

PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN – Efectos / CONTROL JUDICIAL PROCESO DISCIPLINARIO – No es una tercera instancia / PROCESO DISCIPLINARIO – Protección de las garantías básicas

Esta Sección ha señalado reiteradamente que según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades para ejercer directamente esa misma potestad, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Todo lo anterior implica que en la sede Contenciosa Administrativa, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el Decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

PROCESO DISCIPLINARIO – Procedimiento administrativo. Etapas / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - Proceso disciplinario / INDAGACION PRELIMINAR – Finalidad / INDAGACIÓN PRELIMINAR – Identificación del presunto autor de la falta disciplinaria

El procedimiento administrativo que establece el Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995) para la imposición de sanciones disciplinarias a los servidores públicos, comprende tres etapas bien diferenciadas, a saber: *i*) la indagación preliminar, *ii*) la investigación disciplinaria y, *iii*) el juzgamiento. La primera es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, y tiene lugar cuando existen dudas sobre la necesidad de llevar a cabo la investigación disciplinaria. Por lo tanto, su finalidad es verificar la ocurrencia de la conducta que constituye falta disciplinaria y determinar al presunto autor de la misma. Establecida existencia de la falta y la identidad del presunto autor, se inicia la etapa de investigación la cual puede concluir con el archivo de las diligencias, o con la formulación de un pliego de cargos, que abre paso a la etapa de juzgamiento. El auto de cargos debe ser notificado al investigado, quien en esta etapa procesal dispone de un término para rendir

descargos y solicitar pruebas. De las anteriores disposiciones se desprende claramente que la indagación preliminar se surte cuandoquiera que existen dudas sobre la ocurrencia del hecho constitutivo de falta disciplinaria o sobre su presunto autor, y pretende solucionarlas con el objeto de determinar si hay lugar o no a la apertura de la investigación disciplinaria. Pese a que dicha no se lleva a cabo en todos los casos y, a que en estricto sentido el proceso disciplinario comienza formalmente desde la apertura de la investigación, a la Luz del artículo 29 de la Constitución y de las disposiciones contenidas en la Ley 200 de 1995, al indiciado o disciplinado se le deben respetar en todo tiempo las garantías derivadas de los derechos al debido proceso y a la defensa, tal y como lo ha preciado la Corte Constitucional. En efecto, carecería de todo sentido sostener que al indiciado se le debe comunicar [notificar] de la apertura de la indagación preliminar si el ente o el funcionario investigador aún no tiene certeza del presunto responsable de la falta disciplinaria. Antes bien, la etapa de indagación previa tiene como uno de sus propósitos identificar al(los) presunto(s) autor(es) de la falta cuando quiera que no está claro a quién o a quiénes se les ha de atribuir la comisión de la misma. De manera que en sana lógica, el derecho del investigado a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de los medios de convicción que estime, opera una vez el ente o el funcionario investigador han identificado al presunto autor de la falta disciplinaria, pues no de otro modo podría ejercer dicha prerrogativa legal.

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011).

Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01827-01(0898-11)

Actor: BLANCA MYRIAM MALDONADO DE SANTOS.-

Demandado: LA DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2010, por el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos contra la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-.

LA DEMANDA

BLANCA MYRIAM MALDONADO DE SANTOS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos¹:

- La Resolución N° 009 del 17 de septiembre de 2001, proferida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales de la Regional Nororiente, *“Por el cual se impone*

¹ La demanda, presentada el 6 de diciembre de 2002, obra a folios 4 a 8 del cuaderno principal del expediente.

una sanción disciplinaria de multa de quince (15) días a la funcionaria Blanca Myriam Maldonado de Santos, dentro del expediente N° 81-054-2000”.

- La Resolución N° 7185 de 24 de junio de 2002, expedida por el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra del acto anterior.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicita:

- Que se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, adecuar la actuación disciplinaria y a retirar las anotaciones y comunicaciones que sobre dichos actos haya producido.
- Que se ordene a la entidad demandada devolver el valor correspondiente a las deducciones por concepto de la multa.
- Que se disponga cumplir la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Para sustentar sus pretensiones, la actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

- Mediante Auto del 30 de noviembre de 2000, la División de Investigaciones Disciplinarias, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- Regional Nororiente, ordenó adelantar Indagación Preliminar por el término de tres meses (3) , con ocasión de las presuntas irregularidades en el área de liquidación, consistentes en que los expedientes de los señores Flodelina Ramírez Martínez, Rosa Angélica Gallego de Gómez, Jesús Antonio Torres y Gabriel Roa Torres, fueron archivados por prescripción de términos, sin que dicha situación se pusiera en conocimiento como falta disciplinaria ante la oficina competente. En dicho auto se designó al doctor Elder Antonio Valero Díaz, para ordenar, decretar y practicar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos.
- No obstante que el doctor Valero Díaz estaba facultado solo para ordenar, decretar y practicar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos; el 31 de enero de 2001, expidió el Auto N° 0014 mediante el cual avocó el conocimiento y decretó pruebas cuando ya habían

transcurrido dos meses después de su designación y sin tener facultad alguna (actuó arbitrariamente), habida cuenta fue designado el 30 de noviembre de 2000.

- El 23 de febrero de 2001, el funcionario investigador ordenó oír la en versión libre y espontánea, y no le informó previamente de la apertura de la indagación preliminar, situación que el investigador pretendió subsanar mediante el oficio del 28 de febrero de 2001, en el cual le informó a la investigada que en su contra se adelantaba la actuación N° 81-054 y que tenía los derechos previstos en el artículo 80 de la Ley 200 de 1995. dicha comunicación fue radicada el 1 de marzo de 2001, cuando había finalizado el término para adelantar la investigación y ya no podía ejercer su derecho a la defensa.
- Vencido el término establecido para la investigación preliminar, el investigador sólo tenía la obligación de archivar el expediente, sin que existiera informe evaluativo alguno de las gestiones que adelantó el funcionario comisionado para llevar a cabo la investigación cuyo término venció el 29 de febrero de 2001.

- La división de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN, Regional Nororiente, profirió el Auto de Cargos N° 0010 del 3 de julio de 2001, el cual no reúne los requisitos exigidos en el artículo 92 de La Ley 200 de 1995, ya que en dicho acto se omitió determinar la conducta funcional y específica en la que incurrió el servidor público disciplinado, ni señaló la prueba que fundamenta cada uno de los cargos que se le endilgaron.

- De otro lado, la entidad demanda no determinó en forma concreta, el cargo que se le imputaba, el cual tuvo que ser deducido (consistente en que no puso en conocimiento del superior las actuaciones extemporáneas para iniciar los proceso disciplinarios a los funcionarios encargados del manejo de los expedientes).

- Dentro de los términos establecidos presentó los descargos, sin que fueran aceptados sus argumentos. Finalmente, la entidad demandada profirió la Resolución N° 0009 del 17 de septiembre de 2001, en la cual le impuso la sanción de multa de 15 salarios. Contra dicho acto interpuso el recurso de apelación el cual fue resuelto por el Director de la DIAN, en el sentido de modificar la Resolución sancionatoria y, en su lugar, imponer tan sólo 11 días de multa.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

A juicio de la accionante, la entidad demandada desconoció las siguientes disposiciones:

- De la Constitución Nacional, los artículos 1,2,3,6,25 y 29
- Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 36.

Para sustentar el concepto de la violación, sostuvo que la decisión administrativa que se impugna, desconoce la Ley y los reglamentos de muchas maneras y viola normas de carácter constitucional que debían ser acatadas y respetadas dentro del proceso disciplinario.

Afirmó que la entidad demandada vulneró el principio de legalidad, pues el acto acusado está fundado en hechos que no

existieron y que fueron sustancialmente distintos a los relacionados en el acto demandado, razón por la cual el mismo adolece de nulidad.

LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La Nación, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, mediante escrito² en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por la parte accionante.

Como razones de su defensa, explicó en primer término que la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos, fue investigada disciplinariamente porque en su condición de Jefe de la División de Liquidación archivó varios expedientes por no existir mérito para continuar la investigación, toda vez que en los pliegos de cargos de esos expedientes archivados se profirieron fuera de término, hecho que no fue puesto en conocimiento por la demandante ante la Administradora de Impuestos de Cúcuta y tampoco ante el ente disciplinario interno de la DIAN, por ello, de conformidad con el artículo 150 de la Ley 200 de 1995 se le

² Visible a folios 68 a 72 del Cuaderno Principal.

formularon cargos a la investigada por presunta violación de lo previsto en los numerales 18 y 20 del artículo 7 del Decreto 1072 de 1999.

Sostuvo que de las pruebas que obran en el expediente disciplinario, se infiere que la falta en la que incurrió la actora, (no haber denunciado una vez conoció los hechos constitutivos de falta disciplinaria: proferir los pliegos de cargos fuera de términos) fue demostrada objetivamente y se le imputó a título de culpa en su modalidad de violación de reglamentos, tal y como se señaló en la Resolución N° 0009 del 17 de septiembre de 2001, por medio de la cual se declaró la responsabilidad disciplinaria de la funcionaria investigada y se le sancionó.

Precisó que la investigación que se adelantó en contra de la Señora Maldonado de Santos, se desarrolló bajo los parámetros de la Ley 200 de 1995 y demás garantías constitucionales y legales, tal y como se puede apreciar del expediente disciplinario, toda vez que las etapas procesales fueron cumplidas a cabalidad de acuerdo con la Constitución y la Ley, se respetó la garantía del Juez competente y cada una de las decisiones tomadas dentro del proceso se profirieron con sujeción a todas las pruebas legalmente aportadas y dentro de las oportunidades legales

señaladas para el efecto. Agregó que los actos acusados fueron proferidos teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y de derecho que se dieron en la investigación y con observancia de las normas procesales vigentes para la época de los hechos.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2010 resolvió:³

- i)** Declarar la nulidad de la Resolución N° 0009 del 17 de septiembre de 2001, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de la Regional Nororiente, y la Resolución N° 7185 del 24 de junio de 2002, dictada por el Director General de la Unidad Administrativa Especial de la DIAN.
- ii)** Condenar a la DIAN a devolverle a la demandante el valor de 11 días de salario en razón de la multa impuesta en la Resolución N° 7185 del 24 de junio de 2002, expedida por el Director General de la DIAN y que le fue deducido de su nómina.

³ Folios 100 a 117 del cuaderno principal.

- iii) Actualizar los valores de las condenas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A y lo señalado en la parte motiva de esa providencia.
- iv) Ordenar a la entidad demandada a librar ante las autoridades correspondientes, las mismas comunicaciones que se efectuaron al proferir las resoluciones anuladas.
- v) Ordenar a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Afirmó que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar porque la DIAN, al no haberle comunicado la iniciación de la indagación preliminar a la demandante; le vulneró el principio de contradicción previsto en el artículo 80 de la Ley 200 de 1995.

Explicó que *i)* el proceso disciplinario seguido en contra de la señora Maldonado de Santos, debía regirse por las disposiciones previstas en la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único) y, *ii)* que el mismo se adelantó por las presuntas irregularidades en las que incurrió la demandante consistentes en que varios expedientes fueron archivados por prescripción de términos, sin

que dicha situación se pusiera en conocimiento de la oficina competente.

Sostuvo que por los hechos antedichos, la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Nororiental de la DIAN, mediante el Auto N° 0040 del 30 de noviembre de 2000 ordenó la investigación preliminar (artículo 138 de la Ley 200 de 1995) por el término de 3 meses. El 23 de febrero de 2001 la demandante fue escuchada en diligencia de versión. Hasta el 28 de febrero de 2001, se le comunicó la decisión de apertura de la indagación preliminar, mediante escrito radicado el 1 de marzo siguiente.

Dijo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 200 de 1995, a la persona investigada tiene derecho a conocer las diligencias que se adelantan en su contra, tanto en la etapa de indagación preliminar como en la de investigación disciplinaria; a fin de que pueda controvertir las pruebas que se alleguen, así como solicitar aquellas otras que estime pertinentes. En ese orden, a juicio del *a-quo* es evidente que la omisión de la comunicación del inicio de investigación preliminar o su extemporaneidad -como ocurre en este caso-, indudablemente vulnera el derecho de contradicción, pues le impide al inculcado

ejercer en su oportunidad el derecho de defensa. En efecto, manifestó que:

“en el auto de apertura de la investigación preliminar se consignó que la misma tenía como objeto, entre otros, el determinar los funcionarios implicados en los hechos denunciados. Luego, en el auto donde el investigador avoca el conocimiento del asunto, se reitera lo mismo, pero dispone expresamente en el punto 2 del proveído 0014 del 30 de enero de 2001 ‘oir en versión libre a los funcionarios que tenían a cargo los expedientes anteriormente descritos’. En cumplimiento del tal orden se hace comparecer ante el abogado investigador a la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos el 23 de febrero de 2001, quien rindió la versión que de ella se solicitó y quien ocupaba el cargo de Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, como así se consigna en la inspección administrativa practicada en la misma fecha y donde se dice que no se dio el aviso disciplinario de rigor en relación con determinados expedientes y que fue lo que originó precisamente el proceso disciplinario. Quiere decir lo anterior que si se le citó para el fin indicado, así expresamente no se le haya mencionado el auto que así lo dispuso, el investigador desde ese momento había individualizado a la funcionaria que pudiera haber intervenido en el hecho investigado, y siendo ello así, se imponía dar debido cumplimiento y en su oportunidad a lo normado por el artículo 80 de la Ley 200 de 1995”.

Consideró que no resulta de recibo el argumento de la demandada según el cual *“no se conocía la autoría de los hechos investigados y que solo hasta que la demandante rindió versión libre se estableció su posible vinculación a los mismos, y que por eso se le comunicó la apertura de las preliminares hasta el 28 de febrero de 2001”*, porque dentro de la lógica de lo razonable, la citación efectuada a la actora para rendir su versión, obedeció al cumplimiento de lo

dispuesto en el punto 2 del auto del 30 de enero de 2001, en el que el abogado investigador avocó el conocimiento del asunto.

Agregó que si se acepta el punto de vista de la demandante, se llegaría al absurdo de sostener que la individualización de los autores de la falta, sólo opera para hacer comparecer a la interesada a la versión libre, pero no para comunicarle a la misma la iniciación del diligenciamiento preliminar.

Concluyó que es ostensible la violación del artículo 80 de la Ley 200 de 1995 y, en esos términos, encontró desvirtuada la presunción de legalidad que amparaba a los actos administrativos acusados, por lo que declaró su nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cúcuta, interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, mediante escrito⁴ en el que solicitó revocarla y, en su lugar, negar las pretensiones.

⁴ Visible a folios 125 a 131 del cuaderno principal.

Manifestó que reitera el contenido de los actos administrativos demandados y en las razones que adujo en el escrito de la contestación de la demanda.

Sostuvo que en el trámite del proceso administrativo respetó las disposiciones legales y constitucionales que lo informan y que, al ordenar el inicio de la indagación preliminar, el objetivo propuesto no era otro que el previsto en la Ley disciplinaria para aquellos casos en los que aún no se han logrado determinar aspectos tan importantes como los presuntos responsables de la falta; tal y como lo establecen los artículos 138 y 139 de la Ley 200 de 1995.

En ese orden de ideas, manifestó que no es cierto lo que señaló la demandante, dado que no basta con conocer a los autores de la falta disciplinaria para la apertura de la investigación, toda vez que deben existir otros elementos o pruebas que de algún modo comprometan su responsabilidad.

Expresó que en uso de sus facultades legales, en este caso el operador disciplinario dispuso adelantar una indagación preliminar con el objeto de verificar la ocurrencia de los hechos denunciados para establecer si los mismos constituían falta disciplinaria y qué funcionarios estarían involucrados en su comisión. Posteriormente, el funcionario investigador avocó el conocimiento y decretó las pruebas consistentes en solicitar la

copia de los expedientes que se archivaron y oír en versión libre a los funcionarios que los tenían a su cargo, con lo cual se buscaba establecer los presuntos autores de la irregularidad.

Precisó que luego del análisis y de la valoración de las pruebas allegadas con el informe, así como de la documentación recaudada en las diligencias preliminares, de la cual se logró la individualización de los implicados y su presunta responsabilidad, se dispuso la apertura de la investigación disciplinaria.

Indicó que la valoración para determinar los presuntos responsables se llevó a cabo dentro de la oportunidad legal y no se desconocieron los derechos al debido proceso ni a la defensa.

Dijo que dentro de las oportunidades procesales con las que contaba, la demandante no invocó alguna causal de nulidad, por lo cual se debe entender que convalidó la actuación.

Señaló que a la demandante le fue notificada su vinculación al proceso mediante el auto de apertura de investigación disciplinaria N° 0006 del 5 de abril de 2001, y que ello demuestra que se le garantizó en todo tiempo su derecho a la defensa y contradicción.

Reiteró lo que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que “no toda irregularidad que recaiga en un proceso tiene la virtualidad de invalidarlo” y que en este caso los actos demandados conservan su presunción de legalidad.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, rindió concepto mediante escrito⁵ en el que solicitó confirmar el fallo apelado.

Indicó que el proceso disciplinario que se adelantó en contra de la demandante, tuvo origen en la prescripción de 5 expedientes tributarios que no fue puesta en conocimiento de la División de Investigaciones Disciplinarias. Señaló que las siguientes fueron las actuaciones más relevantes, surtidas en el curso de dicho proceso:

- Mediante el Auto N° 0040 del 30 de noviembre de 2000, el Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias ordenó la indagación preliminar y comisionó por tres (3) meses al doctor Elder Antonio Valero Díaz *“con el objeto de verificar la*

⁵ Visible a folios 169 a 175 del Cuaderno Principal del expediente.

ocurrencia de los hechos denunciados, de establecer si los mismos son constitutivos de falta disciplinaria y de ser así determinar qué funcionarios están implicados en ella” quedando “facultado para ordenar, decretar y practicar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos”

- Mediante el auto de 30 de enero de 2001, el funcionario comisionado avocó el conocimiento del asunto y decretó pruebas. El día 23 de febrero de 2001, la demandante rindió versión libre.
- A través de la comunicación del 28 de febrero de 2001, el Despacho investigador se dirigió a la actora informándole el inicio de la indagación preliminar.
- El acto formal de apertura de la investigación disciplinaria en contra de la demandante, fue proferido el 5 de abril de 2001.

De otro lado, sostuvo que el informativo interno de la DIAN tuvo desde un principio la particularidad de que se conocía la autora responsable (la señora Maldonado de Santos) de la precisa conducta a investigar (archivo de expedientes por prescripción).

Señaló que la entidad demandada le desconoció el derecho al debido proceso a la demandante porque logró su versión libre y

espontánea, para después informarle que era sujeto disciplinable por ser pasiva de la indagación disciplinaria.

Finalmente, se refirió a los principios de imparcialidad y de contradicción en la actuación disciplinaria, previstos respectivamente en los artículos 77 y 80 de la Ley 200 de 1995.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia, previas las siguientes;

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del cual se ocupará la Sala consiste en determinar la legalidad de las Resoluciones N° 0009 del 17 de septiembre de 2001 y 7185 del 24 de julio de 2002, proferidas respectivamente, por la Dirección Regional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Nororiente y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

A efectos de resolver la cuestión planteada se deberá establecer si en el trámite de la actuación disciplinaria que se adelantó en contra de la demandante se le desconocieron los derechos al debido proceso y a la defensa. Previo a ello se hace necesario

precisar el alcance de la competencia de esta Sala en lo que tiene que ver con el control judicial de la potestad disciplinaria.

1. Sobre la función constitucionalmente atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que atañe al control judicial de la potestad disciplinaria.

Esta Sección ha señalado reiteradamente que según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, **que no excluye la facultad que tienen algunas entidades para ejercer directamente esa misma potestad, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.** No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Al respecto, resulta pertinente reiterar lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009⁶ en la cual consideró:

“De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luis Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, **si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.**

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, **pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.**

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

(...)

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional (...) **no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.**” (Negrillas de la Sala).

Todo lo anterior implica que en la sede Contenciosa Administrativa, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales

máspreciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el Decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de acierto que blindaa los actos de la Administración, cuando ella se expresa en el ejercicio de la facultad disciplinaria, pues en ella está ordenado que se cite a la parte supuestamente agraviada, quien por lo mismo es sujeto esencial en el juicio correccional y que se respeten las garantías derivadas del derecho de defensa y del debido proceso, entre otras.

Como puede verse, es propio de esta actividad específica de la administración que ella sea cumplida con estricta sujeción a las normas que regulan la actuación disciplinaria, las cuales están inspiradas en la protección de las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, la cual asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea

la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada, y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario.

2. Del caso concreto.

A juicio de la demandante, los actos administrativos acusados están viciados de nulidad porque en el trámite del proceso disciplinario la entidad accionada le vulneró los derechos al debido proceso y a la defensa. Al efecto, sostuvo que el funcionario comisionado para adelantar la indagación preliminar, avocó el conocimiento del asunto 2 meses después de la comisión (que se estableció por el término de 3 meses) y además, dispuso oírlo en versión libre y espontánea antes de que le notificara la decisión de que en su contra se estaba adelantando dicha actuación administrativa.

De otro lado, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales aduce que, en los términos de las disposiciones contenidas en la Ley 200 de 1995, uno de los fines de surtir la etapa de indagación preliminar es, precisamente, identificar al (los) posible(s) autor (es) de la falta disciplinaria y que en este caso, cuando se tuvieron los suficientes elementos de juicio para encartar a la demandante, procedió a notificarla de la actuación. En su escrito de apelación, dicha entidad

manifiesta que *i)* no cualquier irregularidad puede viciar de nulidad a todo el proceso disciplinario, *ii)* que le respetó a la actora los derechos al debido proceso y a la defensa y *iii)* que, en consecuencia, los actos demandados conservan la presunción de legalidad.

A su turno, la Vista Fiscal estima que la sentencia de primera instancia –que accedió a las súplicas de la demanda- debe ser confirmada, si se tiene en cuenta que cuando la DIAN (Dirección Regional, Nororiente), procedió a adelantar la indagación preliminar, ya tenía conocimiento de la presunta falta disciplinaria y de la supuesta responsable. A su juicio, el hecho que de primero se haya llamado en versión libre a la actora para después informarle que era sujeto disciplinable por ser pasiva de la indagación, riñe con el derecho al debido proceso.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, resulta necesario relacionar los hechos que acreditan las pruebas que fueron legal y oportunamente allegadas al proceso.

2.1. Hechos probados.-

- La señora Blanca Myriam Maldonado de Santos laboró al servicio de la DIAN. En el año 2000 se desempeñaba como

Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Cúcuta.

- El 18 de octubre de 2000, la Jefe de Control Interno de la DIAN, remitió un informe a la División de Investigaciones Disciplinarias, poniendo de presente que, con ocasión de la visita de supervisión y control efectuada a la Administración Local de Impuestos de Cúcuta durante los días comprendidos entre el 2 y el 6 de octubre de ese año, *“surgieron como hallazgos situaciones que ameritan ser investigadas por esa División, de acuerdo a la siguiente información:*

A) DIVISIÓN DE LIQUIDACIÓN.

1. Se encontró que la causal de archivo en 5 expedientes fué (sic) la prescripción y sin embargo esta situación no fué (sic) puesta en conocimiento de la División de Investigaciones Disciplinarias en su oportunidad.

2. En 20 expedientes, de los 22 analizados, la desfijación de sellos de cierre se efectuó en días no laborables para los funcionarios.

B) DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN.

(...)

C) DIVISIÓN DE CONBRANZAS.

(...)”⁷

- Mediante el Auto N° 0040 del 30 de noviembre de 2000, la Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias ordenó la

⁷ Folios 2 y 3 del cuaderno N° 2.

investigación preliminar. En ese acto, se señaló como fundamento el informe del 18 de octubre y se dispuso:

*“Se ORDENA EL ADELANTAMIENTO DE UNA IINDAGACIÓN PRELIMINAR, dentro del expediente radicado al N° 81-054-2000, por el término de tres (39) meses, **con el objeto de verificar la ocurrencia de los hechos denunciados, de establecer si los mismos son constitutivos de falta disciplinaria y de ser así, determinar qué funcionarios están implicados en ella.**”*

*Para el desarrollo de la presente INDAGACIÓN PRELIMINAR, en los términos previstos en el artículo 138 y siguientes de la Ley 200 de 1995, se DESIGNA al Doctor ELDER ANTONIO VARELO DÍAZ (...) **quien queda facultado para ordenar, decretar y practicar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos**⁸ (Las negrillas y subrayas, son de la Sala).*

- El 30 de enero de 2001, doctor Elder Antonio Valero Díaz, mediante el Auto N° 0014, avocó el conocimiento del asunto y ordenó la práctica de pruebas. Resolvió:

“Se AVOCA el conocimiento del expediente N° 81-054-2000, a fin de esclarecer los hechos y determinar si los mismos son constitutivos de una presunta falta disciplinaria y quien o quienes son los autores de los mismos.

En aras de cumplir con lo ordenado, se dispone la práctica de las siguientes pruebas:

1. Solicitar a la Administración de Impuestos de Cúcuta, copia de los expedientes (...) de RAMÍREZ MARTÍNEZ FLORDELINA, (...) GALLEGU DE GÓMEZ ROSA ANGÉLICA, (...) TORRES JESÚSN ANTONIO, (...) ROA TORRES GABRIEL Y (...) de ROMAR LTDA.

⁸ Folio 5 del cuaderno N° 2.

2. Oír en versión libre a los funcionarios que tenían a cargo los expediente (sic) anteriormente descritos.

3. Las demás que surjan de las anteriores y que sean conducentes, pertinentes y procedentes para la investigación.”⁹ (Las negrillas y subrayas, son de la Sala).

- El 23 de febrero de 2001, la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos compareció ante el funcionario investigador, previa citación que se le hizo, con el fin de rendir exposición libre y espontánea dentro del expediente administrativo disciplinario N° 81054-2000.

En dicha diligencia, se le informó que podía estar asistida por un abogado, a lo cual manifestó que no la acompañaría un profesional del derecho.

Afirmó que no conocía los motivos de la diligencia. Sostuvo que lleva trabajando aproximadamente 5 o 6 años en la División de Liquidación, ejerciendo como funciones, entre otras, las de controlar, revisar y ejecutar los actos administrativos proferidos por la división, firmar liquidaciones de revisión, resoluciones de sanción y velar por el cumplimiento de los objetivos propuestos.

⁹ Folios 6 y 7 del cuaderno N° 2..

Cuando se le preguntó sobre los expedientes que se habían archivado por prescripción sostuvo que estos si se gestionaron en la División de Liquidación pero que, respecto de los mismos se había proferido auto de archivo y se refirió a los motivos de dichos autos¹⁰.

- Mediante comunicación N° 0136 del 28 de febrero de 2001, radicada el 1 de marzo siguiente, el doctor Elder Antonio Valero Díaz (abogado investigador) le informó a la demandante:

“(...) que la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Nororiente, ordenó adelantar diligencias preliminares por presuntas irregularidades detectadas en la visita de la Contraloría General de la República y de la División de Control Interno de la Regional, en la Administración de Impuestos de Cúcuta.

Por lo tanto, me permito transcribir lo preceptuado en el artículo 80 de la Ley 200 de 1995 que señala ‘ PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas.

<Aparte condicionalmente EXEQUIBLE> Por tanto, iniciada la indagación preliminar o la investigación disciplinaria se comunicará al interesado para que ejerza sus derechos de contradicción y defensa’.”¹¹

¹⁰ Folios 12 a 14 del cuaderno N° 2.

¹¹ Folio 17 del cuaderno N° 2.

- Mediante Auto N° 0006 del 5 de abril de 2001 la División de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN- Regional Nororiental- ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en contra de la demandante¹².

- Surtidas las demás etapas procesales mediante la Resolución N° 0009 del 17 de septiembre de 2001, la DIAN- Regional Nororiental- declaró la responsabilidad disciplinaria de la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos y le impuso la sanción de multa de 15 días del salario devengado al momento de cometer la falta¹³.

- Contra el anterior acto administrativo la demandante interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto por la DIAN, mediante la Resolución N° 7185 del 24 de julio de 2002, en el sentido de modificar la sanción y, en su lugar, imponer multa de 11 días¹⁴. El anterior acto administrativo se notificó por edicto fijado el 20 de agosto de 2002 y desfijado el día 22 siguiente.

¹² Folios 19 a 21 del cuaderno N° 2.

¹³ Folios 41 a 51 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 53 a 60 del cuaderno principal.

Teniendo en cuenta la anterior relación de hechos que se encuentran demostrados dentro del plenario, la Sala efectuará algunas consideraciones relacionadas con la naturaleza y fines de la etapa de indagación preliminar y el conocimiento que de ésta debe tener el indiciado. Previo a ello, se deja sentado desde ya, que **el régimen disciplinario aplicable en este caso es el contenido en la Ley 200 de 1995**, en consideración a la fecha en la cual acaecieron los hechos investigados.

2.2. De la etapa de indagación preliminar en el proceso disciplinario.

El procedimiento administrativo que establece el Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995) para la imposición de sanciones disciplinarias a los servidores públicos, comprende tres etapas bien diferenciadas, a saber: **i)** la indagación preliminar, **ii)** la investigación disciplinaria y, **iii)** el juzgamiento.¹⁵ La primera **es de carácter eventual y previa** a la etapa de investigación, y tiene lugar cuando existen dudas sobre la necesidad de llevar a cabo la investigación disciplinaria. Por lo tanto, su finalidad es verificar la ocurrencia de la conducta que constituye falta disciplinaria y **determinar al presunto autor de la misma**. Establecida

¹⁵ Sobre este tema se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias C- 430 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C- 555 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

existencia de la falta y la identidad del presunto autor, se inicia la etapa de investigación¹⁶ la cual puede concluir con el archivo de las diligencias¹⁷, o con la formulación de un pliego de cargos, que abre paso a la etapa de juzgamiento. El auto de cargos debe ser notificado al investigado, quien en esta etapa procesal dispone de un término para rendir descargos y solicitar pruebas.

Los artículos 138 a 141 de la Ley 200 de 1995, contienen disposiciones relacionadas con la etapa de la indagación preliminar y la regulan de la siguiente forma:

***“ARTICULO 138. INDAGACION PRELIMINAR.** En caso de duda sobre la procedencia de investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.*

***ARTICULO 139. FINES DE LA INDAGACION PRELIMINAR.** La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella.*

***ARTICULO 140. FACULTADES EN LA INDAGACION PRELIMINAR.** Para el cumplimiento de los fines de la indagación preliminar, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición espontánea al servidor público para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado.*

¹⁶ Artículo 144 CDU

¹⁷ Artículos 23, 148, 149, 150 y 151 C.D.U.

ARTICULO 141. TERMINO. *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”.

De las anteriores disposiciones se desprende claramente que la indagación preliminar se surte cuandoquiera que existen dudas sobre la ocurrencia del hecho constitutivo de falta disciplinaria o sobre su presunto autor, y pretende solucionarlas con el objeto de determinar si hay lugar o no a la apertura de la investigación disciplinaria.

Pese a que dicha no se lleva a cabo en todos los casos y, a que en estricto sentido el proceso disciplinario comienza formalmente desde la apertura de la investigación, a la Luz del artículo 29 de la Constitución y de las disposiciones contenidas en la Ley 200 de 1995, al indiciado o disciplinado se le deben respetar en todo tiempo las garantías derivadas de los derechos al debido proceso y a la defensa, tal y como lo hapreciado la Corte Constitucional¹⁸.

¹⁸ Al efecto, ver las sentencias C- 430 de 1997 M.P Antonio Barrera Carbonell y C- 555 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En efecto, el artículo 80 de la citada Ley 200, prevé que el investigado tiene derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas y que, por tanto, iniciada la indagación preliminar o la investigación disciplinaria se le comunicará¹⁹ al interesado para que ejerza sus derechos de contradicción y defensa.

No obstante, la anterior disposición no puede ser interpretada de manera aislada, sino conjuntamente con los enunciados normativos contenidos en los artículos 138 a 140 de la Ley 200 de 1995, los cuales se refieren a la naturaleza y a los fines de la etapa de indagación preliminar.

En efecto, carecería de todo sentido sostener que al indiciado se le debe comunicar [notificar] de la apertura de la indagación preliminar si el ente o el funcionario investigador aún no tiene

¹⁹ Esta expresión fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional *'bajo el entendido que se refiere a la notificación personal y en subsidio a la notificación por edicto, cuando a pesar de las diligencias pertinentes, de las cuales se dejará constancia secretarial en el expediente, no se haya podido notificar personalmente'* (sentencia C-555 de 2001). Cabe precisar que esta sentencia fue proferida el 21 de mayo de 2001, eso es, con posterioridad a que la DIAN le *comunicara* a la señora Maldonado de Santos, la iniciación de la Indagación preliminar. En todo caso, del dicho de la demandante se infiere calramente que mediante la aludida comunicación (del 28 de febrero de 2001) se enteró de la actuación previa a la apertura de la investigación diicplionaria.

certeza del presunto responsable de la falta disciplinaria. Antes bien, la etapa de indagación previa tiene como uno de sus propósitos identificar al(los) presunto(s) autor(es) de la falta cuando quiera que no está claro a quién o a quiénes se les ha de atribuir la comisión de la misma.

De manera que en sana lógica, el derecho del investigado a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de los medios de convicción que estime, opera una vez el ente o el funcionario investigador han identificado al presunto autor de la falta disciplinaria, pues no de otro modo podría ejercer dicha prerrogativa legal.

2.3. Solución al problema jurídico planteado.

Analizadas las pruebas que obran en el proceso de la referencia y en consideración a lo expuesto en el acápite anterior, para la Sala resulta claro que en este caso la entidad demandada no le desconoció el derecho al debido proceso ni a la defensa de la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos.

En efecto, en virtud del informe del 18 de octubre de 2000, que ponía en conocimiento del Jefe de la División de Investigaciones Disciplinarias, algunos hechos irregulares; mediante Auto del 30 de noviembre de 2000 se designó al doctor Elder Antonio Valero Díaz para adelantar **“una indagación preliminar”**, por el término de 3 meses *“con el objeto de verificar la ocurrencia de los hechos denunciados, de establecer si los mismos son constitutivos de falta disciplinaria y de ser así, **qué funcionarios están implicados en ella**”*.

Con dicho propósito, el funcionario investigador avocó el conocimiento del asunto mediante el Auto N° 0014 del 30 de enero de 2001, le solicitó a la Administración de Impuestos de Cúcuta, la remisión de las copias de los expedientes que se habían archivado por prescripción y resolvió oír en versión libre a quienes tenían a cargo dichos expedientes.

Fue así como el 23 de febrero de 2001 (dentro de los tres meses establecidos para la indagación preliminar), previa citación a la demandante, se llevó a cabo la diligencia de la versión libre y espontánea, en la cual la señora Maldonado de Santos se pronunció sobre los hechos indagados. En esa oportunidad a la

actora se le respetaron cabalmente sus derechos la debido proceso y a la defensa.

Zanjada la duda sobre el presunto autor de la falta disciplinaria, el 28 de febrero de 2002 [y recibido el 1 de marzo siguiente] se le comunicó a la demandante que la División de Investigaciones Disciplinarias de la Regional Nororiental, había ordenado adelantar diligencias preliminares por presuntas irregularidades detectadas en la visita de la Contraloría General de la República y de la División de Control Interno de la Regional, en la Administración de Impuestos de Cúcuta; con lo cual se respetó la garantía señalada en el artículo 80 de la Ley 200 de 1995.

Posteriormente (el 5 de abril de 2001), la División de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN – Regional Nororiental-, ordenó la apertura de la investigación disciplinaria.

Ahora bien. Cabe precisar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 200 de 1995, dentro de las facultades que tiene el funcionario investigador dentro de la indagación preliminar, se encuentran las de hacer uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y **oír en exposición espontánea**

al servidor público para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado.

En ese orden, la Sala advierte que, fue precisamente en uso de la anterior atribución legal, que el funcionario designado dispuso oír en versión libre a la demandante, luego de lo cual pudo determinar que era ella la presunta autora responsable de la comisión de la falta disciplinaria y así zanjó la duda sobre el sospechoso autor.

Por lo demás no encuentra esta Subsección violación alguna a las garantías procesales de la demandante por parte de la entidad accionada.

De este modo, no le asiste la razón al *a-quo*, al anular los actos administrativos sancionatorios por considerar vulnerados los derechos al debido proceso y a la defensa de la demandante. Antes bien, los argumentos que el Tribunal de instancia expuso en la sentencia apelada no son consistentes y adolecen del rigor técnico y jurídico que deben caracterizar las decisiones judiciales.

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que la sentencia apelada debe ser revocada para, en su lugar, negar las

pretensiones de la demanda presentada por la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos contra Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 2 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Note de Santander, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos contra la Dirección de

Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia. En su lugar,

NÍEGANSE las pretensiones de la demanda que presentó la señora Blanca Myriam Maldonado de Santos contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

