CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018) SE. 016

Radicado: 11001032500020130029600 (0644-2013)
Actora: Gladys María Manzano de Castañeda
Demandado: Nación, Superintendencia de Notariado y Registro
Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984[1], que se tramitó en virtud de la demanda interpuesta por la señora Gladys María Manzano de Castañeda en contra de la Nación, Superintendencia de Notariado y Registro.

LA DEMANDA[2]

Pretensiones

Solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos en su integridad:

[1] Vigente para la época de la demanda.
[2] Ff. 1A-24.

1) Resolución 6113 del 4 de octubre de 2006[3] proferida por la Dirección de Vigilancia de la Superintendencia Delegada para el Notariado y Registro, mediante la cual se falla en primera instancia el proceso disciplinario 310-2002, sancionando a la hoy demandante con suspensión de cinco meses en el ejercicio del cargo de Notaria Única del Círculo de La Plata, Huila.

2) Resolución 4789 del 17 de julio de 2007[4] proferida por el superintendente de Notariado y Registro, por medio de la cual se modifica la sanción de primera instancia, reduciendo la suspensión en el ejercicio del cargo a dos meses.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

- Declarar que, para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio público.

- Condenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir mientras se hizo efectiva la sanción de suspensión ya aludida.

- Condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales causados por las decisiones disciplinarias sancionatorias.

- Ordenar la actualización de las anteriores condenas de acuerdo al IPC.

- Disponer que la condena se ejecute conforme a lo previsto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

- Que se condene en costas a la Nación, Superintendencia de Notariado y Registro.

Fundamentos fácticos

1. La señora Gladys María Manzano de Castañeda se desempeñaba como notaria única del circuito de La Plata, cargo en el cual cumplió con los mandatos contenidos en los artículos 20 y 21 del Decreto 2795 de 2001 con relación al pago del impuesto sobre las ventas y consignación de la retención en la fuente, correspondientes al año 2002.

2. Según la Superintendencia de Notariado y Registro, la hoy demandante no cumplió dichas obligaciones en forma oportuna, lo que en su criterio

[3] Ff. 132-142.
[4] Ff. 143-158.

constituye una falta disciplinaria por violación de los deberes sustanciales que corresponden a todos quienes ejercen el cargo de notario.

3. En proceso disciplinario seguido en contra de la actora, la Superintendencia decidió sancionarla en primera instancia con suspensión en el ejercicio del cargo por cinco meses, término que sería reducido a dos meses en segunda instancia.

4. La conducta formal que se le reprocha a la señora Gladys María Manzano de Castañeda no desconoce ninguno de los deberes funcionales que conforme a los artículos 95 y 96 del Decreto Ley 960 de 1970 tenía a su cargo como notaria. Además, de acuerdo con los artículos 1608, 1610, 1613 y 1614 del Código Civil, aquella conducta quedó purgada a través del pago de los intereses de mora previstos en los artículos 634, 635 y 636 del Estatuto tributario, intereses que constituyen la única sanción que contempla la ley en caso de que los recaudadores de impuestos o autorretenedores incurran en retardo.

5. La autoridad disciplinaria consideró que las normas del Código Civil y las del Estatuto Tributario no son aplicables en materia disciplinaria ya que la Ley 734 de 2002 constituye un cuerpo normativo autónomo e independiente, con lo que no está de acuerdo la demandante.

6. Para defender su punto de vista, aludió a la providencia del 27 de mayo de 1993 proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la cual citó en los siguientes términos: «[…] una de las llamadas causales de justificación del hecho que implica que la conducta típica se repute valiosa para el ordenamiento jurídico es, según el art. 29 numeral 3 del C.P., el actuar “el (sic) legítimo ejercicio de un derecho” […]». De igual manera, hizo mención a la sentencia de tutela SU 1122 de 2001, en la cual la Corte Constitucional indica que la Constitución Política debe analizarse en conjunto, haciendo uso de una interpretación sistemática.

Normas violadas y concepto de violación

Para la demandante los actos administrativos sancionatorios acusados desconocen los artículos 15, 29, 53 y 228 de la Constitución Política; 85 del Código Contencioso Administrativo; 1608, 1610, 1613 y 1614 del Código Civil; 634, 635, 636, 637 y 665 del Estatuto Tributario, con la modificación que introdujo el artículo 15 de la Ley 383 de 1997; y 4, 5, 6, 9, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Ley 734 de 2002.

Primer cargo: Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa. Señaló que la sanción que se le impuso fue fundamentada por la autoridad sancionadora en las moras que presentó en el pago del impuesto a las ventas y de la retención en

la fuente durante el año 2002, en contravía de los artículos 20 y 21 del Decreto 2797 (sic)[5] de 2001.

Seguidamente, explicó que la tardanza en la que incurrió no resultaba reprochable como quiera que el Estatuto Tributario y el Código Civil la facultaban para desconocer las fechas de vencimiento establecidas por el Gobierno Nacional, siempre que esta conducta se subsanara con el pago de intereses moratorios, argumento que no fue de recibo por el titular de la acción disciplinaria bajo el entendido que el derecho disciplinario es autónomo e independiente del derecho civil y del derecho penal.

La demandante se aparta de este razonamiento porque los fallos demandados no se pronunciaron sobre la culpabilidad, ni presentaron un análisis completo y sistemático de las circunstancias en que se desarrolló la conducta ni de los antecedentes de la funcionaria investigada. Adujo que ello derivaba en la violación del principio de congruencia entre lo probado y lo decidido y, en consecuencia, una violación al principio fundamental del debido proceso por indebida motivación de los actos administrativos.

De otro lado, afirmó que se desconoció el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 relativo a la proscripción de todo tipo de responsabilidad objetiva en materia disciplinaria.

Otro de los criterios en que la demandante apoyó su defensa es que el ordenamiento jurídico es uno solo, de manera que no pueden coexistir dos normas que consagren una permisión y una prohibición simultánea sobre una misma materia. Respecto de la unidad del sistema normativo y la prelación de la parte dogmática de la Constitución Política sobre la orgánica, citó la sentencia T-116 de 2004.

Además, agregó que su conducta era atípica como quiera que no se adecuaba a ninguno de los comportamientos que la Ley 734 de 2002 y el Decreto 960 de 1970 definen como deber sustancial, lo que torna los fallos disciplinarios en violatorios del derecho al debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la primacía del derecho sustancial sobre el formal, el buen nombre y el derecho al trabajo.

Se apoyó en la doctrina y en la jurisprudencia del Consejo de Estado para enfatizar en el hecho de que la violación formal de un deber que en lo sustancial no ha sido afectado, no conlleva más que a una mera apariencia de ilicitud que, en consecuencia, impone desvirtuar la infracción disciplinaria.

Segundo cargo: Falsa motivación. Alegó que los motivos que fundamentan los fallos disciplinarios no se corresponden con la decisión tomada en ellos como quiera que la conducta que se le reprocha a la señora Gladys María Manzano de

[5] Hace referencia al Decreto 2795 de 2001.

Castañeda está respaldada por el Código Civil y el Estatuto Tributario a través del pago de intereses moratorios que purguen la mora.

A renglón seguido, señaló que la recaudación de impuestos o de autorretención de los mismos no constituye un deber funcional de los notarios en Colombia ya que no se encuentra contenido en los artículos 95 y 96 del Decreto 960 de 1970. Explicó que la norma que establece ese deber formal se encuentra en el Estatuto Tributario, que establece como única sanción para la mora el pago de intereses moratorios. En ese sentido, considera que la consagración de tales intereses constituye una permisión legal para violar los términos fijados por el Gobierno Nacional para el pago del impuesto de ventas y la retención en la fuente.

SUSPENSION PROVISIONAL

Mediante auto del 28 de julio de 2014[6], el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, además de admitir la demanda, denegó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados por considerar que dicha solicitud requería de un análisis de fondo y probatorio que no era dable en una etapa procesal tan temprana. Esta decisión no fue recurrida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[7]

La Superintendencia de Notariado y Registro no presentó contestación a la demanda. En su lugar, se recibió un memorial en el que el Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó contestar la demanda proponiendo como medio exceptivo el de falta de legitimación en la causa por pasiva toda vez que el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro ostenta la representación judicial del Consejo Superior de la Carrera Notarial, según lo establece el artículo 1 de la Resolución 5805 del 29 de agosto de 2011.

Además, añadió que, por disposición del Decreto 2158 de 1992, la Superintendencia de Notariado y Registro es una entidad pública con personería jurídica propia y autonomía administrativa y presupuestal.

Por último, hizo mención a los artículos 113 y 123 de la Constitución Política; 137 del Código Contencioso Administrativo; 49 de la Ley 446 de 1998; 1 y 8 del Decreto 2158 de 1992; 1 y 11 del Acuerdo 2 del 22 de noviembre de 2006 del Consejo Superior.

[6] Ff. 181-186.
[7] Ff. 199-203.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes hizo uso de esta oportunidad procesal, según puede observarse en la constancia secretarial que obra en el folio 215 del expediente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Se abstuvo de rendir concepto dentro del presente trámite judicial.

CONSIDERACIONES

ANOTACIÓN PRELIMINAR

Antes de dar paso al estudio de fondo del caso, resulta relevante establecer que (i) el Ministerio de Justicia y del Derecho no es parte dentro del presente proceso y, en consecuencia, (ii) la demanda debe tenerse por no contestada. Dichas conclusiones encuentran respaldo tanto en el plano fáctico como en el jurídico, según las siguientes consideraciones:

- La demanda[8] instaurada por la señora Gladys María Manzano de Castañeda se dirigió contra la Nación, Superintendencia de Notariado y Registro.

- La misma fue admitida mediante auto del 28 de julio de 2014 en el que se ordenó notificar «[…] personalmente al Superintendente de Notariado y Registro, o a quien haga sus veces […]»[9].

- En acta del 17 de octubre de 2014[10] quedó plasmada la notificación del auto admisorio de la demanda al jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, el señor Marcos Jaher Parra Oviedo[11].

- En el expediente reposa un memorial en el que el Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó contestar la demanda, proponiendo como excepción la de falta de legitimación en la causa por pasiva[12].

- No se recibió escrito alguno de parte de la Superintendencia de Notariado y Registro en el que se le diera alcance a la demanda promovida en contra suya.

---

[8] Ff. 1 A – 24.
[9] Ff. 181-186.
[10] F. 187.
[11] Ff. 188-193.
[12] Ff. 199-203.

- Al analizar los artículos 38, numeral 2, literal c) de la Ley 489 de 1998 y 1 del Decreto 2163 de 2011, vigente para la fecha en que se trabó la presente *litis*[13], se concluye que la naturaleza jurídica de la Superintendencia en cuestión da cuenta de una entidad que hace parte del sector descentralizado por servicios la rama ejecutiva, es un organismo técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial.

- Según el artículo 4 del Decreto 2163 de 2011, «La dirección y administración de la Superintendencia de Notariado y Registro estará a cargo de un Consejo Directivo y del superintendente de Notariado y Registro, quien para todos los efectos será su representante legal.»

- El artículo 14 *ibidem*, numeral 15, faculta de manera expresa al Superintendente para que delegue en la Oficina Asesora Jurídica, la cual hace parte de su despacho, la atención de asuntos judiciales y extrajudiciales en los que sea parte o tenga interés la ya referida Superintendencia.

- A través de la Resolución 10596 del 7 de noviembre de 2012[14], el superintendente de Notariado y Registro decidió delegar en el jefe de la Oficina Asesora Jurídica la atención de los asuntos judiciales y extrajudiciales en que sea parte o tenga interés la entidad.

De lo anterior, es preciso señalar que debido a que la Superintendencia de Notariado y Registro goza de personería jurídica y su representación legal para asuntos judiciales se encuentra radicada en el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la misma entidad, su notificación y, por ende, su vinculación como parte del presente proceso es válida y tiene plenos efectos, sin que su contumacia vicie en modo alguno el trámite adelantado hasta ahora.

En ese orden de ideas, el hecho de que ese organismo estuviere adscrito al Ministerio del Interior y Justicia por disposición del artículo 2 del Decreto 2163 de 2011 no desdice en absoluto de la capacidad jurídica que tenía la Superintendencia de Notariado y Registro para hacerse parte directamente.

Por tal motivo, resulta necesario tener por no contestada la demanda y dejar claridad sobre la exclusión de aquel Ministerio como parte procesal del *sublite* e incluso como tercero ya que del escrito que presentó no se advierte si quiera una mínima intención de intervenir en el proceso a efectos de generar coadyuvancia u oposición a las pretensiones de la demanda, limitándose a exponer una defensa basada única y exclusivamente en una falta de legitimación en la causa por

[13] Actualmente, la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentra regulada en el Decreto 2723 de 2014.
[14] Ff. 188-190.

pasiva, que alegó en su creencia errada de estar siendo el sujeto pasivo del presente proceso judicial.

BREVE RECUENTO DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la Superintendencia de Notariado y Registro en contra de la señora Gladys María Manzano de Castañeda se formuló un único cargo disciplinario por el que se le sancionó. La hoy demandante fue hallada responsable de incumplir con sus obligaciones como notaria única del Círculo de La Plata, Huila, al cancelar en forma extemporánea a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el impuesto de IVA y la retención en la fuente, entre los meses de enero y octubre de 2002. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio.

PLIEGO DE CARGOS[15] -16 de mayo de 2003-	**ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO -4 de octubre de 2006[16] modificado parcialmente el 17 de julio de 2007[17]-**
Cargo único: «[…] no consignó en oportunidad legal los dineros percibidos de los usuarios por concepto del impuesto de Iva y Retención en la Fuente durante el periodo señalado, lo que demuestra que la doctora GLADYS MARIA MANZANO DE CASTAÑEDA incumplió la normatividad legal vigente, por cuanto dejó de cumplir sus obligaciones de presentar y cancelar los recibos oficiales a la institución autorizada, como lo señala el Decreto 2795 de 2001 para pagar las obligaciones tributarias del año 2002 […]» Falta imputada: La transgresión de los deberes previstos en los artículos 375, 398, 574, 579, 603 y 604 del Estatuto Tributario; el artículo 20 del Decreto 2795 de 2001; el artículo 121, literal *c*), del Decreto Reglamentario 2148 de 1993; el artículo 198, numerales 11 y 13, del Decreto Ley 960 de 1970; y las Instrucciones Administrativas 17 del 4 de octubre de 2000 y 1-26 del 1 de junio de 2001. - Calificación provisional de la falta: Grave a título de dolo.	<u>Resolución 6113 del 4 de octubre de 2006, por la cual se falla en primera instancia:</u> «[…] PRIMERO. Sancionar a la doctora Gladys María Manzano de Castañeda […] con una suspensión de cinco meses en el ejercicio del cargo de notaria única del Círculo de La Plata, Huila […]» En esta decisión se sostuvo que «[…] con su conducta omisiva al no cancelar oportunamente lo correspondiente a la retención en la fuente y el IVA a favor de la DIAN, en los meses de enero a octubre del año 2002, generó un incumplimiento respecto a la obligación que tienen los Notarios de recaudar o retener a favor del Estado un determinado tributo, los cuales deberán ser cancelados dentro de los términos consagrados en la ley tributaria, además de dicho estatuto tributario existen otras normas que le exigen al Notario darle estricto cumplimiento a dicha obligación […]» <u>Resolución 4789 del 17 de julio de 2007, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación:</u> «[…] Modificar la resolución número 6113 del 4 de octubre de 2006 […] en cuanto sancionó con suspensión de cinco (5) meses en el ejercicio del

[15] Ff. 52-58.
[16] Ff. 132-142.
[17] Ff. 143-158.

	cargo […] en su lugar, se le sanciona con suspensión de (2) meses en el ejercicio del cargo […]»

Estructura de la falta disciplinaria.

El ente sancionador explicó que la falta cometida por la funcionaria está dada por la violación de los artículos 121, literal c), del Decreto Reglamentario 2148 de 1993; 375, 376, 398, 574, 579, 603 y 604 del Estatuto Tributario; y las Instrucciones Administrativas 17 del 4 de octubre de 2000 y 1-26 del 1 de junio de 2001.

Para el titular de la acción disciplinaria, lo anterior se tradujo en la configuración de las faltas previstas en el artículo 198, numerales 11 y 13, del Decreto Ley 960 de 1970.

Comportamientos reprochados.

La valoración de las pruebas por parte de la autoridad disciplinaria le condujo a concluir que el IVA de los periodos 01, 02, 03, 04 y 05 del año 2002, correspondiente a los meses transcurridos entre enero y octubre de dicha anualidad, fue declarado por la disciplinada más no pagado en las fechas que fijó el Gobierno Nacional, por lo que al momento de saldar la mencionada obligación tuvo que cancelar el valor de la mora por extemporaneidad. Asimismo, aseveró respecto de la retención en la fuente que también hubo una demora en su pago, aunque mínima, para lo cual hizo énfasis en la declaración de enero de 2002, presentada el 15 de febrero y pagada el 7 de marzo del mismo año, y la de octubre de 2002, presentada el 15 de noviembre y pagada el 6 de diciembre de esa anualidad.

Sobre esta materia, explicó que la obligación que establece el Estatuto Tributario en cabeza de los agentes retenedores debe acatarse en forma estricta como quiera que su desconocimiento afecta el patrimonio económico de la Nación, lo que se traduce en que la disciplinada incumplió un deber funcional inherente al ejercicio de su función como Notaria.

Seguidamente, señaló que la hoy demandante no se encontraba autorizada para administrar ni para disponer esos dineros tenían carácter público, lo que significa que frente a ellos solo le era dable su cobro y consignación a favor de la DIAN.

Al analizar el argumento de defensa de la señora Gladys María Manzano de Castañeda, según el cual el artículo 22 de la Ley 323 de 1997 le concedía un plazo de pago de dos meses contados a partir de aquel en que se hizo la retención, el titular de la acción disciplinaria estimó que el ámbito de aplicación de

la norma anunciada era el penal por lo que no resultaba admisible hacerlo valer en materia disciplinaria.

Aunado a lo anterior, los fallos sancionatorios consideraron que el cargo de notario envuelve una dignidad especial, que le imponía a la disciplinada dar ejemplo en cuanto al cumplimiento de sus deberes inherentes al cargo y a la normativa que regula su actividad. Consideró que tal proceder afectó la eficiencia el servicio notarial y atentó contra el buen funcionamiento del Estado.

Con base en ello, concluyó que la conducta reprochada era típica, antijurídica y culpable, y que no había mediado causal alguna de eximente de responsabilidad disciplinaria.

PRECISIÓN PREVIA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado[18], se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia. En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad sancionadora que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

> […]1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los

[18] Sentencia del 9 de agosto de 2016; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; Radicado 11001032500020110031600 (1210-11).

> principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva […]

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica reconocer las facultades irrestrictas de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el proceso disciplinario.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Definido lo anterior, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La conducta de la señora Gladys María Manzano de Castañeda, investigada y sancionada por la Superintendencia de Notariado y Registro, es típica?

2. En caso afirmativo, ¿La falta disciplinaria en que incurrió la demandante es antijurídica?

3. ¿Los fallos acusados desconocen el derecho al debido proceso de la demandante por violación al principio de congruencia?

Primer problema jurídico. ¿La conducta de la señora Gladys María Manzano de Castañeda, investigada y sancionada por la Superintendencia de Notariado y Registro, es típica?

1.1. La tipicidad de la falta disciplinaria

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». En términos de la Corte Constitucional[19] este principio «cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica».

Así las cosas, le corresponde exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas por quienes tienen a su cargo el

[19] Sentencia C-769 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

ejercicio de funciones públicas deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que le ha sido encomendado o por el abuso en su ejercicio[20].

El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido.

El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria y dentro del mismo, la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta[21]; como consecuencia de ello se ha avalado, desde un punto de vista constitucional[22], la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.

Conviene aclararse que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como «aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas»[23], son admisibles en la forma de consagrar infracciones administrativas siempre que las remisiones a otras normas o a otros criterios permitan determinar los comportamientos censurables, pues de permitirse que el operador sea quien defina la conducta sancionable de manera discrecional sin referentes normativos precisos se desconocería el principio de legalidad[24].

---

[20] El artículo 6 de la Constitución Política 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.*

[21] Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 2001 indicó «la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad»[21], posición reiterada en sentencias C-818 de 2005 y C-030 de 2012.

[22] Frente a este punto se pueden ver varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la C-393 de 2006.

[23] Véanse las sentencias C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012, entre otras.

[24] En la sentencia C-530 de 2003, admitió la «siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan

Ahora bien, en cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco[25], se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas a fin de completar el sentido del precepto.

Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en las sentencia C-818 de 2005[26], entre otras, en la cual se sostuvo que los *tipos abiertos* son «aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria».

En relación con los *tipos en blanco*, aquella Corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido[27] bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco» exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006.

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance[28], mientras que los segundos se pueden delimitar así «El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”[29], afirma Hans Welzel»[30]. Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su

---

prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos».
reiterado en C-406 de 2004 y C-030 de 2012.

[25] Sentencias C-404 de 2001, C-818 de 2005.

[26] En este aparte cita la Sentencia C-401 de 2001.

[27] Ver la sentencia 404 de 2001.

[28] Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 433 – 445.

[29] Claus Roxin. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p.6.

[30] Gómez Pavajeau. *Op. Cit.,* p. 431.

estructura formal[31], mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido[32].

Otro aspecto que conviene precisar en tanto hace referencia a la redacción del tipo y a su contenido, es el hecho de que el derecho disciplinario colombiano acude a un sistema genérico de incriminación denominado *numerus apertus* «en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa –como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.»[33].

1.2. La tipicidad en el caso concreto

El marco constitucional dentro del cual se ejerce la actividad notarial está dado por los artículos 131[34] y 209[35] superiores. Mientras que el primero de ellos la define como un servicio público cuya reglamentación corresponde al Congreso, el segundo establece los principios dentro de los cuales debe enmarcarse la función administrativa. Tales normas, sumadas a lo dispuesto en los artículos 123[36] y 210[37] de la Constitución Política permiten concluir que la naturaleza de los

---

[31] Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal,* Bogotá, Editorial Temis S.A. 2000, p.115.
[32] *Ibidem* p.118.
[33] Sentencia C-155 de 2002.
[34] Artículo 131. Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.
El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.
Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.
[35] Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.
Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.
[36] Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.
La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.
[37] Artículo 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.
Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.
La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

notarios no es otra que la de particulares que ejercen función pública, pues el Estado se ha querido apoyar en ellos en el desarrollo de ciertas actividades para así poder lograr el cumplimiento de sus fines esenciales.

La habilitación constitucional para definir el régimen propio de los notarios fue delegada por el legislador al Gobierno Nacional, quien en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas en la Ley 8 de 1969, expidió los Decretos Ley 960 del 20 de junio de 1970, «Por el cual se expide el Estatuto del Notariado» y 2163 de 1970, «Por el cual de oficializa el servicio de Notariado».

Adicionalmente, el 28 de diciembre de 1973 se expidió la Ley 29[38] de dicha anualidad, «Por la cual se crea el Fondo Nacional del Notariado y se dictan otras disposiciones». En su artículo 1, esta norma se refirió al notariado como un servicio público que se fundamenta en el ejercicio de la fe pública o notarial, por medio de la cual se «[…] otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el Notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece […]».

Este conjunto normativo sería complementado por otras normas como el Decreto 2148 de 1983, «Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 0960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973»; el Decreto 1681 de 1996[39], «Por el cual se fijan los derechos por concepto del ejercicio de la función notarial y se dictan otras disposiciones» y; la Ley 588 de 2000, «Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial».

Establecido lo anterior, es del caso señalar que entre las funciones que competen a los notarios, el artículo 3 del Decreto Ley 960 de 1970 dispuso las siguientes:

> […] 1. Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las Leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad.
> 2. Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados.
> 3. Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros Notarios que las tengan registradas ante ellos.
> 4. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal.
> 5. Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida.
> 6. Recibir y guardar dentro del protocolo los documentos o actuaciones que la Ley o el Juez ordenen protocolizar o que los interesados quieran proteger de esta manera.
> 7. Expedir copias o certificaciones según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos.
> 8. Dar testimonio escrito con fines jurídico - probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos.
> 9. Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la Ley civil deban otorgarse ante ellos.

[38] Por disposición de su artículo 22, quedaron derogados los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 7o., 9o., 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 del Decreto-ley 2163 de 1970, «por el cual se oficializa el servicio de Notariado».
[39] Modificado por el artículo 58 del Decreto 188 de 2013.

10. Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados.
11. <Numeral derogado por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.>
12. <Numeral derogado por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.>
13. Llevar el registro del estado civil de las personas en los casos, por los sistemas y con las formalidades prescritos en la Ley.
14. Las demás funciones que les señalen las Leyes […] (Negrilla de la Sala)

Al estudiar el Estatuto Tributario, se encuentra que una de las funciones que le fueron asignadas a los notarios es la de servir de agentes retenedores de algunos tributos como el impuesto de timbre y al valor agregado. Adicional a ello, son responsables del impuesto sobre las ventas. Así lo prevén los artículos 398, 437, 518 del Estatuto Tributario y el 5 del Decreto 1250 de 1992:

Decreto Ley 624 de 1989, Estatuto Tributario:

Artículo 398. Retención en la enajenación de activos fijos de personas naturales. Los ingresos que obtengan las personas naturales por concepto de la enajenación de activos fijos, estarán sometidos a una retención en la fuente equivalente al uno por ciento (1%) del valor de la enajenación.
<Inciso modificado por el Inciso 2o. del Artículo 18 de la Ley 49 de 1990, el nuevo texto es el siguiente:> La retención aquí prevista deberá cancelarse previamente a la enajenación del bien, ante el notario en el caso de bienes raíces, ante las oficinas de Tránsito cuando se trate de vehículos automotores, o ante las entidades autorizadas para recaudar impuestos en los demás casos.

[…]

Artículo 437. Los comerciantes y quienes realicen actos similares a los de ellos y los importadores son sujetos pasivos. Son responsables del impuesto:
[…]
c. <Literal modificado por el artículo 25 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Quienes presten servicios.

[…]

Artículo 518. Agentes de retención. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Deberán responder como agentes de retención, a más de los que señale el reglamento:
1. Las personas naturales y asimiladas, cuando reúnan las condiciones previstas en el artículo 519 de este Estatuto, y las personas jurídicas y asimiladas, que teniendo el carácter de contribuyentes del impuesto, intervengan como contratantes, aceptantes, emisores o suscriptores en los documentos.
2. Los notarios por las escrituras públicas.
3. Las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal, cualquiera sea su naturaleza jurídica.
4. Los agentes diplomáticos del Gobierno Colombiano, por los documentos otorgados en el exterior.
5. <Numeral inexequible>

Decreto 1250 de 1992

Artículo 5o. Responsable**s del impuesto sobre las ventas en la prestación de servicios notariales. En el** caso de la prestación de servicios notariales serán responsables de impuesto sobre las ventas, las notarías, las cuales cumplirán las diferentes obligaciones tributarias derivadas de tal calidad, con el Número de Identificación Tributaria -NIT- que corresponda al respectivo notario.

Corresponde al notario el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas del impuesto sobre las ventas para la respectiva notaría.

Así pues, existiendo claridad sobre la condición de agente retenedor que ostentan los notarios, es importante anotar que la retención en la fuente, entendida como una función pública a través de la cual el Estado entrega en una persona natural o jurídica el cobro anticipado de impuestos, es una obligación que se caracteriza por ser autónoma, independiente y de doble vía puesto que no se agota en el recaudo del dinero sino que abarca también su entrega efectiva a su propietario, esto es, al Estado.

En relación con este mandato, el Estatuto Tributario señala en su artículo 375 que los agentes de retención que en virtud de sus funciones deban fungir como tales se encuentran en la obligación de aplicar la respectiva retención. Por su parte, el artículo 376 *ibidem* dispone que aquellos deben consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que fija el Gobierno Nacional. Sobre el impuesto a las ventas retenido, el artículo 603 de la misma norma indica que es obligación declararlo y pagarlo dentro de los plazos que para tales efectos disponga aquel.

Ahora bien, en el ámbito tributario, la consecuencia que se genera para el agente retenedor que consigna en forma extemporánea los dineros recolectados en ejercicio de la función pública que le ha sido encomendada es la causación de intereses moratorios, los que se conformidad con el artículo 377 *ejusdem* deben liquidarse y pagarse por cada mes o fracción de mes calendario de retardo en el pago en los términos de que trata el artículo 634 de la misma, así:

> […] Artículo 634. Intereses moratorios. Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago".
> Para tal efecto, la totalidad de los intereses de mora se liquidará con base en la tasa de interés vigente en el momento del respectivo pago, calculada de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente.
> Los mayores valores de impuestos, anticipos o retenciones, determinados por la Administración de Impuestos en las liquidaciones oficiales, causarán intereses de mora, a partir del vencimiento del término en que debieron haberse cancelado por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable al que se refiera la liquidación oficial […][40]

Cabe precisar que ya desde 1973, la Ley 29 había previsto en materia notarial tanto la obligación de imprimirle un correcto manejo al recaudo de impuestos que realizaban los notarios como a la existencia de intereses moratorios en caso de tardanza en su consignación a órdenes del Estado. Al respecto, su artículo 19, hoy vigente, señala:

> […] Artículo 19º. Los depósitos de dinero que los otorgantes constituyen en poder del Notario para el pago de impuestos o contribuciones implican la obligación de darles la destinación que les corresponda, inmediatamente o en los términos señalados, y comprometen la responsabilidad civil y penal del Notario en caso de incumplimiento,

[40] En la actualidad, este texto normativo se encuentra modificado por el artículo 278 de la Ley 1819 de 2016.

> de darles una destinación diferente de la que les corresponda o de emplearlos en provecho propio o de terceros.
>
> Parágrafo. El Notario a quien le haya sido hecho depósito en dinero para lo dispuesto en este artículo, deberá pagar el respectivo impuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que legalmente pueda hacerlo, a menos que el plazo para pagarlo se venza con anterioridad. Transcurrido este término incurrirá en causal de mala conducta y pagará intereses, a la entidad oficial acreedora, a la tasa fijada por el Ministerio de Hacienda para los contribuyentes en mora, si hubiere retención indebida […]

Teniendo claro el panorama que precede, es importante señalar que a pesar de que los notarios cuentan con disposiciones que regulan lo relativo al ejercicio de su actividad, entre ellos, las conductas que configuran faltas disciplinarias, el Decreto 960 de 1970 no establecía un procedimiento administrativo sancionatorio dotado de las garantías mínimas que deben concedérsele a los disciplinados a la luz de la norma superior, situación que se debe al hecho de que aquel es un precepto preconstitucional.

Por tal motivo, la Ley 588 de 2000, «Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial», previó en su artículo 8 que «El régimen disciplinario aplicable a los notarios será el previsto en el Decreto-ley 960 de 1970, con estricta observancia de los principios rectores y del procedimiento señalado en la Ley 200 de 1995, Código Único Disciplinario […]». En la actualidad, es preciso entender que la remisión al Código Disciplinario Único alude a la Ley 734 de 2002 en primer lugar porque es la norma vigente en la materia y, en segundo lugar, porque conserva pleno vigor el argumento concerniente a las garantías y principios constitucionales de los que se encuentra desprovisto el Estatuto Notarial.

Establecido lo anterior, es preciso recordar que la demandante fue sancionada disciplinariamente por cancelar en forma extemporánea a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el impuesto de IVA y la retención en la fuente, entre los meses de enero y octubre de 2002. Esta circunstancia no ofrece discusión alguna pues en el plano estrictamente fáctico es aceptada por la señora Gladys María Manzano de Castañeda.

A la luz del Decreto Ley 960 de 1970, artículo 198, numeral 11:

> Artículo 198. Faltas disciplinarias. Son conductas del Notario, que atentan la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial, y que acarrean sanción disciplinaria:
> […]
> 11. **El aprovechamiento personal o en favor de terceros de dineros o efectos negociables que reciba para el pago de impuestos o en depósito** […] (Subraya de la Sala)

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, dispone que dentro de los deberes de todo servidor público[41] se encuentra el de

[41] A pesar de que los notarios no ostentan la calidad de funcionarios públicos, son destinatarios de la Ley 734 de 2002 pues así lo disponen sus artículos 25 y 53 en virtud de la función pública que como particulares ejercen. «Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los

> […] 1. **Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes**, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente […] (Subraya de la Sala)

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que, en efecto, la conducta reprochada se tipificó como falta disciplinaria en virtud del incumplimiento de la obligaciones tributarias que en calidad de notaria tenía la actora respecto del impuesto del IVA y la retención en la fuente, últimas que, como se explicó, se encuentran consagradas claramente en los artículos 398, 437, 518 del Estatuto Tributario; 5 del Decreto 1250 de 1992 y 19 de la Ley 29 de 1973.

Ahora bien, la demandante busca desdibujar la tipificación de la falta disciplinaria al estimar (i) que la mora se habría subsanado con el pago de los intereses moratorios y (ii) que el artículo 402 del Código Penal[42] establece una permisión para consignar dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno para la presentación y pago de la declaración de retención en la fuente.

Tales razonamientos carecen de asidero ya que es perfectamente admisible, y de hecho sucede con frecuencia, que una misma circunstancia genere efectos jurídicos en diferentes ámbitos del derecho, sin que ello sea indicativo de una afectación a la coherencia o integridad del ordenamiento jurídico, como pretende sugerir la actora. Prueba de ello es que entre los supuestos en que se excluye la

---

particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código […]» «Artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.»

[42] El texto original del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, vigente para la época de los hechos objeto del proceso, reza de la siguiente manera: Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.
Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.
Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

violación del *non bis in idem*, la Corte Constitucional ha destacado los casos en que

> […] la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades […][43]

En ese orden de ideas, resulta ajustado a la normativa que, en las diferentes disciplinas jurídicas que así lo ameriten, se establezcan consecuencias para la mora en que incurra el agente retenedor en la consignación a órdenes del Estado de los dineros que en virtud de su condición recauda. Así, una puede ser la sanción en materia tributaria (intereses moratorios), otra en lo penal (privación de la libertad) y otra en lo disciplinario (suspensión del cargo e incluso destitución). Lo anterior se explica en que, en cada área, la finalidad que se persigue, el interés jurídico que se busca proteger con la sanción y el derecho afectado con la imposición de la misma es distinta.

A lo anterior debe agregarse que el argumento de la actora deriva de una interpretación errada del artículo 402 del Código Penal ya que el plazo de dos meses a que alude esta norma no constituye propiamente una extensión del término para declarar y pagar los dineros retenidos por los agentes sino para que dentro del mismo no se genere la sanción penal consistente en la privación de la libertad, derecho de la mayor importancia que sumado a la naturaleza del derecho penal como un mecanismo de *última ratio* justifica, sin duda alguna, que se conceda tal periodo de gracia.

En conclusión, la conducta de la señora Gladys María Manzano de Castañeda, investigada y sancionada por la Superintendencia de Notariado y Registro, es típica conforme al Decreto Ley 960 de 1970, artículo 198, numeral 11, y al artículo 34, numeral 1 de la Ley 734 de 2002.

Segundo problema jurídico. ¿La falta disciplinaria en que incurrió la demandante es antijurídica?

Si bien es cierto que la señora Gladys María Manzano de Castañeda formuló un cargo de falsa motivación[44] que, a su juicio, se configuró porque la conducta que se le reprocha está respaldada por el Código Civil y el Estatuto Tributario a través del pago de intereses moratorios que purgaron la mora, estos argumentos, en lugar de ser indicativos de aquel cargo, son muestra de que la actora se aparta del fundamento jurídico de la decisión. Desde su perspectiva, la conducta por la que

[43] Sentencia C-434-13; expediente D-9441.
[44] El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo dispone la nulidad de los actos administrativos, entre otros casos, cuando han sido expedidos con falsa motivación, lo que puede suceder en uno de dos eventos. Cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración fueron hechos que no se encontraban debidamente acreditados o cuando, por el contrario, habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

fue sancionada constituye tan solo el incumplimiento formal de sus obligaciones como notaria, más no la afectación de sus deberes funcionales.

En otras palabras, la inconformidad de la actora no se extiende a los hechos que le sirvieron de sustento a los fallos acusados ya que, ni en el trámite administrativo sancionatorio ni en el presente proceso judicial, ha cuestionado las pruebas que acreditan la tardanza por la que se le sancionó. Por el contrario, su principal argumento de defensa parte de reconocer que efectivamente incurrió en mora, sin embargo estima que al haber realizado el pago correspondiente con los respectivos intereses de mora no puede predicarse la ilicitud sustancial de su conducta, razón por la cual la Sala procederá al análisis de tal cuestión.

3.1. La ilicitud sustancial

La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo[45], que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son materia de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión. Así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna».

Es importante precisar que, en el ámbito de la función pública, la noción de *empleo* debe entenderse como «el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignados por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, y que deben ser atendidas por una persona natural»[46], ello determina que el *deber funcional* enmarca todas aquellas funciones que le han sido asignadas a un determinado empleo o cargo público, las cuales han de ejercerse con observancia de los parámetros constitucionales y legales dentro de los cuales ha sido concebido, pues su desbordamiento conlleva un reproche de responsabilidad a la luz del artículo 6.º de la Constitución Política[47].

Debe señalarse además que, para que se configure una falta disciplinaria, la conducta debe ser antijurídica lo cual supone, no solamente el incumplimiento formal del deber, sino que es menester que la infracción de este sea «sustancial»,

---

[45] Carlos Mario Isaza Serrano, Teoría General del Derecho Disciplinario, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2009, págs. 132 y siguientes.
[46] Artículo 6.º del Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por artículo 1.º del Decreto 3074 de 1968.
[47] «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.»

esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público debe desembocar en una afectación material, real y efectiva del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público.

En este sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2002 al estudiar la constitucionalidad del referido artículo 5.º de la Ley 734 de 2002, sostuvo lo siguiente:

> […] como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones[48]. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.**
>
> El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.** [...] (Subraya y negrilla de la Sala).

Así las cosas, no es suficiente que el servidor público falte a sus deberes funcionales para que exista la falta disciplinaria, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada al disciplinado, lo que significa que si la ilicitud no fue «sustancial» no es posible declarar la responsabilidad disciplinaria[49].

Otro requisito que debe cumplirse para que exista antijuridicidad de la conducta, consiste en que la afectación del deber funcional debe originarse en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que para refutarla es menester que este tenga una razón válida para haberla cometido, situación en la cual la autoridad disciplinaria debe revisar las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en la Ley 734 de 2002.

2.2. Ilicitud sustancial en el caso concreto

Para abordar el análisis de la ilicitud sustancial en el *sublite* es de la mayor pertinencia lo aseverado por la Corte Constitucional en la sentencia C-102 de 2015, quien con relación a la retención en la fuente manifestó que:

---

[48] Ver Sentencia C-417 de 1993.
[49] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00167-00(0728-12), actor: Jorge Gutiérrez Sarmiento.

> […] persigue un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional. Tal objetivo consiste en **permitirle al Estado tener una fuente continua de ingresos durante todo el año para sufragar todos los gastos del Estado.** De lo contrario, el Estado tendría necesidad de esperar a la terminación del respectivo año fiscal para que las obligaciones tributarias se hicieran exigibles, para luego cobrarlas directamente a los contribuyentes. **La liquidez del Estado durante el transcurso de la respectiva vigencia fiscal depende en una medida significativa del pago oportuno de las sumas que los agentes retenedores cobran por anticipado a los contribuyentes, y que se retienen ellos mismos sobre sus ingresos** […][50] (Negrillas de la Sala)

Como puede observarse, la labor que le ha sido encomendada al agente retenedor no es de escasa relevancia, por el contrario, resulta de especial trascendencia constitucional debido a que, al poner a disposición del Estado los recursos recaudados, le permite su utilización en el logro de los cometidos que se ha trazado, cuestión que reviste especial importancia en un Estado Social de Derecho, donde el espectro de prestaciones a cargo de este es de alcance significativo. Se trata entonces de una función que debe ser cumplida con el mayor juicio, acucia y diligencia posible toda vez que lo que hay de por medio es una de las principales fuentes de financiación estatales, recursos económicos que, al pasar a integrar la hacienda pública y el presupuesto de la Nación, deben poder ser usados en los gastos e inversiones del Estado, de la forma y en el tiempo en que este, ajustándose al ordenamiento jurídico, considere.

Lo precisado hasta ahora permite concluir que, en materia tributaria, los notarios tienen la condición de agentes retenedores por expresa disposición normativa y esto se traduce en que tal labor pasa a integrar el listado de deberes funcionales que la Constitución y la ley le han asignado a estos particulares. También es del caso señalar que la entrega oportuna del dinero que recaudan por concepto de retención en la fuente impacta directamente en la disponibilidad de recursos económicos por parte del Estado a efectos de que este pueda hacer uso de su patrimonio en la satisfacción de los fines y propósitos que se propone.

Bajo esas premisas, lejos de la posición de la parte actora, se hace necesario considerar que la mora en que incurrió la señora Gladys María Manzano de Castañeda en la consignación del IVA y de la retención en la fuente correspondiente a los meses transcurridos entre enero y octubre de 2002 constituye la violación de sus deberes funcionales y, además, conlleva una verdadera afectación de la función pública por ella ejercida pues al decidir entregar tardíamente estos dineros al Estado truncó la posibilidad de que este pudiere disponer de los mismos de la forma y en el tiempo en que lo definiera para la satisfacción de los intereses generales y sus fines esenciales.

La manera en que esta conducta se proyecta en el ámbito disciplinario se abordó por esta Corporación en sentencia del 25 de mayo de 2006, en la que, al estudiar un asunto similar al que envuelve el *sublite*, se sostuvo que

> […] La omisión en el cumplimiento de las obligaciones tributarias se califica como una falta gravísima, dado que se lesiona el erario público y va en contravía de los

[50] Sentencia C-102 del 11 de marzo de 2015; expediente D-10349.

> principios éticos y jurídicos que guían la actividad notarial, atentándose contra la majestad, dignidad y eficiencia del servicio, habida consideración al hecho de que los dineros recaudados son del Estado y no entran a formar parte del patrimonio del notario, por lo tanto, no puede disponer de ellos a su libre albedrío y como agente retenedor debe, en primer lugar, recaudarlos y, en segundo lugar, consignarlos en la forma y en los términos fijados por la ley. Por lo tanto, el incumplimiento de esta obligación, dará origen a la imposición de sanciones, que dependiendo del grado de participación del notario, sus antecedentes en el servicio y en materia disciplinaria, concordantes con los factores de circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad, consistirá en multa, suspensión o destitución […][51]

En conclusión, la conducta que se le reprocha a la demandante es antijurídica como quiera que comportó una violación al deber funcional de recaudar y consignar a tiempo los dineros que como notaria recibió por concepto de retención en la fuente. Esta infracción resulta sustancial en la medida en que con ella se afectó el patrimonio del Estado, a quien se le truncó la disponibilidad sobre estos recursos durante el tiempo que duró la mora.

Tercer problema jurídico. ¿Los fallos acusados desconocen el derecho al debido proceso de la demandante por violación al principio de congruencia?

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. Siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas. Sobre el particular, el doctor Carlos Mario Isaza Serrano ha dicho:

> […] El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con la observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos del Código Disciplinario y de la ley que establezca la estructura y organización del ministerio público […][52]

En cuanto a este derecho, se ha entendido que se requiere de una irregularidad procesal determinante para que se pueda afectar la validez de todo lo actuado en el proceso disciplinario, de manera que si, sustancialmente, se respetan las garantías esenciales con que cuenta el sujeto pasivo de la acción debe concluirse que su derecho de defensa resultó incólume. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> «[…] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el

[51] Sentencia del 25 de mayo de 2006; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; radicado 70001-23-31-000-2004-00385-01(AP).
[52] Carlos Mario Isaza Serrano. Teoría General del Derecho Disciplinario: Aspectos históricos, sustanciales y procesales. Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 255.

> proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente […]»[53]

Para la señora Gladys María Manzano de Castañeda los fallos disciplinarios son muestra de una violación al principio de congruencia y, por consiguiente, al debido proceso.

En materia disciplinaria, este principio alude a la correspondencia que debe existir entre las diferentes actuaciones procesales que tiene a cargo el titular de la acción disciplinaria, de manera que, en esencia, todas ellas conserven coherencia y unidad. Lo anterior garantiza que al momento de dictar el fallo este verse sobre los cargos que se le formularon al disciplinado, los cuales delimitan tanto la controversia que debe surtirse a lo largo de todo el trámite administrativo como la decisión de fondo que pone término al proceso.

En ese orden de ideas, la importancia del principio de congruencia consiste en permitirle al funcionario disciplinado tener conocimiento de las conductas que le están siendo reprochadas para que de esta forma pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Lo anterior explica que el desconocimiento de este postulado tenga la virtualidad de generar la nulidad del proceso.

La Sala no se encuentra de acuerdo con el cargo formulado toda vez que las piezas procesales allegadas al expediente dan fe de que el trámite disciplinario siempre siguió un mismo hilo conductor, resultando coherente lo debatido en él a través del auto de formulación de cargos, los descargos, los alegatos de conclusión, con lo establecido en los fallos de primera y segunda instancia, así como con las pruebas que estos citaron como cimiento de la decisión adoptada.

En conclusión, los fallos acusados no desconocen el derecho al debido proceso de la demandante por violación al principio de congruencia.

DECISIÓN

Conforme a lo expuesto, se procederá a resolver negativamente las pretensiones de la demanda. No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

---

[53] Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000. Corte Constitucional. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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

FALLA

Primero: Niéguense las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ