se le entregó una copia del fallo al apoderado, quien en término presentó el recurso de apelación; ii) término de la indagación preliminar fue superado; y, los hechos de la investigación no guardan congruencia con la queja; y iii) al estar en comisión la sancionada no concurre ninguna causal de justificación de la responsabilidad disciplinaria, previstas en el artículo 23 de la Ley 200 de 1995<sup>12</sup>.

### **3.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

La apoderada del Ministerio sostuvo que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- desde el año 1992 es una entidad desvinculada de esa cartera, teniendo personería jurídica, patrimonio propio, capacidad para representarse legalmente ante las autoridades nacionales, y tiene autonomía para ejercer directamente el control interno y disciplinario de sus servidores.

Propuso como excepciones las siguientes: i) inexistencia de obligación, el Ministerio no profirió ninguno de los actos administrativos que suscitaron el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ni tuvo injerencia en la expedición de los actos acusados, pues la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales es autónoma en la toma de sus decisiones; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, reitera que el Ministerio no emitió los actos demandados, ni tiene competencia para sancionar disciplinariamente a los funcionarios de la DIAN; iii) improcedencia del litisconsorte por pasiva, los actos sancionatorios fueron expedidos por la DIAN, por lo que el Ministerio no tiene interés directo ni indirecto por los resultados del proceso; iv) indebida representación de la parte pasiva, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no representa la Unidad Administrativa Especial Dirección de

<sup>12</sup> Folios 388 al 397 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

Impuestos y Aduanas nacionales –DIAN-, la cual se rige por normas especiales y tiene personería jurídica; y v) falta de agotamiento de la vía gubernativa, ya que el recurso de apelación del fallo de primera instancia lo resolvió el director general de la DIAN, quien es la autoridad disciplinaria de los servidores de esa entidad<sup>13</sup>.

#### **4. Alegatos de conclusión**

Con auto del 13 de enero de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y, al Ministerio Público para que rindiera concepto, de conformidad con el artículo 210 del Código Contencioso Administrativo<sup>14</sup>.

##### **4.1 Parte demandante**

Según informe del 5 de abril de 2016, el secretario de la Sección Segunda del Consejo de Estado, indicó que la parte demandante guardó silencio<sup>15</sup>.

##### **4.2 Parte demandada**

**Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-**

El apoderado de la DIAN insistió con los mismos argumentos que expuso en la contestación de la demanda<sup>16</sup>.

##### **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

En *sub examine* no obran alegatos de conclusión de esta cartera.

##### **4.3 Ministerio Público**

La procuradora segunda Delegada ante el Consejo de Estado inició el

<sup>13</sup>Folios 400 al 404 del cuaderno principal.

<sup>14</sup>Folio 409 del cuaderno principal.

<sup>15</sup>Folio 424 del cuaderno principal.

<sup>16</sup>Folios 410 al 417 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

concepto, señalando que los autos de apertura de investigación del 17 de julio y el de cargos del 2 de octubre de 2001 son actos de trámite que impulsan el proceso disciplinario, conforme lo ha determinado la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 26 de julio de 2012, radicado interno 2466-10.

La actora fue sancionada disciplinariamente porque sin tener competencia expidió actos que eran de atribución de la división de fiscalización. En efecto, la demandante fue “*traslada*” mediante la Resolución 001 del 3 de agosto de 1999 a la división de liquidación, siendo asignado el expediente TW969900390 a la funcionaria Susana Arena Pérez, en consecuencia la actora no tenía que intervenir en el citado trámite, dado que cumplía funciones en otra dependencia de la DIAN.

El Ministerio Público precisó que no son de recibo las causales de justificación alegadas por la parte actora, contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 23 de la Ley 200 de 1995, esto es en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y la convicción errada e invencible que su conducta no constituía falta disciplinaria, puesto que la demandante sabía que no estaba bajo las órdenes del jefe de la división de fiscalización, dado que había sido “*traslada*” a la división de liquidación a través de la Resolución 001 del 3 de agosto de 1999, y en esa área cumplía sus funciones.

El Ministerio Público estimó que las pretensiones no prosperan al agregar:

*“[e]s evidente que la funcionaria Cárdenas, así fuera de buena fe, usurpó funciones administrativas que eran del resorte de otro funcionario, comportamiento que perjudicó pecuniariamente al Estado, para este despacho realmente la disciplinada lo que pretendía era ocultar su falta de diligencia en el trámite del expediente TW969900390, por lo que la causal de error invencible tampoco está llamada a prosperar, dado que nadie más que ella sabía que los términos estaban vencidos y que faltaba la notificación al contribuyente.*

*Para finalizar, considera esta Delegada que tampoco existe violación del debido proceso, dado que si bien se superaron los términos procesales para la indagación; la investigación y el auto de cargos, la sanción se produjo dentro del término de 5 años, garantizando plenamente los derechos de los investigados, tal y como lo advirtió el apoderado de la*



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

*DIAN, tan es así que el apoderado sí se notificó del contenido de la Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002, mediante la cual se sancionó disciplinariamente a su mandante, acto administrativo que recurrió en apelación<sup>17</sup>.*

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Corresponde al Consejo de Estado conocer en única instancia<sup>18</sup> del presente proceso que se tramita por el Decreto 01 de 1984, por controvertirse una sanción disciplinaria consistente en suspensión en el ejercicio del cargo, expedida por una autoridad nacional, como lo es, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-.

### 2. De las excepciones propuestas

#### 2.1 Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales planteó las siguientes excepciones:

##### 2.1.1 Legalidad de los actos administrativos

Afirma la DIAN que a través de la Resolución 011 del 30 de agosto de 2002 se declaró en primera instancia la responsabilidad de la demandante, acto que se notificó de conformidad con los artículos 83 al 88 de la Ley 200 de 1995, pues el 9 de septiembre de 2002, se citó al apoderado de la sancionada con el fin de notificarle el referido fallo, concediéndole un término de 8 días hábiles a partir del envío de la citación, y al no comparecer se fijó el edicto el 19 y se desfijo el 23 de septiembre de 2002, el 24 del mismo mes

<sup>17</sup> Folios 419 al 423 del cuaderno principal.

<sup>18</sup> Por auto de 18 de mayo de 2011, N.I. 0145-2010. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado, la Sección Segunda del Consejo de Estado, consolidó la línea jurisprudencial sobre competencia en materia disciplinaria, determinando que acorde con las providencias del 12 de octubre de 2006, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, número interno 799-2006; 27 de marzo de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1985-2006; y 4 de agosto de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1203-2010, esta Corporación en única instancia no solo conocía de las sanciones disciplinarias administrativas de destitución, sino también las de suspensión en el ejercicio del cargo, siempre y cuando las sanciones provengan de autoridades del orden nacional.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

se le entregó una copia del fallo al apoderado, quien en término presentó el recurso de apelación. De ahí que existió por parte de la actora una interpretación errada del artículo 90 de la Ley 200 de 1995.

Respecto de esta excepción, la Sala encuentra que ésta comprendida dentro del concepto objeto de nulidad de la demanda, violación a los derechos al debido proceso y a la defensa, por lo cual se resolverá cuando se analicen los cargos alegados por la parte actora.

### **2.1.2 Término de la indagación preliminar, y hechos de la investigación que no guardan congruencia con la queja**

Sostiene el apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que si bien se superó el término de la indagación preliminar, la pretermisión de éste no es admisible para aducir violación al debido proceso, ya que en el proceso se le garantizó a la implicada el derecho a la defensa, nombró defensor, presentó descargos y solicitó pruebas; además la superación del término no genera nulidad, ya que prima la finalidad de la ley disciplinaria prevista en los artículos 13 y 17 de la Ley 200 de 1995, esto es, el logro de los fines y funciones del Estado.

Igualmente expresa que los hechos investigados fueron congruentes obedeciendo a las irregularidades presentadas en el expediente tributario adelantado en contra del contribuyente José Isnardo Prada Gómez.

Lo expuesto por la DIAN, permite a la Sala determinar que ésta es una explicación a dos de los cargos alegados por la parte actora para pretender la nulidad de los actos demandados. Estos argumentos no refieren a situaciones procesales o sustantivas que impidan continuar el proceso contencioso, por esta razón la excepción en estudio no prospera.

### **2.1.3 Causal de justificación de responsabilidad disciplinaria**

La DIAN aduce que no concurre las causales de justificación de la responsabilidad disciplinaria, contenida en los numerales 3 y 4 del artículo 23



Número interno: 1930-2011

**Demandante:** Gladys Cárdenas de Gelvis

**Demandado:** Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

de la Ley 200 de 1995<sup>19</sup>, pues al estar en comisión la implicada para el 21 de septiembre de 1999 en la división de liquidación de la administración local de impuestos de Cúcuta, como se prueba con las Resoluciones 001 del 3 de agosto y 005 del 4 de octubre de 1999, no podía proyectar el auto de archivo 070631999000331 del 21 de septiembre de 1999, ya que no ejercía funciones en la división de fiscalización.

Este argumento se refiere a uno de los cargos que planteó la parte actora en la demanda para obtener la nulidad de los actos acusados, y no están orientados a terminar el proceso por concurrir algún supuesto adjetivo o de fondo irregular, de ahí que esta excepción no prospera, y se continuara con la resolución de los aspectos acusados.

## 2.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La apoderada de la referida cartera, planteó las siguientes excepciones:

**Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, improcedencia del litisconsorte por pasivo, falta de agotamiento de la vía gubernativa e indebida representación de la parte pasiva**

El argumento de las excepciones propuestas se construyó sobre el hecho que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no profirió ninguno de los actos administrativos demandados, pues la potestad disciplinaria de los servidores públicos de la DIAN recae en ésta, por ser una unidad administrativa especial autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio; en otras palabras, la DIAN no hace parte del Ministerio ni éste la representa, por ende esta cartera carece de competencia para sancionar disciplinariamente a los servidores de la Dirección de Impuestos y Aduanas

<sup>19</sup> "ARTICULO 23. DE LA JUSTIFICACION DE LA CONDUCTA. La conducta se justifica cuando se comete: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito. 2. En estricto cumplimiento de un deber legal. 3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria"



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

Nacionales, por lo que no tiene ningún interés directo ni indirecto en las resultas del proceso.

Respecto de la figura de la legitimación en la causa sea afirmado que se erige un presupuesto de la sentencia, al otorgarle a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre las pretensiones de la demanda y, sobre los razonamientos de la oposición para desvirtuar aquéllas, mediante una decisión que acoge o niega las pretensiones; entonces, la legitimación en la causa es la calidad que tiene cada una de las partes en relación con su propio interés, el cual se discute dentro del proceso. Y, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, el juez no puede adoptar una decisión y, debe simplemente declarar probada la excepción.

Así las cosas, en el *sub examine* está acreditado que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tiene ningún interés sustancial en el resultado de la demanda que presentó la señora Gladys Cárdenas de Gelvis, pues como bien lo indicó la apoderada del Ministerio desde el año 1992 cuando se creó la DIAN a través del Decreto 2117 de 1992, *"Por el cual se fusiona la dirección de impuestos nacionales y la dirección de aduanas nacionales en la unidad administrativa especial dirección de impuestos y aduanas nacionales y se dictan disposiciones complementarias"*, se concibió como una entidad autónoma administrativamente y con personería jurídica<sup>20</sup>, por ende tiene la titularidad de la potestad disciplinaria para investigar y sancionar a sus servidores públicos, y conforme a esta facultad inició la acción sancionatoria y expidió los actos demandados, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueda salir involucrado en la decisión de fondo que se tomó cuando se analicen cada uno de los cargos alegados por la parte actora en la demanda, por esta razón se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

<sup>20</sup> Decreto 1071 del 26 de junio de 1999, *"por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones."* "Artículo 1º. Naturaleza y régimen jurídico de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, estará organizada como una unidad administrativa especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público".



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

En este sentido, en un caso similar al de estudio, se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado, sosteniendo:

*“La excepción propuesta prosperará por las siguientes razones:*

*-El decreto 1071 de junio 26 de 1999, definió en el artículo 1º, la naturaleza y el régimen jurídico de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, de la siguiente manera: “La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, estará organizada como una unidad administrativa especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.*

*La descripción anterior ubica a la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el sector descentralizado por servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, y en particular a este tipo de unidad administrativa, como es la DIAN, porque tiene personería jurídica y se asimila a un establecimiento público descentralizado -artículo 82 ídem-.*

*En ese orden de ideas, y de acuerdo a los atributos que su naturaleza jurídica le confiere, le corresponde solo a la Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, responder por sus actos, dado que en virtud de su autonomía administrativa los profirió, sin vincular para tal efecto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como lo pidió la actora.”<sup>21</sup>*

De acuerdo con lo expuesto, no se hace necesario continuar con el estudio de las demás excepciones que tienen como fundamento que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- es autónoma en la toma de sus decisiones y, que el Ministerio no expidió los actos demandados, ni tiene competencia para sancionar disciplinariamente a los funcionarios de la DIAN, por esta razón se hace innecesario el estudio de las otras excepciones.

### 3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo expuesto en la demanda, la Sala determinará si los actos administrativos de primera y segunda instancia proferidos por la

<sup>21</sup> Sentencia del 13 de mayo de 2015, Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 11001-03-25-000-2013-00423-00 (0896-13).



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, mediante los cuales se sancionó disciplinariamente a la señora Gladys Cárdenas de Gelvis con suspensión en el ejercicio del cargo, son nulos por desconocimiento a los derechos al debido proceso y a la defensa.

La demandante estima que concurren las causales de nulidad de los actos administrativos acusados, al tener, que: i) el término legal de la indagación preliminar fue superado; ii) se presentaron las causales de justificación de responsabilidad, de cumplimiento de orden legítima de autoridad competente y el convencimiento errado que la conducta no constituye falta disciplinaria; iii) indebida notificación del fallo disciplinario de primera instancia; iv) no existió congruencia entre los hechos objeto de indagación preliminar y los investigados.

La Sala con el fin de resolver el problema jurídico planteado seguirá el siguiente esquema: 3.1 Actuación disciplinaria y 3.2 Caso concreto.

### 3.1 Actuación disciplinaria

Con auto 002 del 18 de marzo de 2002, la División de Investigaciones Disciplinarias Regional Nororiente de la DIAN le formuló cargos a la señora Gladys Cárdenas de Gelvis, por la siguiente conducta:

*“Con las pruebas que reposan en el expediente tributario (fl 67 a 83) la funcionaria auditora, no actuó conforme a las disposiciones tributarias, artículos 706 y 779 del Estatuto Tributario, las que ella misma consignó en la constancia de inicio de la inspección tributaria el día 2 de julio de 1999, la que está suscrita, pues no se ha desvirtuado, por el contribuyente PRADA GOMEZ, y por ella misma, según su propia afirmación y la de la funcionaria TILCIA NOVOA CEBALLOS, toda vez que encontrándose dentro del plazo de suspensión del término, con las pruebas recaudadas y el estudio practicado sobre los extractos bancarios, no levantó el acta de inspección tributaria como lo consigna el artículo 779 del estatuto precitado, ni proyectó el requerimiento especial durante el tiempo que estuvo facultad para realizar dichas actuaciones, hasta antes de producirse su traslado a la División de Liquidación por el tiempo comprendido entre agosto 4 a noviembre 1 de 1999.*

*Por el contrario, cuando no tenía competencia para actuar en Fiscalización, produjo un informe el 3 de septiembre de 1999, en el*



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

*que consignó que actuaba como funcionaria adscrita a la División de Fiscalización Tributaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta y asignada para adelantar la investigación tributaria del contribuyente PRADA GOMEZ JOSE ISNARDO, dentro del expediente TW969900390, y previa referenciación de todas las actuaciones adelantadas consigna como hechos especiales: “en el expediente también reposa la constancia de inicio de inspección tributaria, la cual había sido elaborada el día 02-07-99, firmada por el contribuyente”, “el contribuyente presentó un derecho de petición con fecha 25-08-99, radicado bajo el No 00972, solicitando la firmeza de la declaración de renta por el año gravable de 1996, por no haber sido notificado oportunamente el auto de inspección tributaria” y “por lo expuesto anteriormente, se procede a dictar auto de archivo al expediente respectivo” (fl 106) y efectivamente, en el auto de archivo 381 de septiembre 21 de 1999, suscrito por ella misma y el jefe de la división y revisado por TILCIA NOVA CEBALLOS se consignó “VER INFORME ANEXO AL EXPEDIENTE”<sup>22</sup>.*

Mediante Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002, el director de Impuestos y Aduanas Nacionales de la Regional Nororiental, sancionó entre otros, a la señora Gladys Cárdenas de Gelvis, con suspensión de 11 días en el cargo, de técnica III nivel 27 grado 15 del Grupo Pymes<sup>23</sup>.

A través de la Resolución 03776 del 11 de mayo de 2004, el director general de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, resolvió el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de los implicados, confirmando la decisión de primera instancia, por encontrarse a la actora responsable disciplinariamente de los cargos formulados<sup>24</sup>.

### 3.2 Caso concreto

En el asunto *sub examine* la señora Gladys Cárdenas de Gelvis demanda la nulidad de las providencias de apertura de investigación del 17 de julio de 2001, de cargos del 18 de marzo de 2002, los actos administrativos de primera y segunda instancia expedidos por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante los cuales fue sancionada disciplinariamente con suspensión de 11 días en el ejercicio del

<sup>22</sup> Folios 79 y 80 del cuaderno principal.

<sup>23</sup> Folios 87 al 119 del cuaderno principal

<sup>24</sup> Folios 16 al 35 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

cargo, al apartarse de las disposiciones contenidas en los artículos 706<sup>25</sup> y 779<sup>26</sup> del Estatuto Tributario, ya que no proyectó el requerimiento especial, ni levantó el acta de inspección tributaria para suspender el término de notificación de aquél; y, por haber actuado sin competencia en la división de fiscalización, al realizar el 3 de septiembre de 1999 un informe dentro de la investigación tributaria adelantada contra el contribuyente José Isnardo Prada Gómez, expediente TW969900390 y al realizar el 21 del mismo mes y año el auto de archivo 381 a favor del contribuyente citado.

Determinado el marco general objeto de *litis*, procede la Sala a estudiar los conceptos de violación de la demanda.

## **Violación de los derechos al debido proceso y a la defensa**

### **3.2.1 Indagación preliminar**

Indica la parte actora que mediante auto 038 del 29 de noviembre de 2000 se ordenó la indagación preliminar, y a través de la providencia 016 del 17 de julio de 2001 se dispuso la apertura de la investigación disciplinaria, transcurriendo un lapso aproximado de 8 meses, y no se puede contar el término de los 6 meses a partir del momento en que se avocó el conocimiento, auto 0012 del 30 de enero de 2001.

Se encuentra probado en el *sub examine* que el jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Nororiental mediante auto 038 del 29 de noviembre de 2000 dispuso indagación preliminar con el objeto de

<sup>25</sup> "ARTICULO 706. SUSPENSION DEL TÉRMINO. <Artículo sustituido por el artículo 251 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> El término para notificar el requerimiento especial se suspenderá: Cuando se practique inspección tributario de oficio, por el término de tres meses contados a partir de la notificación del auto que la decreta. Cuando se practique inspección tributaria a solicitud del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, mientras dure la inspección. También se suspenderá el término para la notificación del requerimiento especial, durante el mes siguiente a la notificación del emplazamiento para corregir"

<sup>26</sup> "ARTICULO 779. INSPECCIÓN TRIBUTARIA. <Artículo modificado por el artículo 137 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> La Administración podrá ordenar la práctica de inspección tributaria, para verificar la exactitud de las declaraciones, para establecer la existencia de hechos gravables declarados o no, y para verificar el cumplimiento de las obligaciones formales. Se entiende por inspección tributaria, un medio de prueba en virtud del cual se realiza la constatación directa de los hechos que interesan a un proceso adelantado por la Administración Tributaria, para verificar su existencia, características y demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, en la cual pueden decretarse todos los medios de prueba autorizados por la legislación tributaria y otros ordenamientos legales, previa la observancia de las ritualidades que les sean propias. La inspección tributaria se decretará mediante auto que se notificará por correo o personalmente, debiéndose en él indicar los hechos materia de la prueba y los funcionarios comisionados para practicarla. (...)".



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

verificar la ocurrencia de los hechos denunciados por la división de control interno, respecto a que *“en el expediente TW9699390 no se informó a investigaciones el vencimiento del expediente”*<sup>27</sup>; y, a través del auto 0016 del 17 de julio de 2001 la misma autoridad disciplinaria ordenó la apertura de investigación contra la actora y otros servidores, por las irregularidades presentadas en el proceso TW969900390 adelantado contra el contribuyente José Isnardo Prada Gómez<sup>28</sup>.

De las providencias referidas se establece que de la indagación preliminar a la apertura de investigación transcurrió un tiempo de 7 meses y 18 días, y el legislador en la Ley 200 de 1995 prevé un término de 6 meses para esta etapa, al establecer:

*“Artículo 141º.- Término. Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses.*

*La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos: al vencimiento de este término perentorio el funcionario sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente.”*

Conforme a lo anterior, no existe duda que el término de la indagación disciplinaria fue superado en las diligencias adelantadas contra la actora, sin embargo, esta situación temporal no impedía a la autoridad disciplinaria ejercer la potestad sancionatoria, ni genera nulidad de los fallos de primera y segunda instancia, ya que la acción disciplinaria tuvo como propósito el de investigar y sancionar las actuaciones irregulares ocurridas dentro del expediente tributario TW969900390 adelantado contra el contribuyente José Isnardo Prada Gómez, sin afectar el debido proceso y el derecho a la defensa a la actora.

Al analizar el lapso que fue excedido por la autoridad disciplinaria en la indagación preliminar, esto es del 29 de mayo al 17 de julio de 2001, cuando se dispuso la apertura de la investigación, la Sala determina que esta circunstancia se debió a la expedición del auto 0017 del 30 de abril de 2001,

<sup>27</sup> Folios 2 al 4 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>28</sup> Folios 134 al 140 del cuaderno de pruebas 1.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

con el cual se prorrogó en 3 meses la indagación preliminar, para que el funcionario investigador recaudara las pruebas que faltaban para el esclarecimiento de los hechos<sup>29</sup>, y que a la postre durante ese tiempo tampoco se practicó ninguna prueba, es decir, que la dilación ocurrió por no decidirse la apertura de la investigación una vez vencido el tiempo de la etapa de la indagación preliminar al darse los presupuestos fácticos para ello, esta situación conllevaría a una presunta falta disciplinaria para el funcionario instructor, pero no desencadena en la nulidad de los actos administrativos acusados por violación al debido proceso, conforme lo ha precisado la Sección Segunda del Consejo de Estado, al estudiar casos similares al del *sub lite* en vigencia de la Ley 734 de 2002, así:

*“El inciso 4.º del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 establece textualmente que «la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura», razón por la cual se puede afirmar que para contabilizar el término de duración de la etapa de indagación en los procesos disciplinarios debe observarse la fecha en la cual el funcionario disciplinario profiera el auto de apertura de la investigación o de archivo, según corresponda.*

*Resulta, entonces que, desde la apertura de la indagación preliminar a la apertura de la investigación disciplinaria transcurrieron 7 meses y 27 días, lo que quiere decir que la etapa de indagación se extendió por 1 mes y 27 días más de lo establecido en la ley prevista para tal fin, lo que impone concluir que durante el decurso del proceso disciplinario si existió una irregularidad respecto del término para adelantar la indagación preliminar por parte de la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, no obstante, contrario a lo que sostiene el demandante, esta irregularidad no afectó su debido proceso en tal medida que la decisión de sancionarlo resultare diferente.*

*Entiéndase que, si, hipotéticamente, el auto que ordenó la apertura de la investigación disciplinaria no se hubiere proferido el 28 de abril de 2011 sino el 1 de marzo de 2011, o sea el término de 6 meses para adelantar la indagación preliminar se cumpliera, la decisión determinada por la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá no sería diferente, por cuanto los presupuestos fácticos y jurídicos en los que se fundó la decisión de sancionar al demandado estuvieron debidamente acreditados y se logró demostrar la culpabilidad del sujeto pasivo de la acción disciplinaria<sup>30</sup>.*

<sup>29</sup> Folio 131 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>30</sup> Sentencia del 29 de agosto de 2018, Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández, radicado interno 4222-2015.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

En ese orden de ideas, si bien el artículo 29 de la Constitución Política dispone que el implicado tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, este contenido normativo conlleva a sostener que los términos y plazos en los procedimientos administrativos y judiciales no son indefinidos, por ende el ejercicio del poder sancionatorio del Estado debe circunscribirse dentro del lapso que establece el legislador, y en el caso de *sub examine* las dos instancias procesales se cumplieron en el término de prescripción que prevé el legislador de 5 años, de ahí que no obstante de superarse el lapso de la indagación preliminar no se afectó el debido proceso de la actora, por lo que este cargo no está llamado a prosperar.

### 3.2.2 Concurrencia de las causales de justificación de responsabilidad

Aduce la parte actora que se presentan las causales de justificación de responsabilidad disciplinaria consistentes en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente y el convencimiento errado que la conducta no constituía falta disciplinaria, ya que la orden de proyectar el auto de archivo la impartió el jefe de la división de fiscalización, Felix Antonio Quintero Chalarca y, al estar comisionada en la división de liquidación no perdía competencia para seguir laborando en la división de fiscalización tributaria.

Sobre este concepto de violación, la autoridad disciplinaria en el fallo de segunda instancia se pronunció de la siguiente manera:

*“En este orden de ideas, en tratándose de las situaciones administrativas en que se pueden encontrarse los servidores de la contribución, existen entre otras la comisión, como lo estableció el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución cuando señalo:*

*“SITUACIONES administrativas*

*Los servidores públicos de la contribución podrán encontrarse en una de las siguientes situaciones administrativas: (...) d. En comisión”.*

*“COMISIÓN. El funcionario se encuentra en comisión cuando por disposición de autoridad competente, ejerza las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede o atienda transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo del cual es titular”<sup>31</sup>.*

<sup>31</sup> Artículos 61 y 66 del Decreto 1072 del 26 de junio de 1999.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

La norma transcrita, presenta dos modalidades en las que puede estar incurso un funcionario que se encuentre en comisión, ejerciendo funciones propias de su cargo en lugar diferente de la sede, o atendiendo transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo del cual es titular, esta última fue la que cobijó a la señora CARDENAS DE GELVIS, durante el tiempo que estuvo en comisión en la División de Liquidación de la Administración Local de Impuestos de Cúcuta.

Queda claro entonces, que para el 21 de septiembre de 1999, GLADYS CARDENAS DE GELVIS, desempeñaba funciones en la División de Liquidación de la Administración Local de Impuestos de Cúcuta, como lo prueban las Resoluciones Nos 001 de agosto 3 de 1999 y 005 de octubre 04 de 1999 que reposan a folios 228 y 229 del plenario, por lo que no era consecuente, que proyectara el auto de archivo No 070631999000331 el 21 de septiembre de 1999, actuación esta que era competencia y función de la División de Fiscalización Tributaria, por ende lo debía desempeñar un funcionario adscrito a esa División, pues desde la fecha que fue comisionada para desempeñar funciones inherentes a la División de Liquidación, perdió competencia para adelantar actividades propias de la División a la cual pertenecía hasta ese momento, quedando transitoriamente (por el tiempo de la comisión), separada y/o desligada de las funciones que allí desempeñaba, pues existe un acto administrativo emitido por autoridad competente, donde le ordenaba prestar sus servicios en otra dependencia, por lo cual no es aceptable el argumento de la defensa.

Frente a la orden de autoridad competente, que para el caso equivale a la emitida por el Jefe de la División de Fiscalización, como lo dijera acertadamente el ad-quo (sic), dicha orden debe acreditar determinados requisitos para darle el alcance de orden legítima, es preciso señalar que la norma disciplinaria aplicable para la época de los hechos dice: "La conducta se justifica cuando se comete: (...) 3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales"<sup>32</sup>. Frente a dicha causal de justificación, la doctrina ha manifestado:

"Tres elementos fundamentales cabe destacar en esta causal: 1) que se trate de una orden y no de una sugerencia o solicitud, orden que debe ser emitida por quien tiene poder de dirección o de mando a quien se encuentra subordinado, 2) que la orden sea legítima, es decir, que su contenido sea lícito, que no signifique la comisión de una falta disciplinaria o de un hecho punible y, 3) que la orden sea emitida con las formalidades legales, esto es, que reúna los requisitos que la propia ley ha señalado para la válida producción del acto".

De donde se colige, que para que se configure dicha causal, deben acreditarse algunos requisitos, para el caso sub judice, la presunta orden fue emitida por FELIX QUINTERO, en calidad de Jefe de la División de Fiscalización, a GLADYS CARDENAS DE GELVIS, quien para la época en que se emitió el auto de archivo No 070631999000381, desempeñaba funciones en la División de Liquidación, por ende, no tenía el carácter de subordinada, del jefe de la División de Fiscalización porque el jefe inmediato de ella era el jefe de la División de Liquidación, tampoco fue una orden legítima, por lo que ella

<sup>32</sup> "Artículo 23 Ley 200 de 1995".



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

*no estaba en la obligación de cumplir, razones más que suficientes, para no aceptar tal apreciación, como causal de justificación de la conducta desplegada, por la disciplinada CARDENAS DE GELVIS<sup>33</sup>*

El legislador prevé las causales de justificación alegadas por la parte actora, en el artículo 23 de la Ley 200 de 1995, así:

*“De la justificación de la conducta. La conducta se justifica cuando se comete: (...) 3. En cumplimiento de orden legítimo de autoridad competente emitida con las formalidades legales.  
4. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria”.*

En el acervo probatorio está acreditado que la señora Gladys Cárdenas de Gelvis mediante la Resolución 001 del 3 de agosto de 1999, fue comisionada internamente para que prestara los servicios por el término de 60 días en la división de liquidación<sup>34</sup>, a partir de la fecha de la expedición del acto; es decir, que para el mes de septiembre de 1999 cuando ocurrieron los hechos objeto de la investigación disciplinaria, la actora cumplía funciones en comisión en la división de liquidación de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cúcuta.

La comisión de servicios la define en el artículo 66 del Decreto 1072 de 1999<sup>35</sup>, así: “[e]l funcionario se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerza las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o **atienda transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo del cual es titular**”. (Negrillas fuera del texto).

Entonces, al ser comisionada la demandante para ejercer temporalmente las funciones oficiales en la división de liquidación no podía atender las labores inherentes al empleo del cual era titular en la división de fiscalización, en virtud de la situación administrativa en la que se encontraba; sin embargo, está probado que el 3 de septiembre de 1999 la señora Gladys Cárdenas de

<sup>33</sup> Folios 32 y 33 del cuaderno principal.

<sup>34</sup> Folio 234 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>35</sup> “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

Gelvis estando en comisión en la división de liquidación actuó en la división de fiscalización elaborando dentro del expediente TW969900390 el informe sobre el contribuyente José Isnardo Prada Gómez, en el que se indicó, “se procede a dictar auto de archivo al expediente respectivo”<sup>36</sup> y, posteriormente, el 21 de septiembre de 1999 realizó el auto de archivo 070631999000381 del citado proceso tributario, siendo suscrito por el jefe de la división de fiscalización<sup>37</sup>.

En ese orden de ideas, las explicaciones rendidas por la parte actora no se enmarcan dentro de las causales alegadas para justificar la conducta disciplinaria, pues no concurren los requisitos establecidos para que se configuren estas excepciones.

En efecto, para los días 3 y 21 de septiembre de 1999, la señora Gladys Cárdenas de Gelvis no dependía de la jefatura de la división de fiscalización, ya que estaba en comisión de servicios en otra dependencia, por ende jerárquicamente no estaba subordinada al jefe de la división de fiscalización, ni tenía competencia para desarrollar las labores en la división en la cual tenía la titularidad del cargo, por ende no podía aceptar las órdenes del jefe de aquella dependencia, por esta razón no concurren los presupuestos para declarar, en favor de la demandante, el eximente de responsabilidad, en cumplimiento de la orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, contenida en el numeral 3 del artículo 23 de la Ley 200 de 1995.

En lo concerniente a que la actora actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, esta causal requiere para determinar la ausencia de responsabilidad disciplinaria, que el sujeto procesal haya ejecutado todos los actos correspondientes a verificar que su actuación no constituía falta disciplinaria, y en el caso *sub examine* no existe prueba de ello, pues la parte actora argumentó “que cuando es en comisión el funcionario sigue con las funciones de su

<sup>36</sup> Folio 111 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>37</sup> Folio 113 del cuaderno de pruebas 1.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

*puesto en propiedad, así las cosas Gladys Cárdenas de Gelvis no era incompetente para emitir el auto de archivo. Es el mismo y me permito traer a colación el caso de los inspectores de policía cuando son comisionados por los jueces ellos no pierden sus funciones originales*<sup>38</sup>.

Así entonces, la implicada no acreditó que realizó las consultas e investigaciones necesarias para determinar que en la situación administrativa de comisión servicios no perdía la competencia laboral del cargo que era titular, con el fin de demostrar que el error alegado era invencible, es decir, que humanamente le fue imposible esclarecer que en comisión de servicios no podía seguir desarrollando las funciones propias de la división de fiscalización, y en tal virtud actuó de buena fe.

Por otra parte, la comisión a que alude la actora con el ejemplo del inspector de policía, no es de comisión de servicios correspondiente a la situación administrativa en la que se hallaba la sancionada, sino es una comisión para la práctica de una diligencia judicial, que es exclusivamente para un acto concreto, es una actuación de colaboración, que dista de la comisión de servicios dada dentro de una misma entidad, por estas razones no encuentra la Sala que se hubiese presentado la causales de justificación de responsabilidad alegadas por la implicada, tal como lo determinó la autoridad disciplinaria.

### **3.2.3 No existió congruencia entre los hechos objeto de indagación preliminar y la investigación**

Afirma la parte actora, que la investigación se extendió a hechos distintos a los que fue objeto la indagación preliminar, ordenada en el auto 038 del 29 de noviembre de 2000.

Dentro del *sub lite* está demostrada que la autoridad disciplinaria ordenó la indagación preliminar a través del auto 038 del 29 de noviembre de 2000, por las presuntas irregularidades en el área de fiscalización consignadas en

<sup>38</sup> Folios 6 y 7 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

el informe de queja, “consistentes en que en el expediente TW969900390 de JOSE INSNARDO PRADA GOMEZ, C.C. 13.249.954, periodo gravable 1996, se adelantó inspección tributaria sin la debida notificación, por lo cual no hubo suspensión de términos, habiéndose proferido auto de archivo por vencimiento, (...)”<sup>39</sup>.

El 17 de julio de 2001, la jefa de la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Nororiental, dispuso la apertura de la investigación contra la actora y otros servidores de la DIAN, por los hechos relacionados con el auto de archivo del expediente tributario adelantado en contra del contribuyente José Isnardo Prada Gómez<sup>40</sup>.

Con el auto de cargos 0002 del 18 de marzo de 2002, le reprocharon a la señora Gladys Cárdenas de Gelvis que en el proceso adelantado contra el contribuyente José Isnardo Prada Gómez no levantó el acta de inspección tributaria como lo establece el artículo 779 del Estatuto Tributario, ni proyectó el requerimiento especial durante el tiempo que estuvo facultad para realizar dichas actuaciones, hasta antes de ser comisionada por servicios a la división de liquidación; sin embargo, en esa situación administrativa y, careciendo de competencia dentro del expediente TW969900390 seguido contra el señor José Isnardo Prada Gómez produjo un informe el 3 de septiembre de 1999, en el que consignó que actuaba como funcionaria adscrita a la división de fiscalización tributaria, y laboró el auto de archivo 381 del 21 de septiembre de ese mismo año, suscrito por el jefe de la división<sup>41</sup>.

Conforme a lo anterior, la Sala establece, que el principio de congruencia se respecto en la acción disciplinaria que se adelantó contra la señora Gladys Cárdenas de Gelvis, en razón que el marco fáctico estuvo encuadrado en las actuaciones irregulares que se denunciaron en el informe de queja que dio origen a la indagación preliminar, a la apertura de investigación y, a la

<sup>39</sup> Folio 4 del cuaderno principal.

<sup>40</sup> Folios 134 al 140 del cuaderno principal.

<sup>41</sup> Folios 79 y 80 del cuaderno principal.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

formulación del pliegos de cargos. En otras palabras, la investigación y los fundamentos de responsabilidad de los fallos sancionatorios fueron concordantes respecto de las actuaciones ejecutadas por la implicada antes de la comisión de servicios y durante ésta en el expediente tributario TW969900390 seguido contra el señor José Isnardo Prada Gómez.

En ese orden de ideas, la parte actora no logró demostrar el concepto de violación alegada, pues se itera que a la señora Gladys Cárdenas de Gelvis los cargos se endilgaron exclusivamente por las actuaciones que se dieron en el expediente TW969900390, y no por otro proceso tributario.

#### **3.2.4 Indebida notificación del fallo disciplinario de primera instancia**

Aduce la parte actora que el 11 de septiembre de 2002 por intermedio del correo postal se le citó para notificarle la Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002, concediéndole 8 días para comparecer, los cuales vencían el 20 de septiembre de ese año, y ese día se presentó en la DIAN de Cúcuta, observando que el día anterior, 19 de septiembre se fijó el edicto para notificarlo, es decir, se contaron los términos *“a partir de la elaboración del oficio a máquina y no la del envió por correo como lo exige la norma”*<sup>42</sup>.

Agrega, que el 2 de septiembre de 2002 se expidió el auto comisorio 0075, por lo que la notificación era por comisionado, debiendo aplicar el artículo 90 de la Ley 200 de 1995, que establece un término de 20 días y no de 8.

Además, si la notificación se hacía por el artículo 88 de la Ley 200 de 1995, se debió acompañar el acto sancionatorio y, advertir que recurso podía interponerse.

En el *sub examine* está probado que mediante la Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002 se falló en primera instancia la acción disciplinaria adelantada entre otros, contra la señora Gladys Cárdenas de Gelvis<sup>43</sup>; con

<sup>42</sup> Folios 8 del cuaderno principal

<sup>43</sup> Folios 380 al 412 del cuaderno de pruebas 1.



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

auto 0075 del 2 de septiembre de 2002 la jefa de la División de Investigaciones Disciplinarias Regional Nororiental comisionó a la Administradora de Impuestos de Cúcuta para que notificara a los sujetos procesales del acto administrativo referido<sup>44</sup>.

Con oficio 3 de septiembre de 2002, la jefa de la División de Investigaciones Disciplinarias Regional Nororiental le informa a la Administradora de Impuestos de Cúcuta que mediante auto 0075 del 2 del mes y año citados, se comisionó para que notifique personalmente o por edicto a los apoderados de los sancionados de la Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002<sup>45</sup>.

A través del oficio 8107001-I-1559-13014 la Administradora de Impuestos de Cúcuta citó al apoderado de la señora Gladys Cárdenas de Gelvis para notificarle la Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002, en cumplimiento de la comisión impartida en el auto 0075 del 2 de septiembre de 2002<sup>46</sup>.

La Administradora de Impuestos de Cúcuta el 19 de septiembre de 2002, dejó constancia que siendo las 6 pm del día anterior, 18 de septiembre de 2002, los apoderados de los implicados no comparecieron a notificarse del acto administrativo de primera instancia<sup>47</sup>.

El 19 de septiembre de 2002 a las 7:30 am, se fijó el edicto transcribiendo toda la parte resolutive de la Resolución 011 del 30 de agosto de 2011, y se desfijó el edicto el 23 de septiembre de 2002<sup>48</sup>.

El 24 de septiembre de 2002, el apoderado de la actora le solicitó a Administradora de Impuestos de Cúcuta la copia de la Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002<sup>49</sup>, y este mismo día se le entregó al abogado de la

<sup>44</sup> Folio 413 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>45</sup> Folios 414 y 415 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>46</sup> Folio 418 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>47</sup> Folio 431 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>48</sup> Folios 432 y 433 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>49</sup> Folio 437 del cuaderno de pruebas 1.



Número interno: 1930-2011  
 Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis  
 Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

sancionada el acto administrativo de primera instancia, conforme da cuenta la constancia realizada para el efecto<sup>50</sup>.

El 25 de septiembre de 2002, el apoderado de la señora Gladys Cárdenas de Gelvis, interpuso y sustentó el recurso de apelación “*contra la resolución No 0011 de agosto 30 del 2002 emanada de su despacho notificada por edicto fijado el 19 de septiembre del 2002 y desfijado el 23 de septiembre a las 6:00 pm, por medio del cual impone a mi patrocinada sanción de suspensión por once (11) días en el ejercicio del cargo sin derecho a remuneración*”<sup>51</sup>. Y, con auto 0016 del 8 de octubre de 2002 se concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la resolución referida, quien lo presentó y sustentó en tiempo, pues el plazo vencía el 30 de septiembre de 2002<sup>52</sup>.

Con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la actora, el director general de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección Impuestos y Aduanas Nacionales mediante la Resolución 03776 del 11 de mayo de 2004, desató el recurso de apelación confirmando la sanción impuesta a la demandante al encontrar probado los hechos objeto de los cargos formulados.

De la relación procesal efectuada por la autoridad comisionada para llevar a cabo la notificación personal o por edicto del fallo de primera instancia al apoderado de la demandante, la Sala determina, que no se desconocieron los derechos al debido proceso y a la defensa de aquélla.

Según el artículo 85 de la Ley 200 de 1995<sup>53</sup> los fallos deben ser notificados personalmente, y de acuerdo con el inciso segundo del artículo 88 *ibídem*<sup>54</sup>, si

<sup>50</sup> Folio 439 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>51</sup> Folios 441 al 445 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>52</sup> Folios 478 y 479 del cuaderno de pruebas 1.

<sup>53</sup> “ARTICULO 85. NOTIFICACION PERSONAL. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las providencias señaladas en el inciso 1o., del artículo anterior se notificarán personalmente”. “ARTICULO 84. PROVIDENCIAS QUE SE NOTIFICAN. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Sólo se notificarán las siguientes providencias: el auto de cargos, el que niega la práctica de pruebas, el que niega el recurso de apelación y los fallos”.

<sup>54</sup> “ARTICULO 88. PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACION POR EDICTO. Una vez producida la decisión se citará inmediatamente al disciplinado, por medio eficaz y adecuado a la entidad donde trabaja o a la última dirección



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

vencido el término de 8 días a partir del envío de la citación a los sujetos procesales, éstos no comparecen a notificarse, se fijará edicto por el término de 3 días para notificar la providencia de primera instancia, y a partir de éste día tendrán 5 días para interponer y sustentar el recurso de apelación, conforme lo preceptúa el artículo 97 del Código Disciplinario Único<sup>55</sup>.

En el *sub lite* está probado que, el 9 de septiembre de 2002 la DIAN citó al apoderado de la señora Gladys Cárdenas para notificarle la Resolución 0011 del 30 de agosto de 2002 concediéndole un término de 8 días, los cuales vencían el 18 de septiembre de ese año, y al no comparecer en esa oportunidad, se fijó el edicto desde el 19 al 23 de septiembre de 2002, y a partir del día siguiente del día de desfijación del edicto tenía 5 días la defensa técnica para presentar y sustentar el recurso de apelación, actuación que la hizo el 25 de septiembre de 2002, es decir, dentro de la oportunidad procesal; de ahí, que la notificación se hizo en legal forma, respetando los plazos para interponer el recurso de apelación, el cual fue resuelto de manera desfavorable para la parte actora.

Ahora bien, en cuanto que se debió aplicar el artículo 90 de la Ley 200 de 1995<sup>56</sup>, por cuanto la notificación era por comisionado, la Sala precisa, que es potestativo de la autoridad disciplinaria acudir a esta norma; y, si bien, el director de Impuestos y Aduanas Nacionales de la Regional Nororiental no aplicó esta disposición cuando comisionó a la Administradora de Impuestos Nacionales de Cúcuta, se debe a que la DIAN de Cúcuta pertenece a Regional Nororiental, y en esa ciudad laboraba la demandante y debía notificarse al

---

*registrada en su hojá de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, con el objeto de notificarle el contenido de aquélla y, si es sancionatoria, hacerle conocer los recursos que puede interponer. Se dejará constancia secretarial en el expediente sobre el envío de la citación. Si vencido el término de ocho (8) días a partir del envío de la citación, no comparece el citado, en la secretaría se fijará edicto por el término de tres (3) días para notificar la providencia. Cuando el procesado ha estado asistido por apoderado con él se surtirá la notificación personal, previo el procedimiento anterior".*

<sup>55</sup> "ARTICULO 97. OPORTUNIDAD PARA INTERPONERLOS. Los recursos se podrán interponer y deberán sustentarse desde la fecha en que se dictó la providencia hasta el término de cinco (5) días, contados a partir de la última notificación. Si ésta se hizo en estrados la impugnación y sustentación sólo procede en el mismo acto.

<sup>56</sup> "ARTICULO 90. NOTIFICACION POR FUNCIONARIOS COMISIONADO. Si la notificación personal debe realizarse en sede diferente a la del funcionario competente, éste podrá remitir copia de la providencia al jefe de la oficina de la entidad disciplinaria o a la que esté vinculado el disciplinado y, subsidiariamente, al personero municipal del lugar en que se encuentre el disciplinado o su apoderado, según el caso, para que la surta. En este evento, el término será de veinte (20) días hábiles y las formalidades serán las señaladas en este Código. Vencido el término anterior sin que se tuviere constancia de la notificación, se procederá a surtirla por edicto".



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis  
DIAN-

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –

apoderado de la sancionada, por ello no era necesario acudir al personero municipal, donde si sería viable conceder el término de los 20 días a que alude la disposición. Empero, se insiste que la DIAN en ejercicio de la potestad disciplinaria notificó en legal forma al defensor de la actora atendiendo los artículos ya referidos, sin desconocer los derechos alegados en la demanda.

En ese orden de ideas, en el *sub examine* no se presentó violación a los derechos al debido proceso y a la defensa, ya que la DIAN en los fallos acusados centró la responsabilidad de la actora en el marco fáctico del comportamiento endilgado, y se allanó al cumplimiento del procedimiento previsto en la Ley 200 de 1995.

### 3.3 Otras providencias demandadas

La Sala precisa que los autos de apertura de investigación y el auto de cargos son providencias de trámite que no son demandables ante la jurisdicción, por cuanto éstos no son actos administrativos, ya que no se toma decisión alguna, razón por la cual no son objeto de control judicial, conforme lo ha sostenido en el Consejo de Estado, al indicar:

*“Bajo ese contexto, dentro de la clasificación de los actos administrativos, los Autos de 15 de enero de 1997 y de Pliego de Cargos de 27 de enero de 1998, expedidos por el Procurador Departamental de Norte de Santander, son unos actos preparatorios, que se definen como “aquellos que adopta la administración para tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un asunto”, lo que significa, que al no definir la cuestión sujeta a análisis resulta no demandable ante la jurisdicción, pues si bien tiene un carácter resolutorio al formular unos cargos, no es definitivo, por ende, advierte la Sala que el control judicial del sub lite no se hará sobre estos actos”<sup>57</sup>.*

### III. DECISIÓN

De acuerdo con lo anterior, la Sala mantiene la legalidad de los actos administrativos demandados, proferidos por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

<sup>57</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2015, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 11001-03-25-000-2011-00469-00 (1798-2011).



Número interno: 1930-2011

Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

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 de Colombia y, por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO. DECLARAR PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta en la contestación de la demanda por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo argumentado en la parte considerativa.

**SEGUNDO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN-.

**TERCERO. NEGAR** las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Gladys Cárdenas de Gelvis contra la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- , según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO.** Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

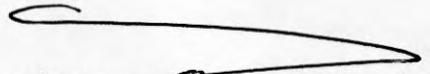
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

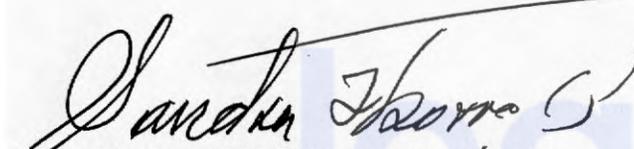
**CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



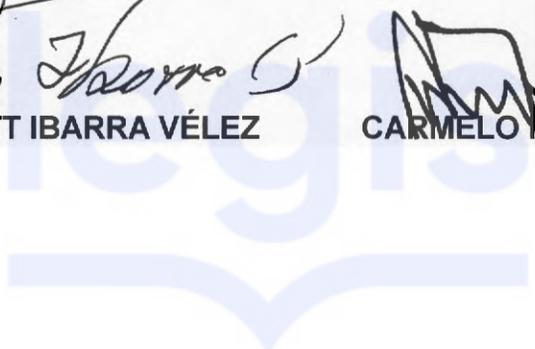
Número interno: 1930-2011  
Demandante: Gladys Cárdenas de Gelvis

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

  
~~CÉSAR PALOMINO CORTÉS~~

  
SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

  
CARMELO PERDOMO CUÉTER



legis

