

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejero Ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 70001-23-33-000-2012-00015-01
Número interno: 20559
Demandante: JAIME BUSTAMANTE CAVALLO
Demandado: DIAN

Decide incidente de nulidad

Se decide el incidente de nulidad promovido por la parte demandada, contra las actuaciones judiciales surtidas por el Tribunal Administrativo de Sucre, dentro del proceso 70001-23-33-000-2012-00015-00.

ANTECEDENTES

Del expediente se destacan los siguientes hechos:

Demanda

El 24 de julio de 2012, la parte demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual solicitó la anulación de las resoluciones: (i) 232412011000016 del 7 de febrero de 2011, por la cual se impuso al señor Jaime Bustamante Cavallo sanción por no informar, y (ii) 900.027 del 23 de febrero de 2012, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra el anterior acto.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se levantara la sanción impuesta (ff. 3 y 4 c 1).

Mediante auto del 14 de septiembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda (ff. 93 y 94 c 1).

Contestación de la demanda

El 10 diciembre de 2012, la DIAN, mediante apoderado judicial, contestó la demanda y propuso excepciones. De las excepciones propuestas, se corrió traslado a la parte demandante, sin que esta se pronunciara.

La DIAN anexó el poder del abogado Habid José Oviedo Díaz otorgado por la directora seccional de impuestos y aduanas nacionales de Sincelejo (f. 113 c 1). Sin embargo, mediante auto del 19 de junio de 2013, el tribunal consideró que no se aportó prueba de la delegación de funciones realizada a la directora seccional, por lo cual no estaba acreditada la facultad para conferir poder y, en consecuencia, resolvió: *«No reconocer personería para actuar al apoderado de la demandada, consecuencialmente téngase por no contestada la presente demanda»* (ff. 123 a 125 c 1).

Contra esta providencia, la parte demandada interpuso recurso de reposición, el cual se resolvió desfavorablemente por medio del auto del 10 de julio de 2013. En esta oportunidad, el tribunal consideró que la directora seccional de Sincelejo no se encontraba facultada para otorgar poder para la representación de la entidad en el proceso de la referencia (ff. 284 a 289 c 2).

El 23 de julio de 2013, el apoderado de la DIAN promovió acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Sucre, a fin de que se amparara el derecho al debido proceso y, en consecuencia, se reconociera la personería jurídica al abogado Habid José Oviedo y se tuviera por contestada la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2012-00015.

El 2 de septiembre de 2013, se llevó a cabo la audiencia inicial convocada mediante providencia del 14 de agosto de 2013, para lo cual la DIAN allegó nuevamente poder conferido al abogado Habid José Oviedo Díaz, y adjuntó copia del Decreto 4048 de 2008, y las

resoluciones 000090 del 27 de septiembre de 2012 y 102 del 19 de octubre de 2012, que modificaron la delegación en el nivel local.

En dicha diligencia, el tribunal determinó la carencia de representación judicial del apoderado que, en nombre de la DIAN, asistió a la diligencia. Además, insistió que la demanda no fue contestada, por lo que no se hizo referencia a las excepciones planteadas por el extremo pasivo y, a continuación, el *a quo* emitió sentencia en la misma diligencia, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la parte actora.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Primera, expidió sentencia del 19 de junio de 2014, a través de la cual negó la acción de tutela incoada por la DIAN, teniendo en cuenta que, para el momento del fallo de tutela, dicha entidad había interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso 2012-00015, así que era competencia del juez natural definir la legalidad de las actuaciones surtidas, en el Tribunal Administrativo de Sucre.

Recurso de apelación

El abogado Habid José Oviedo presentó nuevamente los documentos que acreditaban la condición de quien le otorgó poder, al paso que adjuntó un nuevo poder. Finalmente, el Tribunal Administrativo de Sucre le reconoció personería jurídica y concedió el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

La DIAN sustentó el recurso de apelación en la violación del debido proceso (derecho de defensa), habida consideración de que las actuaciones judiciales surtidas en primera instancia en relación con las decisiones (i) que no reconocieron personería al abogado designado como apoderado de la DIAN; (ii) que tuvo por no contestada la demanda, y (iii) que impidió intervenir en la audiencia inicial en que el tribunal profirió sentencia de primera instancia. De acuerdo con lo anterior, la DIAN solicitó revocar la sentencia del *a quo*, y que, por tanto, se ordene la actuación procesal desde la contestación de la demanda (f. 411 c 2).

Conviene precisar que en la apelación no se formularon cuestionamientos frente a la decisión de fondo. Todo el argumento del recurso está dirigido a demostrar la manifiesta violación del debido proceso de la DIAN.

Incidente de nulidad

Por medio del auto de 24 de mayo de 2018, esta corporación adecuó el recurso de apelación presentado por la demandada, a la figura jurídica de incidente de nulidad, puesto que en el recurso de apelación, *«no se debate el asunto de fondo que analizó la sentencia de primer grado; es decir, no existen cargos contra la decisión de primera instancia, salvo aquellos que acusan la nulidad de ese fallo»*, por lo que, en los términos del artículo 129 y 134 del CGP, se corrió traslado a la parte demandante, quien no se pronunció al respecto (ff. 560 y 560 reverso).

CONSIDERACIONES

1. Conforme al artículo 125 del CPACA, la Sala unitaria es competente para resolver el presente incidente de nulidad.

En consecuencia, el despacho es competente para conocer del incidente de nulidad promovido por la DIAN contra las actuaciones surtidas en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Sucre, dentro del proceso de la referencia.

2. En esta instancia, se debate si la actuación del *a quo* quebrantó el debido proceso, en cuanto a las garantías de defensa y contradicción de la Administración, por no haber reconocido personería al abogado de la DIAN, circunstancia que dio lugar a que se tuviera por no contestada la demanda y, además, se le impidiera participar en la audiencia inicial, en la que se emitió la sentencia del 2 de septiembre de 2013.

Se advierte que el derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución, comprende tres garantías: (i) el derecho al juez natural o funcionario competente; (ii) el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto

es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa; y (iii) los derechos de audiencia y defensa, que incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que se produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía del *non bis in idem*.

La jurisprudencia de esta sección ha reiterado que el debido proceso consiste en una garantía para equilibrar la relación de libertad y autoridad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial. De hecho, el debido proceso es una garantía a favor del propio Estado, por cuanto rodea de legitimidad las decisiones que adopta¹.

En este contexto, el derecho de defensa, como parte del derecho al debido proceso, ha sido definido por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera²:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.

En el mismo sentido, la sentencia T-544 de 2015, expuso:

(...) el derecho a la defensa inicia con el acto procesal de informar al demandado de la existencia de un proceso judicial, por medio de las diferentes comunicaciones y notificaciones de las etapas del proceso, para

¹ Se reitera la posición fijada, entre otras, en las sentencias de esta Sección del 22 de septiembre de 2016, en el expediente 20931; del 3 de agosto de 2016, en el expediente 20080; del 15 de septiembre de 2016, en el expediente 20181; y en la sentencia de tutela de 5 de abril de 2018, en el expediente 25000-23-42-000-2017-05739-01.

² Sentencia C-025 de 2009, MP Rodrigo Escobar Gil.

que éste pueda ejercer su defensa. Defensa que se concreta particularmente en el derecho de contradicción.

4.1.5.1. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el derecho de contradicción implica dos fenómenos diferentes, por un lado, la posibilidad de oponerse a las pruebas presentadas en su contra y, de otro lado, la facultad de la contradicción conlleva a un ejercicio legítimo de defensa directa, dirigido a que los argumentos o alegatos propios sean oídos en el proceso.

(...)

4.1.7. En conclusión, las garantías constitucionales del debido proceso, de defensa y el acceso a la administración de justicia son de extrema importancia en el curso de un proceso, pues buscan *"impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"*.

3. Como se sabe, las causales de nulidad procesal están contempladas taxativamente en el Código General del Proceso (art. 133). Fuera de este listado, se ha reconocido como causal de nulidad la violación del artículo 29 constitucional. Así, en sentencia T-125 de 2010, la Corte Constitucional, respecto de las causales de nulidad, concluyó: (i) que su interpretación debe ser restrictiva; (ii) que el juez solo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa vigente y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso, y (iii) que, en todo caso, la violación del proceso es también causal de nulidad.

Por ejemplo: desconocer las garantías de defensa y contradicción en el proceso judicial, (que, se repite, aluden a la posibilidad de proponer razones para contrarrestar o desvirtuar los argumentos de la demanda), no solo afecta el debido proceso, sino que puede generar la nulidad del proceso.

Aunado a ello, se ha reconocido que no cualquier irregularidad ocasionada en la actuación procesal constituye casual para determinar su invalidez. Es necesario que la irregularidad sea grave, habida cuenta de que el principio de eficacia impone superar los simples defectos procesales que no tienen capacidad de afectar los derechos de las partes. Lo anterior, en procura de la primacía

del derecho material³.

4. En el caso concreto, la parte demandada señaló que el *a quo* vulneró su derecho al debido proceso, porque le impidió el ejercicio del derecho de contradicción y defensa. Concretamente, la situación denunciada se debe al hecho de que en el trámite de la primera instancia el tribunal denegó el reconocimiento de personería al apoderado judicial de la DIAN, por considerar que (f. 124 c 1):

No se adjuntó prueba de la delegación de funciones realizadas sobre la funcionaria citada, para efectos de que esta proceda a otorgar poder en nombre de la entidad demandada; en consecuencia, no estando debidamente probada la mencionada facultad, se tiene que la directora en comento no cuenta con la representación suficiente para otorgar poderes para los fines del proceso, por lo que al apoderado de la demandada, no se le puede reconocer personería para actuar dentro de estas actuaciones, teniéndose por no contestada la demanda de conformidad con lo dicho.

Además, por cuenta de las decisiones del Tribunal Administrativo de Sucre, la DIAN no pudo participar en la audiencia en la que se agotaron las etapas del proceso y se expidió sentencia.

El despacho constata que el apoderado de la DIAN interpuso, en la oportunidad legal, recurso de reposición contra el auto del 19 de junio del 2013, que tuvo por no contestada la demanda (ff. 273 a 278 c 2). Sin embargo, el tribunal, al resolverlo, confirmó su decisión mediante el auto del 10 de julio siguiente (ff. 284 a 289 c 2).

A continuación, la DIAN promovió acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Sucre, según da cuenta el Oficio JCGB/8015, del 19 de mayo de 2014, expedido por la Secretaría General del Consejo de Estado (f. 449 c 2). No obstante, la Sección Primera de esta corporación, con providencia del 19 de junio de 2014, negó el amparo de los derechos invocados por el actor (DIAN), teniendo en cuenta que se debían agotar los mecanismos ordinarios de impugnación del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho⁴.

³ En ese sentido, ver la sentencia del 16 octubre de 2014 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el expediente 19611 (CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

⁴ Información del expediente 11001031500020130157900, consultada en la página web de la Rama Judicial.

Luego, la DIAN interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre y alegó exclusivamente la nulidad del proceso desde la contestación de la demanda, motivo por el cual, este despacho adecuó el memorial a la figura del incidente de nulidad.

5. En esas condiciones, resulta procedente verificar si el poder conferido al abogado de la DIAN cumplía los requisitos legales.

De conformidad con el artículo 159 del CPACA, en los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrá el director general de impuestos y aduanas nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto. De esta forma, en principio, la representación en los asuntos en que se debaten impuestos nacionales y demás relaciones jurídicas derivadas de ellos, la tendrá el director general de la DIAN.

Con todo, mediante los artículos 47 y 48 de la Resolución 000090 del 27 de septiembre del 2012 (modificada por la Resolución 000102 del 19 de octubre de 2012), el director general delegó las funciones de representación judicial y extrajudicial en los jefes de división jurídica o quien haga sus veces, (normativa vigente para la época de la contestación de la demanda)⁵. La disposición se

⁵ Resolución 102 de 2012. Artículo 1. Modifíquese el artículo 47 de la Resolución 90 de fecha 27 de septiembre de 2012, el cual queda así: Artículo. 47. Delegación para el nivel local. Delegar en los jefes de división de gestión jurídica, o quien haga sus veces, la representación, en lo judicial y extrajudicial, de la Nación-Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para la atención de los siguientes asuntos:

1. Los procesos y acciones judiciales de cualquier naturaleza; diligencias judiciales y extrajudiciales, así como en cualquier actuación en la que se esté controvertiendo judicial o extrajudicialmente los actos, contratos, hechos, omisiones u operaciones que expidan, realicen o en que incurran o participen el (la) director (a) seccional o funcionarios de la respectiva dirección seccional o que pertenezcan a su jurisdicción, incluidos los Delegados, así como en los que la entidad sea víctima.

2. Los procesos judiciales en los que se discutan derechos inmobiliarios, reales o posesorios de bienes raíces ubicados en su jurisdicción, y

3. Los procesos judiciales en los que se discutan asuntos administrativos, contractuales, laborales o disciplinarios derivados de actos, contratos, hechos, omisiones u operaciones que expida, o en que incurra o participe la dirección seccional o de los servidores públicos de esta.

PAR.—La delegación de la representación judicial y extrajudicial en el caso de los asuntos a los que se refiere el numeral 2º para el caso de derechos inmobiliarios, reales o posesiones de bienes raíces ubicados en Bogotá, D.C., y el departamento de Cundinamarca, será competencia del director(a) seccional de impuestos de Bogotá, D.C.

Resolución 000090 de 2012. Artículo 48. Facultades de la Delegación para el Nivel Local. La delegación de la representación legal, en lo judicial y extrajudicial, de la Nación Unidad Administrativa

acompaña con el artículo 19 del Decreto 4048 de 2008, por medio del cual se fija la estructura interna de la DIAN.

Sucede, entonces, que en los asuntos tributarios debatidos judicialmente contra las administraciones seccionales de la DIAN, la representación es ejercida por el funcionario delegado y este, a su vez, tiene la facultad para conferir poder a los abogados vinculados con la Administración para ejercer la representación judicial.

En el caso objeto de análisis, la demandada aportó al expediente certificación dada por la jefe de división de gestión administrativa y financiera de la DIAN (Sincelejo), según la cual en dicha jurisdicción no existe la División Jurídica (f. 328 c 2). Asimismo, certificó que la servidora pública Celmira Isabel Díaz Bustamante fue designada como directora seccional de impuestos y aduanas nacionales de Sincelejo, a través de la Resolución 005120 del 5 de julio de 2012 (ff. 112 c 1 y 327 c 2). De manera que, para la época de la contestación de la demanda, la directora seccional era quien representaba a la DIAN en dicha jurisdicción y, por ende, tenía la facultad de conferir poder al abogado Habid José Oviedo para representar a la entidad en el presente proceso.

Es decir, de acuerdo con los artículos 47 y 48 de la Resolución 000090 del 27 de septiembre del 2012, en concordancia con la Resolución 000102 del 19 de octubre de 2012, la directora seccional de impuestos y aduanas de Sincelejo, era delegada para representar a la DIAN en los asuntos locales y tenía facultades para otorgar poder a los abogados vinculados con la Administración.

Ahora bien, dicha funcionaria le otorgó poder al abogado Habid José Oviedo Díaz, quien contestó en tiempo la demanda (ff. 104 a 110 c 1) para oponerse a las pretensiones del actor.

Corroborada la capacidad legal de quien contestó la demanda en representación de la DIAN, se debe reconocer que no le era procedente al *a quo* impedir las actuaciones judiciales de dicho

Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para el Nivel Local, señalada en el artículo precedente, comprende las siguientes facultades:

(...) 3. **Otorgar poderes especiales con las facultades de ley, para la atención de los procesos, diligencias y/o actuaciones judiciales o administrativas de su competencia.** (...) (resalta el magistrado sustanciador).

mandatario. Al haberlo hecho, incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, en los términos en los que la Corte Constitucional ha identificado esa forma de violación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, al paso que desconoció las garantías de defensa y contradicción.

Según la Corte Constitucional, uno de los defectos procedimentales en los que pueden incurrir los funcionarios judiciales es el exceso ritual manifiesto, el cual se da cuando se conciben los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial. Por ejemplo, cuando se exige con rigorismos procesales el cumplimiento de requisitos formales (sentencias T-386 de 2010 y T-363 de 2013).

Para el despacho, si el tribunal tenía dudas frente a la postulación de la defensa técnica de la demandada, ha debido requerir a la demandada a fin de que aportara las certificaciones que estimara necesarias para acreditar la representación judicial de la DIAN. Lo que no podía hacer era perturbar el ejercicio del derecho de defensa, por el supuesto error en el poder otorgado al apoderado del extremo pasivo.

Además, la actuación realizada por el Tribunal Administrativo de Sucre, consistente en desestimar la contestación de la demanda al tenerla como no presentada, así como el hecho de impedirle al apoderado de la DIAN participar en la audiencia inicial, impidieron ejercer el derecho de contradicción, y de presentar alegatos de conclusión, por lo que en ningún momento, a lo largo de la actuación procesal, la parte demandada pudo comparecer al proceso, para ejercer efectivamente su legítimo derecho a la defensa.

6. Por tanto, el a *quo* vulneró flagrantemente el derecho de defensa de la Administración, al desconocer las garantías de contradicción y de defensa, así como el derecho de acceso a la administración de justicia, pilares fundamentales del sistema procesal colombiano. Sobra decir que las irregularidades advertidas son graves e insaneables, por cuando afectaron las garantías de defensa y

contradicción, que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso. En consecuencia, esta corporación estima que debe declararse la **nulidad de lo actuado**, desde el **auto del 19 de junio del 2013**, que tuvo por no contestada la demanda y no reconoció personería al apoderado designado por la parte demandada.

La nulidad decretada es la única forma de asegurar la comparecencia de la DIAN al proceso para que sean escuchadas las razones jurídicas por las cuales se opone a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por último, el despacho exhorta al magistrado del Tribunal Administrativo de Sucre para que, de manera diligente y prioritaria, adopte las medidas para tramitar el proceso y dictar la correspondiente sentencia.

En todo caso, el despacho advierte que las pruebas recaudadas conservan plena validez (art. 138 CGP).

En mérito de lo anterior,

RESUELVE

Primero. DECLARAR la nulidad del proceso desde el auto del 19 de junio del 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, que tuvo por no contestada la demanda.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, devuélvase el expediente al tribunal de origen para que surta las actuaciones procesales correspondientes.

Notifíquese y cúmplase,

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ