

## **SEGUNDA INSTANCIA - Competencia funcional del juez. No reformatio in pejus / SENTENCIA COMPLEMENTARIA - Condiciones**

El ámbito de competencia funcional del juez de segundo grado se rige por lo dispuesto en los artículos 311 y 357. De acuerdo con las disposiciones anteriores la competencia funcional del juez de segundo grado experimenta algunas restricciones. La principal fuente de inspiración de las mismas es el principio de la no reformatio in pejus, de consagración constitucional en el artículo 31 de la Constitución al precisar que “El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, mandato de abstención que si bien parece dirigirse a los jueces investidos del ius puniendi del Estado Colombiano, igualmente opera, por ejemplo, en el contexto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos jueces deben imperativamente acatar la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único. Ello se explica en el contenido de los artículos 311 y 357, puesto que allí bien claro estableció el legislador que la competencia de los jueces de segunda instancia no es ilimitada sino que está sujeta a los parámetros dados en la apelación. En efecto, según el artículo 357 la competencia del superior solamente será plena en tanto la impugnación provenga de los dos extremos de la relación jurídico-procesal, pero se restringirá a los precisos términos de la apelación si se trata de apelante único, salvo que lo no apelado guarde tal relación con la materia impugnada que no sea posible resolver lo uno sin lo otro, es decir la inescindibilidad temática habilitaría una suerte de competencia extendida a asuntos ubicados al margen de los planteamientos del apelante. Ahora, si frente a una demanda compuesta por dos imputaciones el juez de primera instancia encuentra probada una de las mismas y deja de pronunciarse sobre la otra –como en el sub lite-, la apelación interpuesta solamente por la parte demandada no beneficia a la parte accionante, de modo que el juez de segundo grado carece de competencia para hacer un examen pleno de los cargos y para complementar la sentencia del A-quo en aquella parte del reproche frente a la cual se guardó silencio. Así lo establece precisamente el artículo 311 del C. de P. C., que sobre el particular distingue cómo se debe proceder en cada una de las instancias del proceso. Si se trata de la primera instancia, ante la falta de resolución de alguno de los puntos planteados en el debate, se podrá dictar sentencia complementaria dentro del termino de ejecutoria, a solicitud de parte interesada e incluso de oficio; pero si lo anterior no se hizo el juez de la segunda instancia únicamente podrá complementar la sentencia del A-quo “siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación”.

NOTA DE RELATORÍA: sobre el principio de la no reformatio in pejus, se reitera la sentencia 3073 de 24 de abril de 2003 Sección Quinta.

## **PRO HOMINEM - Principio de interpretación de reglas restrictivas de derechos fundamentales / PRINCIPIO PRO HOMINEM - Aplicación / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - No la ejerce funcionario que no ostenta poder de mando / DIRECTOR DE IMPUESTOS DE LA DIAN - No ejerce autoridad administrativa**

En estos casos es necesario que el operador jurídico tome en cuenta el principio de derecho internacional que manda que toda interpretación que se realice sobre el ejercicio y alcance de los derechos fundamentales debe siempre ser favorable a su titular, permitiendo con ello niveles óptimos de desarrollo social, incluido allí el campo de los derechos políticos. Ese ingrediente hermenéutico potencializador de los derechos fundamentales se conoce en el concierto internacional como el principio pro hominem, de consagración supraconstitucional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su eficacia en el ordenamiento jurídico interno fue reconocida por el propio constituyente en disposiciones como el

artículo 93 superior al consagrar que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Acogiendo esas reglas del derecho internacional que abogan por la primacía de los derechos fundamentales cuando deban interpretarse textos jurídicos restrictivos del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en el orden interno se consagró la regla de interpretación pro hominem. Ello se hizo a través del Decreto 2241 de 1986 ó Código Electoral (artículo 1º). Por tanto, al alegarse el ejercicio de autoridad administrativa por parte del allegado al demandado, es necesario que la misma se pruebe desde una perspectiva orgánica o funcional. Tal como lo preceptúa el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, que ha sido acogido como criterio analógico para fijar el contenido de la autoridad administrativa, la misma se configura desde una perspectiva orgánica para las máximas autoridades administrativas de las entidades territoriales del nivel local, como el alcalde, los secretarios del despacho, gerentes de entes descentralizados, entre otros; y desde el punto de vista funcional la autoridad administrativa le asiste a los funcionarios revestidos de poder de mando para celebrar contratos, ordenar los gastos de la entidad, decidir situaciones administrativas sobre el personal bajo su mando, ejercer el poder de nominación respecto de los mismos y por último, ejercer el poder disciplinario para investigar y sancionar a los servidores públicos a él asignados, cuando exista mérito para ello. En conclusión, no basta que los funcionarios públicos tengan alguna injerencia en la toma de decisiones, sin que sean ellos quienes las adopten, o que participen de la ejecución de las mismas, o lo que es más importante aún, que contribuyan con su coordinación, puesto que asimilar esas competencias al ejercicio de autoridad administrativa no rinde tributo al principio supraconstitucional pro hominem que asegura el carácter restrictivo de los regímenes que busquen limitar el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación del poder político, en especial cuando en casos como el presente se pretende derivar el ejercicio de tal autoridad de funciones que no permiten a su titular poner en marcha el poder público en función de mando. Las disquisiciones anteriores permiten inferir que no es cierto que el cargo de Director de Impuestos Nacionales de la DIAN habilite a su titular, Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, a ejercer autoridad administrativa, puesto que desde una óptica restrictiva, que es la establecida en los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano y recogido internamente en el principio de la Capacidad Electoral, ninguna de las funciones asignadas a ese cargo le otorgaban la competencia para “Ejercer el poder público en función de mando”, haciendo nombramientos o removiendo al personal asignado a su dependencia, o imponiendo sanciones de algún tipo o actuando como ordenador del gasto, o trazando las políticas inherentes al objeto de la DIAN. Y, la injerencia que pudiera tener en la toma de decisiones o su participación en la ejecución de las mismas, no bastan para atribuirle esa forma de autoridad prevista en la causal de inhabilidad que se le imputa al demandado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio pro hominem, se transcriben apartes de la sentencia C-551 de 2003, Corte Constitucional.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN**

**Bogotá D. C., veintidós (22) de enero de dos mil nueve (2009)**

**Radicación numero: 68001-23-15-000-2007-00682-01**

**Actor: JAIME DE JESÚS MARTÍNEZ SANDOVAL**

**Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER**

Decide la Sala el Recurso de Apelación formulado por la parte demandada contra el fallo proferido el 29 de mayo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso de la referencia, por medio del cual se declaró la nulidad de la elección acusada.

## **I.- LA DEMANDA**

### **1.- Las Pretensiones**

Con la demanda se solicitan los siguientes pronunciamientos:

*“Que es nula el Acta del escrutinio de los votos para Asamblea de Santander que incluye la declaratoria de elección del Señor **Néstor Fernando Díaz Barrera**, como Diputado, por el Partido Conservador Colombiano para el Periodo Constitucional 2008-2011, que hiciera la Comisión Escrutadora Departamental el 6 de Noviembre de 2007, y contenidas en el formulario E-26AS de la Registraduría Nacional del Estado Civil.*

*Como consecuencia de la anterior declaración, oficiar a la Registraduría Departamental de Santander para la cancelación de la Credencial expedida al Señor **Néstor Fernando Díaz Barrera**, que lo acredita como Diputado electo del Departamento de Santander, por el Partido Conservador Colombiano, para el Periodo Constitucional 2008-2011.*

*Que se libren las comunicaciones pertinentes de esta decisión a la Mesa Directiva de la Asamblea de Santander y a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que sea llamado el Diputado del mismo Movimiento Político que le siguió en votos para que se ocupe dicha Curul, para el Periodo Constitucional 2008-2011.”*

### **2.- Soporte Fático**

1.- El demandado se inscribió como candidato a la Asamblea Departamental de Santander, período 2008-2011.

2.- En la jornada electoral del 28 de octubre de 2007 el demandado resultó elegido Diputado de la Asamblea de Santander, por el Partido Conservador Colombiano.

3.- En el formulario E-26 AS del 6 de noviembre de 2007 se declaró dicha elección, dando lugar a la entrega de la credencial respectiva.

4.- El demandado es hijo de NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, quien ocupa el cargo de Director de Impuestos Nacionales y en varias oportunidades se ha desempeñado como Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, en encargo, en el período comprendido entre el 28 de octubre de 2006 y la fecha de la elección acusada.

5.- Según el manual de funciones el señor NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, desde esas posiciones, ha ejercido autoridad administrativa en el departamento de Santander, así *“como lo (sic) Funcionarios en los Municipio de Bucaramanga (sic), que son sus subordinados y además es Nominador”*.

6.- El parentesco entre el demandado y el señor NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA se prueba con copia del registro civil de nacimiento No. 3714542 código 5201 de la Notaría 1ª de Bucaramanga.

7.- Es un hecho totalmente incoherente con la demanda y por ello no se resume.

8.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 numeral 5 del C.C.A., hay lugar a anular la elección demandada.

### **3.- Normas Violadas y Concepto de la Violación**

Las normas que invoca el demandante como violadas corresponden a los artículos 83, 95 numeral 5 y 209 de la Constitución; así como los artículos 3, 227, 228 y 229 del C.C.A., y el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000. Argumenta que el principio de la buena fe es de aplicación directa en este caso por tratarse de una acción pública y porque impide el ejercicio arbitrario del derecho fundamental a elegir y ser elegido, lo cual va de la mano con la protección del interés general y el ejercicio de uno de los deberes ciudadanos, consistente en la participación en la vida política nacional.

Ya frente a la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 sostiene el demandante que su prosperidad se sujeta a la demostración de los siguientes supuestos:

*“1. Un vínculo del Diputado electo por matrimonio o unión permanente en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. 2. Que el vínculo sea con un Funcionario que ejerza autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento. 3. Que el ejercicio de esa autoridad ocurra dentro de los doce meses anteriores a la correspondiente elección. 4. Además (sic) es representante Legal de una Entidad que administra Tributos, Tasas o Contribuciones.”*

Tras afirmar que el parentesco se prueba con el registro civil aportado, indica que en la Constitución el concepto de autoridad está unido al ejercicio del poder sobre los gobernados, dividiéndose autoridad política, civil, administrativa o militar; y precisa, con fundamento en el artículo 101 Constitucional, los distintos conceptos envueltos en el de territorio nacional. Luego señala que la autoridad administrativa *“se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa que se dirigen al funcionamiento del aparato administrativo”*, de la que gozó el padre del demandado dentro del año anterior a su elección, por haberse desempeñado como Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Finalmente sostiene el demandante que al no tener competencia la Registraduría Nacional del Estado Civil para controlar las calidades de los candidatos al momento de su inscripción, se espera que los mismos obren de buena fe.

## **II.- LA CONTESTACIÓN**

Por conducto de apoderado judicial el demandado contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones y replicando sus hechos así: Son ciertos del primero al cuarto y el sexto, precisando frente al último no ser cierto que el señor NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA haya ejercido autoridad política, civil, administrativa o militar dentro del año anterior a la elección *“pues no contrató, no sancionó, no nombró funcionarios y no ejerció jurisdicción coactiva dentro del departamento de Santander”*. No son ciertos el quinto y el octavo, y respecto del séptimo dice que no tiene relación con lo debatido.

Se introduce luego en el estudio de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, apuntando que la misma debe ser de interpretación restrictiva, *“atendiendo únicamente su tenor literal”*. Por lo mismo, por departamento debe entenderse la división física de ese territorio, integrado por los distritos, municipios y territorios indígenas, al igual que dotado de autonomía para la gestión de sus asuntos, contando con autoridades cuyo ámbito de actuación depende del nivel al que pertenezcan. Por lo mismo, al referirse la norma a *“departamento”* debe entenderse como una parte física del territorio nacional, de lo contrario el legislador se habría referido a nociones como empleos, cargos o autoridades de los distintos niveles, motivo por el cual el cargo desempeñado por el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA no pertenece a la circunscripción departamental de Santander y tampoco tiene injerencia en su vida política, jurídica o administrativa.

Como el propósito del régimen de inhabilidades es evitar la interferencia de intereses personales o la concentración de cargos en algunas personas o círculos determinados, es claro, dice el apoderado, que la inhabilidad en estudio se refiere al territorio departamental donde cualquiera de los cargos departamentales podría emplearse en beneficio de familiares que pretendan acceder a la Asamblea, lo que se presenta respecto del Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, quien no ejerció ninguna forma de autoridad en esa circunscripción dentro de los 12 meses anteriores a la elección, pues son de la exclusiva competencia de la Administración Local de Impuestos de Bucaramanga y de la Secretaría Departamental de Hacienda, ente que fija las políticas fiscales del departamento sin requerir de la autorización o aprobación de aquél.

Respecto de las pruebas aportadas con la demanda dice que la Resolución No. 12.550 del 20 de octubre de 2006 carece de mérito probatorio por referirse a una época anterior al período inhabilitante; que igualmente es inidónea la Resolución No. 7.637 del 28 de junio de 2007 por estar referida al ámbito internacional, en particular operaciones de comercio exterior con Panamá; tampoco es cierto que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA haya intervenido en la designación de las Dras. MYRIAM CASTELLANOS PEÑARANDA y SUSANA ARENAS PÉREZ, como Directora Regional Nororiente y Administradora Local de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga respectivamente.

Señala que el demandante no precisó si el cargo de Director de Impuestos ejerce autoridad política, civil o administrativa, puesto que las mismas requieren de reconocimiento general, de autonomía y de trascendencia en las decisiones. La sentencia dictada por esta Sección en el expediente 3441, invocada en la demanda, no es de recibo porque alude al parentesco que tuvo un Diputado del Chocó con autoridad del nivel departamental.

En cuanto a la posibilidad de que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA hubiera podido ejercer autoridad en el departamento de Santander adujo el abogado que el mismo:

*“...no tuvo ni tiene la virtualidad de afectar las relaciones jurídico-administrativas que atañen al departamento de Santander, por cuanto carece de la competencia material y funcional para hacerlo, dado que dicha atribución fue radicada en dependencias del nivel local y seccional tal y como lo preceptúa de manera taxativa la Resolución No. 1618 del 22 de febrero de 2006, expedida por el doctor Oscar Franco Charry en su calidad de Director General de la DIAN y por medio de la cual se distribuyeron funciones al interior de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, en especial los capítulos V y VI que señalan de manera clara las funciones asignadas a las Direcciones Regionales y a las Administraciones Locales y a sus Divisiones de Recaudación, Devoluciones, Cobranzas, Jurídica Tributaria, Fiscalización, División Técnico Aduanera, Fiscalización Aduanera, y Liquidación entre otras. (Ver artículos 48 al 65 de la Resolución 1618/2006).”*

La competencia en el departamento de Santander para investigar a los contribuyentes y eventualmente sancionarlos, continúa el apoderado, no radica en la mencionada persona, lo cual se explica en que: 1.- Es el Jefe de la División de Fiscalización Tributaria de la Administración Local quien puede proferir actos preparatorios para la determinación de obligaciones tributarias, proponer sanciones y determinar el valor real del tributo, entre otros, según lo dispuesto en el artículo 688 del Estatuto Tributario; 2.- El Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, en el período inhabilitante, no ejerció facultad nominadora en el departamento de Santander, ni como Director de Impuestos, pues el Decreto Ley 1071 de 1999 no lo habilita para ello, ni como Director de Impuestos y Aduanas (e) durante los pocos días que desempeñó el cargo; 3.- La potestad sancionadora la ejerce la Oficina de Investigaciones Disciplinarias que pertenece al nivel central; además, a nivel de la Administración Local de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga existe una Oficina de Asuntos Disciplinarios que se ocupa del tema en primera instancia; 4.- El Dr. DÍAZ SAAVEDRA no ejerce función de contratación ya que la ley no se

la asigna, además mediante los artículos 27 a 32 de la Resolución No. 164 del 9 de agosto de 1999 la Dirección General de la DIAN delegó esa función; 5.- Son los Jefes de Liquidación de la Administración Local de Bucaramanga, según el artículo 691 del Estatuto Tributario, quienes adelantan los procedimientos de determinación del impuesto; 6.- Es el Jefe de la División Jurídica Tributaria de la Administración Local de Bucaramanga quien resuelve los recursos de reconsideración; 7.- La competencia para revocar las anteriores decisiones no la tiene el Dr. DÍAZ SAAVEDRA sino el Jefe de la División Jurídica Tributaria (Res. 1618 de 2006 art. 52 num. 7); 8.- Dicho funcionario no es superior jerárquico o funcional de la Dirección Regional ni de la Administración Local de Impuestos de Bucaramanga, y 9.- La jurisdicción Coactiva en el departamento de Santander la ejerce la División de Cobranzas (Res. 1618 de 2006 art. 51 num. 1).

Posteriormente estudia el apoderado el principio de autonomía de las entidades territoriales a la luz de las sentencias C-506/95, C-540/01, C-1051/01, C-1257/01 y C-1029/02 de la Corte Constitucional, distinguiéndolo de la descentralización territorial pero tomándola como una consecuencia de la misma, autonomía que sirve para que las entidades territoriales fijen su propia política fiscal a través de las Secretarías de Hacienda, incluso sin la injerencia de las autoridades del nivel central. Infiere, más adelante, que la autonomía *“no consiste en la simple transferencia de funciones y responsabilidades del centro al nivel territorial sino que se manifiesta como un poder de autogobierno y autoadministración”*, proyectado en autonomía política, administrativa y fiscal.

Con el fin de asegurar el principio de autonomía de las entidades territoriales el legislador dividió electoralmente el territorio nacional en las circunscripciones nacional, departamental, municipal, local, indígena y especial, cada una de las mismas independientes entre sí, por lo cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades varía (Cita apartes de de los fallos de Sept. 17/2003 Exp. 2889-2907 y de Dic. 14/2001 Exp. 2773)

### **III.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Es la sentencia del 29 de mayo de 2008 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad del acto de elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como Diputado a la Asamblea de Santander (2008-2011), canceló la credencial entregada por la Organización

Electoral – Registraduría Nacional del Estado Civil y ordenó comunicar el fallo a las autoridades respectivas.

Tras relacionar las pruebas relevantes señaló el Tribunal que la prosperidad de la demanda dependía de la acreditación de los siguientes hechos: 1.- La elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como Diputado de Santander (2008-2011); 2.- El parentesco en “segundo grado de consanguinidad” (sic) entre el anterior y el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, y 3.- Que el último, dentro de los 12 meses anteriores a la elección acusada, ejerció autoridad civil, política o administrativa en el mismo departamento. El primer requisito se probó con la copia auténtica del Acta del Escrutinio de los Votos para la Asamblea, realizada el 6 de noviembre de 2007 (fls. 1 y 2); en cuanto al segundo, el parentesco se probó con la copia auténtica del registro civil de nacimiento del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA (fl. 18), según el cual es hijo de los señores CELMIRA BARRERA CASTILLO y NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA.

En cuanto a la demostración del tercero y último requisito, el Tribunal señaló que se probó que dentro del año anterior a la elección demandada el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA ofició como Director de Impuestos Nacionales, siendo designado mediante Resolución No. 07591 del 15 de septiembre de 2003 (fl. 40) y posesionándose mediante Acta No. 691 (fl. 38); también se probó que durante los días 28 y 29 de junio de 2007, según Decreto No. 2431 del 27 de junio de 2007 (fl. 103), estuvo encargado como Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales. Probados como fueron los anteriores hechos, dice el Tribunal, sólo restaba por determinar si desde esas posiciones aquél ejerció autoridad civil, política o administrativa en el departamento de Santander.

Con tal fin dijo que por analogía (Ley 153/1887 art. 8), se podía acudir a las definiciones de autoridad civil, política y administrativa previstas en los artículos 188, 189 y 190, que transcribe, las cuales dan para afirmar que esas formas de autoridad pueden identificarse a través de los criterios orgánico y funcional, por la alta posición jerárquica que haya ocupado la persona en la administración, como es el caso de alcaldes, secretarios de despacho, etc., y por las atribuciones inherentes al cargo, equiparables “*al poder de dictar medidas de política y hacerlas cumplir incluso con el auxilio de la fuerza pública, ser ordenador de gasto, tener poder de nominación o poder disciplinar al personal bajo su mando.*”.

Luego de citar apartes de la sentencia dictada por esta Sección el 28 de febrero de 2002 (Exp. 2804), el Tribunal A-quo acudió a extensa transcripción del fallo dictado por la Sala Plena de esta Corporación el 11 de febrero de 2008, en un proceso de pérdida de investidura, con el cual se hizo un examen funcional al cargo de Director de Impuestos Nacionales desempeñado por el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, concluyendo *“el ejercicio de autoridad civil de [éste] en su calidad de Director de Impuestos Nacionales durante los doce meses anteriores a la elección de su hijo NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA”*.

Respecto de si el ejercicio de la autoridad civil ocurrió en el departamento de Santander el Tribunal señaló que ello se cumple cuando la autoridad *“es ejercitada en un cargo del orden nacional, departamental o municipal, pues lo trascendente es que como resultado del ejercicio o desempeño de las funciones de un pariente respecto de quien aspira al cargo de elección popular, esté en capacidad de influir en el electorado, pues con ello se quiere cerrar el paso al nepotismo.”* Por tratarse de un cargo del nivel nacional es admisible sostener que el ejercicio de autoridad civil igual ocurre a nivel departamental.

No obstante lo anterior, para el Tribunal de las funciones asignadas al cargo de Director de Impuestos Nacionales igualmente se desprende que ejerce autoridad a nivel seccional y local, porque la definición de políticas tributarias y la ejecución del plan estratégico institucional debe desarrollarse allí; lo que también se puede predicar de la función de dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión tributaria y expedir las disposiciones atinentes a su cumplimiento.

Según los literales e) y q) del Decreto Ley 1071 de 1999 dicho funcionario dirige y coordina la recaudación, fiscalización, investigación, sanción, liquidación, etc., de los impuestos nacionales, lo cual se cumple a través de las dependencias del nivel seccional y local a su cargo. Asegura el Tribunal, además, que según lo dispuesto en el artículo 688 del Estatuto Tributario, es el Jefe de la División de Fiscalización Tributaria, perteneciente a la Dirección de Impuestos, quien debe expedir las actuaciones administrativas relativas a los procesos de determinación de impuestos, anticipos y retenciones, que son *“actos previos a la aplicación de las sanciones respecto de las obligaciones de informar, declarar y determinar correctamente los impuestos, anticipos y retenciones, función que necesariamente ejecuta bajo la dirección y coordinación de la Dirección de Impuestos.”*

El artículo 814 del Estatuto Tributario, en armonía con el literal h) del artículo 22 del Decreto 1071 de 1999, sostiene el Tribunal, le concede al Director de Impuestos Nacionales la facultad de conceder facilidades de pago al deudor o a un tercero a su nombre, hasta por 5 años, para el pago de impuestos de timbre, renta y complementarios, sobre las ventas y sobre la retención en la fuente; lo anterior se complementa con la facultad de practicar la supervisión de visitas a contribuyentes y todo lo anterior *“no es otra cosa que el ejercicio de su autoridad en los respectivos departamentos.”*. Para concluir sus apreciaciones el Tribunal adujo:

*“..., para esta Corporación, las distintas actividades y funciones asignadas al cargo y a la dependencia de la cual es titular el doctor Néstor Díaz Saavedra, demuestran que las actividades son ejercidas dentro de cada uno de los departamentos que conforman el territorio nacional, por lo que, resulta demostrado entonces que el Diputado NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA para la fecha de su elección, estaba incurso en la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000.*

*Si bien en el proceso se acreditó de igual forma, el ejercicio por parte del señor NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA del cargo de DIRECTOR GENERAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, el cual tuvo ocurrencia los días 28 y 29 de junio de 2007, considera la Sala como suficientes los argumentos esgrimidos anteriormente para que prospere la nulidad del acto de elección solicitado en la demanda.”*

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN**

El mandatario judicial del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA precisa que el único punto en discusión es el ejercicio de autoridad en el departamento de Santander por parte del Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, para cuya valoración debe acudir a una interpretación restrictiva. Las razones de la defensa se centran en los puntos que para el Tribunal demuestran tal circunstancia, a saber:

1.- Ejercicio de autoridad a nivel seccional y local por la definición de políticas tributarias y ejecución del plan estratégico institucional que comporta el desarrollo del mismo en los niveles seccional y local

Su argumentación parte por retomar un aparte de las consideraciones del fallo dictado por la Sala Plena para despojar de su investidura al Senador Dr. IVÁN DÍAZ MATÉUS, subrayando allí *“que lo determinante es definir si la persona o funcionario –no la institución pública- ejerce autoridad”*. Por ello, acusa de

vaguedad el fallo de primera instancia al no haber distinguido entre las funciones del Director de Impuestos Nacionales y las funciones de la Dirección General de Impuestos Nacionales como institución pública.

2.- De la dirección, planeación, organización y control de las operaciones relacionadas con la gestión tributaria y de la expedición de las disposiciones necesarias para su cumplimiento, se puede concluir que la potestad de instrucción sobre el cumplimiento de la ley tributaria, se cumple igualmente en los niveles seccional y local

Debe definirse la magnitud de las actividades de orientación organizacional al interior de las entidades para distinguir las de la potestad reglamentaria administrativa, que la tiene exclusivamente el representante legal de la entidad y no el Director de Impuestos. Agrega el apoderado que los niveles seccional y local, en lo atinente a impuestos, obran de forma autónoma gracias a la desconcentración que les ha sido dada. En ninguna de las actividades señaladas dicho funcionario tiene poder de decisión, solamente aporta en la fijación de directrices institucionales, pero como no se ha determinado el grado de su participación tampoco se puede establecer el grado de decisión que el mismo pueda tener sobre el particular. Las instrucciones que expide con base en el literal d) del artículo 22 del citado Decreto Ley y que decide socializar, no puede equipararse al ejercicio de una facultad pues *“corresponde a una habilidad instructiva o de orientación del quehacer de los servidores que colaboran con la Dirección en el desarrollo del objeto misional.”*

3.- De la dirección y coordinación de la recaudación, fiscalización, investigación, sanción, liquidación, etc., de los impuestos nacionales, a través de las dependencias seccionales y locales (D.L. 1071/1999 art. 22 lits. e) y q). Y de las funciones del Jefe de División de Fiscalización Tributaria que hace parte de la Dirección de Impuestos, consistente en proferir requerimientos especiales, pliegos y traslados de cargos, emplazamiento y declaración (E.T. Art. 668)

Señala que en esta oportunidad le fueron endilgadas funciones al Director de Impuestos Nacionales que ejecutan autónomamente las autoridades seccionales y locales, tanto que invocan funciones propias del Jefe de la División de Fiscalización Tributaria. Agrega que *“Otra cosa distinta es que organizacionalmente estén vinculados por lógica estructural de la entidad a la*

*Dirección de Impuestos*”, para luego afirmar que la administración pública moderna se caracteriza por la transferencia de competencias a funcionarios que se ubican por fuera de la sede de la entidad pública; por ello, lo que hagan esas dependencias no puede atribuírsele al Director de Impuestos. Luego se pregunta cómo podría influir el Director de Impuestos Nacionales en el proceso electoral de Santander cuando allí existen funcionarios que obran autónomamente? O por qué presumir la mala fe del funcionario seccional para asumir que se deja presionar para favorecer una determinada alternativa política?.

4.- De la facultad del Director de Impuestos Nacionales para conceder facilidades de pagos a los contribuyentes morosos (D.L. 1071/1991 art. 22 lit. h) y art. 814 E.T.)

De ello no se desprende el ejercicio de autoridad en el departamento de Santander, pues se trata de una facultad abstracta a la que puede acogerse todo el que cumpla los requisitos legales; sin embargo, allí no hay propiamente autoridad *“toda vez que dichas potestades no tienen la pertinencia de modificar o extinguir la obligación tributaria como tal, simplemente permite que su real pago se produzca en un término prolongado sin detrimento del fisco nacional”*.

5.- De la supervisión practicada por la Dirección de Impuestos para evaluar las visitas efectuadas a contribuyentes que implican injerencia en la División de Impuestos Seccionales y Locales, que de paso influyen en los contribuyentes con quienes entran en contacto las dependencias inferiores de la Dirección de Impuestos

Para el apoderado de nuevo se hace una interpretación extensiva de la norma, ya que esas funciones no corresponden al ejercicio de autoridad *“toda vez que una cosa es ejecutar poder de mando y otra muy distinta realizar actividades en función de una posición jerárquica. De asimilarse estos dos conceptos se estaría ante la premisa de que todo aquel que se encontrare en un grado superior en la estructura organizacional disfrutaría de autoridad civil, derruyéndose con ello el sentido excepcional y extraordinario de los funcionarios que son titulares de autoridad”*.

Por último insiste en la aplicación de un criterio restrictivo en la interpretación, sin olvidar que Colombia es un país que reconoce la autonomía de sus entidades

territoriales por la descentralización política y administrativa, sin que sea de recibo al apotegma de que *“quien puede lo más puede lo menos”*, para trasladar a este debate lo discurrido en el citado proceso de pérdida de investidura, donde el análisis se surtió frente a una autoridad del nivel nacional –Senado de la República- y no respecto de autoridades del nivel departamental o municipal.

## **V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

1.- Por el apoderado del demandado: Luego de dar algunas notas preliminares sobre lo que se acepta y lo que se debate, el apoderado presenta en el acápite *“2.- Principios de Hermenéutica de las Normas que Consagran Inhabilidades”*, argumentos sobre la necesidad de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales y como en estos eventos debe siempre primar una interpretación *pro homine* para no sacrificar los derechos políticos del demandado, acogiendo la lectura que garantice el pleno goce del derecho a ser elegido. Viene luego el capítulo *“3.- Del Núcleo Problemático Motivo de Disenso con la Decisión de Primera Instancia: El ejercicio de autoridad en el Departamento de Santander por parte del progenitor del Diputado en su calidad de Director de Impuestos Nacionales”*, en el que plantea de nuevo los 5 puntos referidos en el escrito de impugnación, por lo que a ellos se remite la Sala, salvo al precisar que la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ejerce autoridad en el departamento de Santander por medio de la Dirección Regional Nororiente y la Administración Local de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga y la Administración de Impuestos de Barrancabermeja, cubriendo la primera en materia tributaria todo el territorio del departamento, salvo lo de la segunda, y en materia aduanera en la totalidad.

Según los artículos 13 y 32 del D.L. 1071/99 el Director Regional Nororiente es el superior jerárquico de la administración local de impuestos y aduanas, de modo que es él quien ejerce autoridad administrativa y civil en el departamento de Santander, tanto en impuestos como en aduana, lo que se refuerza con el artículo 33 *ibídem*. También se apoya en el Decreto 1265 artículo 6, modificado por el Decreto 2392, que fija las divisiones con que cuentan las administraciones locales, así como en la Resolución 164 de agosto 9 de 1999 del Director General sobre delegación de funciones a otros funcionarios, para reiterar la inexistencia de autoridad en el mencionado funcionario, tanto que *“las autorizaciones para el*

*disfrute de vacaciones de los servidores públicos se encuentra en cabeza del Director Regional o del respectivo administrador local”.*

De la Resolución 1618 del 22 de febrero de 2006 expedida por el Director General de la DIAN se desprende que al Director de Impuestos no se le fijan funciones de ejecución sino de articulador de la estructura organizacional de la entidad en el área de impuestos; las funciones descritas en su artículo 49 fueron atribuidas por el Tribunal A-quo al citado funcionario, cuando son de las administraciones locales y seccionales; lo mismo ocurre con la función relativa a las facilidades de pago del artículo 814 del E.T., puesto que está asignada al Subdirector de Cobranzas y los administradores. La función fiscalizadora compete al Jefe de la Unidad de Fiscalización. Esta parte la culmina diciendo que el Tribunal A-quo falló un caso similar en el que sí dio credibilidad a una certificación sobre inexistencia de autoridad.

En el acápite de conclusiones dice que el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en vía de hecho por defecto fáctico absoluto en la valoración que hizo del Decreto 1071 de 1991, según las reflexiones anteriores y porque el oficio 690001 del 27 de febrero de 2008 expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales daba cuenta de que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA no tenía facultades de nominación, o como se dijo en otra certificación no contrataba ni ejercía facultades sancionatorias; reitera que en otro fallo del mismo Tribunal sí se le dio crédito a una certificación similar.

Luego se vuelve a hacer un examen funcional del cargo y se retoma el principio de la autonomía de las entidades territoriales, para luego llegar a tratar el tema de sus fuentes de financiación. Sostuvo que el legislador no está autorizado para limitar la competencia de los entes territoriales, de modo *“que en principio existe una autonomía absoluta en el manejo tributario y fiscal de los recursos propios por parte de [los mismos]”*, y que por virtud del principio de autonomía de las entidades territoriales el Director de Impuestos Nacionales no tiene injerencia en la circunscripción electoral del departamento de Santander porque allí la tienen el Director Regional y los Administradores Locales y Especiales. En lo demás el escrito vuelve sobre argumentos ya expuestos.

2.- Por el demandante: En su escrito se reiteran los argumentos esgrimidos en la demanda sobre la configuración de la causal de inhabilidad prevista en el artículo

33 de la Ley 617 de 2000, señalando que el ejercicio de autoridad civil por parte del Dr. DÍAZ SAAVEDRA, a nivel nacional, se determinó por la Sala Plena en su fallo del 11 de febrero de 2008, lo que de paso permite afirmar que también ejerce autoridad administrativa, por estar comprendida dentro de aquélla. Esas formas de autoridad las ejerció por medio de las regionales, gracias a la figura de la desconcentración, sin que ello conduzca a pensar que carece de injerencia en los asuntos regionales del departamento de Santander.

Encuentra igualmente configurada la causal de inhabilidad de haber sido representante legal de entidades que administren tributos, contenida en la misma causal, puesto que en dos oportunidades el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA estuvo encargado de la Dirección General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, organismo que por excelencia se ocupa de administrar los tributos nacionales, así revelado por los artículos 2, 3 y 4 del D.L. 1071/99.

## **VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado pidió confirmar el fallo apelado y para ello empezó valorando los medios de prueba relevantes que fueron incorporados al plenario, con los cuales se acreditó el parentesco denunciado y que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, dentro del año anterior a la elección, ocupó el cargo de Director de Impuestos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como estuvo encargado en dos oportunidades (Oct. 16 a 21/06 y Jun. 28 y 29/07), como Director General.

La colaboradora fiscal no participa de la tesis de la defensa, para quien la autoridad en el nivel departamental la ejerce el Director Regional Nororiental y los Administradores Locales y Especiales, puesto que dicha entidad se creó atendiendo al criterio de la descentralización administrativa por ser una unidad administrativa especial dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y que para atender sus funciones se acude a la desconcentración, pero que *“el hecho de que la DIAN para efectos de la realización de sus funciones haya creado seccionales, ello no implica que la función se ejerza con absoluta competencia y sin sujeción a la jerarquía establecida al interior del establecimiento; el argumento propuesto por el*

*apoderado de la parte demandada, podría tener cabida si la organización política asumida obedeciera a la forma de estado federal”.*

Por la forma como se redactó la inhabilidad al decir “*en el respectivo departamento*”, ha de entenderse, dice la agente del Ministerio Público, que el funcionario no debe ser del nivel departamental, que no debe existir una relación de pertenencia con esa entidad territorial, pues lo relevante es que la autoridad se ejerza allí sin importar al nivel al que pertenezca el empleo. Se concluyó enseguida:

*“...que el cargo de Director de Impuestos de la Dirección de Impuestos de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos de la Dirección de Impuestos de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, por razón de pertenecer a una entidad del orden nacional, ejerce sus funciones en todo el territorio de la República de Colombia y en ese entendido comprende al Departamento de Santander que es una parte que integra el mismo”*

De igual forma halló probado que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA ejerció autoridad civil desde la Dirección de Impuestos Nacionales, basándose para ello en lo argumentado en el fallo del 11 de febrero de 2008 proferido por la Sala Plena, igualmente empleado por el Tribunal A-quo.

## **VII. EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación se admitió con auto del 9 de julio de 2008, disponiéndose la fijación en lista del proceso por tres días, vencidos los cuales se daría traslado por tres días más para que las partes formularan alegatos de conclusión, pudiendo la agente del Ministerio Público pedir traslado especial para rendir concepto. Presentados los alegatos y rendido el concepto del caso, ingresó el expediente al Despacho para dictar sentencia de mérito.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1.- Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de esta acción electoral en segunda instancia, está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2.- De la Prueba del Acto Acusado

El acto de elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como Diputado a la Asamblea del Departamento de Santander, por el Partido Conservador Colombiano y para el período constitucional 2008-2011, se probó con copia auténtica del Acta del Escrutinio de los Votos para Asamblea – Elecciones Octubre de 2007 ó formulario E-26 AS, expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 6 de noviembre de 2007 (fls. 1 y 2).

### 3.- Cuestiones Previas

#### 3.1.- Precisión de la Acusación

No puede abordar la Sala el estudio de la impugnación formulada por el apoderado judicial de la parte demandada contra el fallo proferido el 26 de mayo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Santander, sin antes hacer claridad sobre el auténtico sentido de la acusación elevada por el ciudadano JAIME DE JESÚS MARTÍNEZ SANDOVAL, ya que en el fallo se sostuvo por el A-quo que el reproche se inspiraba en el ejercicio de *“autoridad civil, política o administrativa en el mismo departamento”*<sup>1</sup> por parte del Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA dada su condición de Director de Impuestos Nacionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pese a que la demanda no hace mención a todas las formas de autoridad allí citadas y mucho menos desarrolla el concepto de la violación en torno a cada una de las mismas.

---

<sup>1</sup> Lo dicho se evidencia, por ejemplo, cuando en la página 14 del fallo se establece como uno de los presupuestos de la causal de inhabilidad *“Que el señor NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, dentro de los doce meses anteriores al acto de elección del señor NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como Diputado a la Asamblea Departamental de Santander, hubiera ejercido autoridad civil, política o administrativa en el mismo departamento”*.

Si bien el accionante JAIME DE JESÚS MARTÍNEZ SANDOVAL invocó como causal de inhabilidad la prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en cuanto prescribe que no podrá ser inscrito ni elegido *“Quien tenga vínculo por matrimonio o unión permanente en segundo de grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento;...”*, la acusación se concentró exclusivamente en el ejercicio de autoridad administrativa, como así lo evidencia el quinto hecho de la demanda donde se afirma que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA como Director de Impuestos Nacionales y como Director General (e) de la DIAN *“ejerció Autoridad Administrativa en el Departamento de Santander”*.

Pero no es tan solo en los hechos de la demanda donde el demandante concentra su acusación por parentesco del elegido con una persona que ejerció dentro de los 12 meses anteriores a la elección autoridad administrativa, también lo hace a lo largo de su acápite de normas violadas y concepto de la violación, donde reiterativamente se afirma: a.- *“...el Señor Padre del Diputado ejerció Autoridad Administrativa dentro de los doce meses anteriores a la correspondiente elección como Director de Impuestos y Aduanas Nacionales...”* (sic); b.- *“..., ya que su Señor Padre ejerce autoridad Administrativa en el Departamento de Santander por el alto cargo que desempeña en la Dirección de Impuestos Aduanas Nacionales...”* (sic); c.- *“...ya que su Señor Padre es actualmente y durante el año anterior a la fecha de su Elección ejerció y ejerce funciones con Autoridad Administrativa ya sea en el cargo de Director de Impuestos Nacionales o de Director General de Impuestos y de Aduanas Nacionales (E).”*

En este orden de ideas, la Sala asumirá el conocimiento de la alzada tomando en cuenta que si bien el accionante invoca como causal de inhabilidad la prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, su estudio se concentrará en la eventual configuración de la misma porque el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, padre del Diputado Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA, dentro de los 12 meses anteriores a la elección ejerció autoridad administrativa, tanto por haberse desempeñado como Director de Impuestos Nacionales como por haber ocupado en encargo el empleo de Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Lo anterior se justifica en que si bien los jueces están llamados a interpretar las demandas para asegurar el efectivo acceso a la administración de justicia, ello debe ocurrir sin menoscabar las garantías fundamentales de la parte contraria, en virtud a que la interpretación no puede llevar a inferir la existencia de reparos que no son planteados en la demanda, por el grave perjuicio que ello acarrea para la defensa, quien no podrá contra argumentar respecto de imputaciones cuya existencia apenas son deducidas al momento de emitir sentencia. Por tanto, la interpretación de ese escrito será conforme al conjunto axiológico de la Constitución en la medida que no vulnere el derecho fundamental al debido proceso del demandado, cuyo acto electoral que le genera una situación jurídica particular y concreta no puede valorarse a la luz de imputaciones implícitas, establecidas en la sentencia.

### **3.2.- Competencia de la Sección Quinta**

Según se dijo arriba, la nulidad del acto de elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como Diputado a la Asamblea de Santander, período constitucional 2008-2011, se apoya en la afirmación de que para ese entonces estaba incurso en la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, porque su padre, el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, dentro de los 12 meses anteriores a la elección surtida el 28 de octubre de 2007, ejerció autoridad administrativa por haberse desempeñado como Director de Impuestos Nacionales y por haber ocupado el cargo de Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, en encargo.

El Tribunal Administrativo de Santander, en su fallo del 29 de mayo de 2008, declaró la nulidad de la elección y dispuso lo consiguiente, tras hallar configurada la inhabilidad invocada con base en el desempeño del Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA como Director de Impuestos Nacionales, como así se desprende de la siguiente cita de la sentencia:

*“En conclusión, para esta Corporación, las distintas actividades y funciones asignadas al cargo [de Director de Impuestos Nacionales] y a la dependencia de la cual es titular el doctor Néstor Díaz Saavedra, demuestran que las actividades son ejercidas dentro de cada uno de los departamentos que conforman el territorio nacional, por lo que, resulta demostrado entonces que el Diputado NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA para la fecha de su elección, estaba incurso en la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000.”*

También se aclaró por el Tribunal A-quo que el reparo por el desempeño del Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA en el cargo de Director General (e) de la DIAN dentro del mismo lapso, no era necesario estudiarlo dada la prosperidad de la imputación anterior, al decir:

*“Si bien en el proceso se acreditó de igual forma, el ejercicio por parte del señor NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA del cargo de DIRECTOR GENERAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, el cual tuvo ocurrencia los días 28 y 29 de junio de 2007, considera la Sala como suficientes los argumentos esgrimidos anteriormente para que prospere la nulidad del acto de elección solicitado en la demanda.”*

Dicha sentencia fue impugnada exclusivamente por el apoderado judicial del demandado, tal como lo acredita el escrito de apelación visible de folios 218 a 225, el informe secretarial del folio 231 y el auto que la concedió fechado el 12 de junio de 2008 con el número 232 de la foliatura. Frente a las anteriores circunstancias debe preguntarse la Sala: ¿Qué comprende su competencia?

Aunque en el artículo 170<sup>2</sup> del C.C.A., se regula lo atinente al contenido de las sentencias proferidas por esta jurisdicción, dicho precepto no establece regla alguna de competencia para el superior al ocuparse del recurso de apelación, siendo necesario, entonces, que por virtud del principio de integración normativa previsto en el artículo 267<sup>3</sup> ibídem, se acuda a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil. En esta codificación el ámbito de competencia funcional del juez de segundo grado se rige por lo dispuesto en los artículos 311 y 357, cuyo contenido resulta apropiado citar:

**“Artículo 311.- Adición.** (Mod. Dto. 2282/1989 art. 1 num. 141). *Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.*

***El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación;***

---

<sup>2</sup> Esta norma dispone: “La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.”

<sup>3</sup> El precepto enseña: “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.”

*pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*

*Los autos sólo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.”*

**“Artículo 357.- Competencia del superior.** (Mod. Dto. 2282/1989 art. 1 num. 175). **La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”** (Negrillas de la Sala)

De acuerdo con las disposiciones anteriores la competencia funcional del juez de segundo grado experimenta algunas restricciones. La principal fuente de inspiración de las mismas es el principio de la *no reformatio in pejus*, de consagración constitucional en el artículo 31 de la Constitución al precisar que “*El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*”, mandato de abstención que si bien parece dirigirse a los jueces investidos del *ius puniendi* del Estado Colombiano, igualmente opera, por ejemplo, en el contexto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos jueces deben imperativamente acatar la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único.

Ello se explica en el contenido de los artículos 311 y 357 transcritos, puesto que allí bien claro estableció el legislador que la competencia de los jueces de segunda instancia no es ilimitada sino que está sujeta a los parámetros dados en la apelación. En efecto, según el artículo 357 la competencia del superior solamente será plena en tanto la impugnación provenga de los dos extremos de la relación jurídico-procesal, pero se restringirá a los precisos términos de la apelación si se trata de apelante único, salvo que lo no apelado guarde tal relación con la materia impugnada que no sea posible resolver lo uno sin lo otro, es decir la inescindibilidad temática habilitaría una suerte de competencia extendida a asuntos ubicados al margen de los planteamientos del apelante.

Ahora, si frente a una demanda compuesta por dos imputaciones el juez de primera instancia encuentra probada una de las mismas y deja de pronunciarse sobre la otra –como en el sub lite-, la apelación interpuesta solamente por la parte demandada no beneficia a la parte accionante, de modo que el juez de segundo

grado carece de competencia para hacer un examen pleno de los cargos y para complementar la sentencia del A-quo en aquella parte del reproche frente a la cual se guardó silencio. Así lo establece precisamente el artículo 311 del C. de P. C., que sobre el particular distingue cómo se debe proceder en cada una de las instancias del proceso. Si se trata de la primera instancia, ante la falta de resolución de alguno de los puntos planteados en el debate, se podrá dictar sentencia complementaria dentro del termino de ejecutoria, a solicitud de parte interesada e incluso de oficio; pero si lo anterior no se hizo el juez de la segunda instancia únicamente podrá complementar la sentencia del A-quo *“siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación”*. Esta ha sido la posición de la jurisprudencia de la Sección de tiempo atrás:

*“La sentencia del ad quem no puede agravar la situación del apelante definida por la sentencia apelada, cuando es recurrida por una sola de las partes, conforme al principio de la no reformatio in pejus consagrado en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Política, y que además, la competencia del juez de segunda instancia se halla delimitada por los argumentos de la apelación presentada oportunamente, y para revisar la providencia solo en los aspectos en que puedan ser desfavorables a los apelantes, salvo que el recurso lo hubieran presentado ambas partes o se hubiera proferido sentencia inhibitoria.”<sup>4</sup>*

Así las cosas, colige la Sala que su competencia en este asunto solamente le permite revisar la legalidad del fallo proferido el 29 de mayo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Santander, desde la perspectiva del cargo que halló demostrado, esto es la configuración de la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 porque dentro de los 12 meses anteriores a la elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA, su padre el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA ejerció autoridad administrativa por haberse desempeñado como Director de Impuestos de la Dirección de Impuestos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

A contrario sensu, por carecer de competencia para ello, la Sección no abordará el estudio del cargo relativo a la configuración de la misma causal de inhabilidad porque el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, padre del demandado, ejerció autoridad administrativa dentro de los 12 meses anteriores a la elección, al haberse desempeñado como Director General (e) de la DIAN, puesto que el Tribunal A-quo

---

<sup>4</sup> Sentencia del 24 de abril de 2003. Expediente: 3073.

no se pronunció sobre el particular y la parte demandante no apeló en esa parte el fallo o se adhirió al recurso de apelación interpuesto por su contraparte.

### **3.- Hechos Relevantes Probados**

Dentro del informativo se probaron los siguientes hechos de especial importancia:

1.- Parentesco en primer grado de consanguinidad entre el Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA y el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, ya que según la copia auténtica del registro civil de nacimiento obrante a folio 18 del informativo, se establece que el primero es hijo del último y de la señora CELMIRA BARRERA CASTILLO.

2.- Designación y posesión del Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA en el empleo de Director de Impuestos de la Dirección de Impuestos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, lo cual se surtió a través de la Resolución No. 07591 del 15 de septiembre de 2003 suscrita por el Director General y del Acta de Ubicación y Designación de la misma fecha –Acta de Posesión-, aportadas al plenario en copia auténtica según se advierte a folios 38 a 40.

### **3.- Problema Jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si la elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como Diputado a la Asamblea del Departamento de Santander, para el período constitucional 2008 – 2011, está viciada de nulidad por haber incurrido en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 *“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”*, dado el parentesco en primer grado de consanguinidad que tiene con el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA –su padre-, quien dentro de los 12 meses anteriores a la elección actuó como Director de Impuestos de la DIAN. Por lo mismo, determinará la Sala si esa posición burocrática le permitió al último el ejercicio de autoridad administrativa, y de ser así se establecerá si ese poder

igualmente tuvo injerencia en el departamento de Santander, donde resultó elegido Diputado el Dr. DÍAZ BARRERA.

#### **4.- Del ejercicio de autoridad administrativa por parte del Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA en su calidad de Director de Impuestos Nacionales de la DIAN**

Esta parte de la acusación, que halló probada el Tribunal Administrativo de Santander, sostiene que la elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como miembro de la Asamblea del mismo departamento, para el período constitucional 2008-2011, está viciada de nulidad porque su padre, el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, dentro de los 12 meses anteriores a esa conquista política actuó como Director de Impuestos Nacionales de la DIAN, configurándose así la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 que dispone:

***“Artículo 33.- De las Inhabilidades de los Diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: (...)***

*5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento;...”*

La posición fijada al respecto por el Tribunal A-quo tuvo como fundamento, entre otras razones, buena parte de las consideraciones vertidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en su sentencia del 11 de febrero de 2008, proferida dentro del expediente 110010315000200700287-00, por medio de la cual se decretó la pérdida de la investidura ostentada por el Senador Dr. IVÁN DÍAZ MATEUS, tras haberse configurado la causal prevista en el numeral 1º del artículo 183 Constitucional por violación al régimen de inhabilidades, concretamente porque fue elegido contra lo prescrito en el numeral 5 del artículo 179 ibídem, ya que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA –tío del Senador- para la época de las elecciones ocupaba el cargo de Director de Impuestos Nacionales de la DIAN, empleo que, según la Sala Plena, le permitió ejercicio de autoridad civil.

Lo relevante de ese fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desde la perspectiva que interesa a este examen, es el estudio y conclusiones obtenidos frente al ejercicio de autoridad civil por parte del Director de Impuestos Nacionales.

Para colegir el ejercicio de autoridad por parte del mismo funcionario la Sala Plena acudió a una valoración orgánica y funcional del cargo de Director de Impuestos Nacionales, precisando *“que se encuentra en el segundo nivel de la jerarquía de la DIAN”*, y que las funciones asignadas en el artículo 22 del Decreto Ley 1071 de 1999, muchas de las cuales examinó en detalle, confieren a su titular el ejercicio de dicha autoridad, tal como así se afirmó al final de la parte motiva:

*“En conclusión, para esta Corporación, las distintas actividades asignadas al cargo y a la dependencia de la cual es titular el doctor Néstor Díaz Saavedra –las cuales no es necesario comentar de manera completa, es decir, cada uno de sus literales, por la claridad que expresan las que se acaban de destacar-, demuestran que las actividades encomendadas al Director de Impuestos, para la época de la elección de su sobrino al Senado, constituyen un ejemplo típico de autoridad civil, en los términos en que lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala.”*

Aunque la Sala Plena halló demostrado el ejercicio de autoridad civil por parte del Director de Impuestos de la DIAN, Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, ello no imposibilita examinar si éste ejerció autoridad administrativa bajo el mismo esquema funcional y orgánico del cargo, puesto que ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación que *“no queda duda que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie”*<sup>5</sup>, debido precisamente a la gran afinidad descriptiva existente entre lo definido por el legislador como dirección administrativa en el artículo 190<sup>6</sup> de la Ley 136 de 1994 y lo que el mismo órgano definió como autoridad civil en el artículo 188<sup>7</sup> ibídem.

Con todo, la Sala considera que el cargo de Director de Impuestos Nacionales de la DIAN, desempeñado por el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, no le permite a su

---

<sup>5</sup> Sentencia de la Sala Plena del 1º de febrero de 2000. Expediente: 2634.

<sup>6</sup> Esta norma dispone: *“Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales. También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”*

<sup>7</sup> Esta norma prescribe: *“Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones: 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública. 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación. 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.”*

titular el ejercicio de autoridad administrativa, ya que ni orgánica ni funcionalmente ostentaba alguna de las atribuciones previstas en el artículo 190 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994<sup>8</sup> “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, bajo argumentos que a continuación se esbozan:

En estos casos es necesario que el operador jurídico tome en cuenta el principio de derecho internacional que manda que toda interpretación que se realice sobre el ejercicio y alcance de los derechos fundamentales debe siempre ser favorable a su titular, permitiendo con ello niveles óptimos de desarrollo social, incluido allí el campo de los derechos políticos. Ese ingrediente hermenéutico potencializador de los derechos fundamentales se conoce en el concierto internacional como el principio *pro hominem*, de consagración supraconstitucional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>, y su eficacia en el ordenamiento jurídico interno fue reconocida por el propio constituyente en disposiciones como el artículo 93 superior al consagrar que “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*”. Al respecto la Doctrina Constitucional ha expuesto:

*“(…) en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, **entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia***<sup>10</sup>. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que **entre dos interpretaciones posibles de una disposición**

---

<sup>8</sup> Esta disposición establece: “Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones: 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública. 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación. 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.”.

<sup>9</sup> Al respecto puede consultarse el artículo 29 de ese Tratado de Derecho Internacional que consagra el principio *pro hominem* al señalar: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

<sup>10</sup> Ver sentencia C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y sentencia C-358 de 1997, Fundamento 15.5

**constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona”<sup>11</sup> (Negrillas fuera del original).**

Acogiendo esas reglas del derecho internacional que abogan por la primacía de los derechos fundamentales cuando deban interpretarse textos jurídicos restrictivos del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en el orden interno se consagró la regla de interpretación *pro hominem*. Ello se hizo a través del Decreto 2241 de 1986 ó Código Electoral al consagrar en su artículo 1º:

*“El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresado en las urnas.*

*En consecuencia, **el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores:** (...)*

*4.- **Principio de la capacidad electoral.** Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. **En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida.** (...)* (Resalta la Sala)

Así las cosas, la interpretación que deba hacer el juez de lo electoral para determinar si se configura o no la causal de inhabilidad por intervención en celebración de contratos, debe inspirarse en la garantía de los derechos fundamentales y la vigencia del principio *pro hominem*, dado que está en medio la presunción de legalidad de un acto electoral, así como la continuidad en el goce del derecho fundamental a conformar el poder político del demandado.

Por tanto, al alegarse el ejercicio de autoridad administrativa por parte del allegado al demandado, es necesario que la misma se pruebe desde una perspectiva orgánica o funcional. Tal como lo preceptúa el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, que ha sido acogido como criterio analógico para fijar el contenido de la autoridad administrativa, la misma se configura desde una perspectiva orgánica para las

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

máximas autoridades administrativas de las entidades territoriales del nivel local, como el alcalde, los secretarios del despacho, gerentes de entes descentralizados, entre otros; y desde el punto de vista funcional la autoridad administrativa le asiste a los funcionarios revestidos de poder de mando para celebrar contratos, ordenar los gastos de la entidad, decidir situaciones administrativas sobre el personal bajo su mando, ejercer el poder de nominación respecto de los mismos y por último, ejercer el poder disciplinario para investigar y sancionar a los servidores públicos a él asignados, cuando exista mérito para ello.

Ahora, pese a que los artículos 9 y 10 del Decreto Ley 1071 de 1999 *“Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones”*, ubican al Director de Impuestos de la DIAN en el primer nivel administrativo de la entidad, dentro de la estructura orgánica del nivel central, esta posición jerárquica, por sí sola, no evidencia el ejercicio de autoridad administrativa, ya que su titular no cuenta con poder de mando para ejecutar cualquiera de las funciones características de esa forma de autoridad, como así lo corrobora un examen funcional del cargo.

En efecto, ninguna de las funciones atribuidas al Director de Impuestos de la DIAN en el artículo 22 del Decreto Ley 1071 de 1999, acreditan la existencia de un poder de mando derivado de la autoridad administrativa. En primer lugar, porque el encabezado de esa disposición da a entender que esas atribuciones son ejercidas por otros servidores públicos al decir que *“La Dirección de Impuestos, de acuerdo con las políticas e instrucciones señaladas por la Dirección General y en coordinación con las demás áreas de la Entidad y a través del funcionario que se desempeñe en su jefatura o de las dependencias a su cargo...”*. De igual forma, las distintas funciones allí enlistadas son caracterizadas como de coordinación, atribución que no puede ser interpretada como ejercicio de autoridad pues sencillamente no permite la adopción de decisiones.

En segundo lugar, ninguna de las funciones allí señaladas dan pie a sostener que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA ejerza autoridad administrativa. Las consagradas en los literales b)<sup>12</sup> y c)<sup>13</sup> no permiten la toma de decisiones

---

<sup>12</sup> *“Participar en la definición de políticas en materia de tributos internos y en la preparación de los proyectos gubernamentales que tengan relación con los impuestos a su cargo”*

administrativas puesto que tratan de la dirección política de la entidad en materia tributaria y en el diseño del plan estratégico institucional; de igual forma involucran los verbos rectores “*dirigir*”, “*coordinar*” y “*ejecutar*”, referidos a los planes operativos de las dependencias a su cargo, lo que mirado en su conjunto no es más que la organización del trabajo de esas oficinas, sin involucrar toma de decisiones o ejercicio de autoridad administrativa.

La función del literal d)<sup>14</sup> no tiene el alcance administrativo. La facultad de expedir instrucciones y disposiciones para facilitar el cumplimiento de la normatividad relativa a la materia tributaria no refleja ejercicio de autoridad administrativa, pues no puede asimilarse al ejercicio de una facultad reglamentaria administrativa, ya que apenas sí corresponde en cambio a una competencia instructiva o de orientación de la actividad de los funcionarios que colaboran con la Dirección en su misión institucional; tampoco corresponde a una facultad normativa porque entre una instrucción y un reglamento existen diferencias que saltan a la vista.

Las facultades de los literales e)<sup>15</sup> f)<sup>16</sup> y q)<sup>17</sup>, tampoco permiten inferir el ejercicio de dicha autoridad, puesto que la dirección y coordinación de actividades relacionadas con la administración de los distintos contribuyentes, o la dirección y coordinación de las actividades atinentes a la recaudación, investigación, fiscalización, determinación, penalización, sanción, liquidación, discusión, etc., o la dirección, coordinación y evaluación de los procesos de penalización tributaria, no invisten al Director de Impuestos Nacionales, ya que las funciones atinentes a la dirección, coordinación y evaluación, como las descritas, no reconocen poder de mando alguno, eso si evidencian el carácter auxiliar o de apoyo en la toma de esas decisiones.

---

<sup>13</sup> “Participar en la definición del plan estratégico institucional y garantizar su ejecución en la Dirección, así como dirigir y coordinar la elaboración y ejecución de los planes operativos de las dependencias a su cargo”.

<sup>14</sup> “Dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión tributaria y expedir las instrucciones y disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias”

<sup>15</sup> “Dirigir y coordinar las actividades relacionadas con la recaudación, investigación, fiscalización, determinación, penalización, sanción, liquidación, discusión, cobro y devolución e) Dirigir y coordinar las actividades relacionadas con la recaudación, investigación, fiscalización, determinación, penalización, sanción, liquidación, discusión, cobro y devolución de los impuestos nacionales y sanciones, y de los demás emolumentos de competencia de la Dirección de Impuestos, así como las relacionadas con el análisis de las estadísticas fiscales;”

<sup>16</sup> “Dirigir las actividades relacionadas con la administración de los grandes contribuyentes, de los pequeños y medianos contribuyentes, y de los pequeños y medianos contribuyentes en proceso de normalización, así como con el control, la supervisión y seguimiento de los mismos;”

<sup>17</sup> “Dirigir, coordinar y evaluar, los procesos sobre penalización tributaria y disponer el traslado de expedientes a la autoridad competente;”

De igual modo, no es cierto que esas atribuciones faculten al Director de Impuestos Nacionales de la DIAN para imponer sanciones. Así no es, gracias a que no es admisible interpretación extensiva o amplificadora del concepto de autoridad y porque el verdadero administrador de los tributos, incluso con poder sancionatorio, es el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, representante legal de la entidad (art. 2), organismo que es titular de esa facultad por así disponerlo el literal b) del artículo 18 del Decreto 1071 de 1999:

*“Administrar los impuestos, derechos de aduana y demás impuestos al comercio exterior, en lo correspondiente a su recaudación, fiscalización, control, represión, **penalización**, liquidación, discusión, cobro, devolución y **sanción**, así como controlar las obligaciones cambiarias derivadas de operaciones de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones” (Negrillas no son del original)*

No es procedente, entonces, atribuir a la Dirección de Impuestos un poder sancionatorio que radica legalmente en la Dirección General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Reproducida art. 19 lit. b)), so pretexto de tener frente a la misma la función de dirección, coordinación y evaluación, competencias que a lo sumo se establecieron con el propósito de facilitar al representante legal de la unidad administrativa el normal desempeño de su ius puniendi.

En lo relativo a la función del literal h) del artículo 22, que permite *“Conceder el plazo adicional consagrado en el inciso final del artículo 814 del Estatuto Tributario, para las facilidades de pago”*, tampoco es factible derivar de allí el ejercicio de autoridad administrativa, ya que la extensión del plazo para que se cumplan con las obligaciones tributarias no tiene la virtud de modificar el contenido de la obligación tributaria, tan sólo permite que su pago se produzca en un término más prolongado.

Sobre las funciones asignadas en los literales x)<sup>18</sup> y bb)<sup>19</sup> deben hacerse las siguientes observaciones. La evaluación y la labor de supervisión no pueden catalogarse como ejercicio de autoridad, ya que una cosa es ejercer poder de mando y otra bien distinta es actuar en función de una determinada posición

---

<sup>18</sup> *“Evaluar la supervisión de visitas a contribuyentes, responsables, agentes retenedores y declarantes con el fin de verificar la consistencia y calidad de las investigaciones y verificaciones practicadas por la Administraciones Especiales, Locales y Delegadas;”*

<sup>19</sup> *“bb) Ejecutar las actividades de carácter internacional en materia tributaria en las que participe la entidad, en coordinación con la Secretaría de Desarrollo Institucional y de acuerdo con las instrucciones del Director General;”*

jerárquica, si se confundieran los dos conceptos todo aquel que estuviera un grado más arriba en la estructura jerárquica gozaría de autoridad civil, desvirtuándose con ello el carácter excepcional de los funcionarios que son titulares de autoridad. Y, en lo atinente a la ejecución de actividades de carácter internacional, no puede confundirse la ejecución con el diseño de esas actividades, la ejecución sólo demuestra –en el mejor sentido de la palabra- el papel instrumental que cumple el Director de Impuestos, quien está al servicio del Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, verdadero artífice del manejo de las relaciones internacionales de la entidad, ya que en los literales hh), jj) y kk) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999 le fueron asignadas las funciones de promoción, gestión y coordinación de esas actividades.

En conclusión, no basta que los funcionarios públicos tengan alguna injerencia en la toma de decisiones, sin que sean ellos quienes las adopten, o que participen de la ejecución de las mismas, o lo que es más importante aún, que contribuyan con su coordinación, puesto que asimilar esas competencias al ejercicio de autoridad administrativa no rinde tributo al principio supraconstitucional *pro hominem* que asegura el carácter restrictivo de los regímenes que busquen limitar el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación del poder político, en especial cuando en casos como el presente se pretende derivar el ejercicio de tal autoridad de funciones que no permiten a su titular poner en marcha el poder público en función de mando.

Las disquisiciones anteriores permiten inferir que no es cierto que el cargo de Director de Impuestos Nacionales de la DIAN habilite a su titular, Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, a ejercer autoridad administrativa, puesto que desde una óptica restrictiva, que es la establecida en los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano y recogido internamente en el principio de la Capacidad Electoral, ninguna de las funciones asignadas a ese cargo le otorgaban la competencia para “Ejercer el poder público en función de mando”, haciendo nombramientos o removiendo al personal asignado a su dependencia, o imponiendo sanciones de algún tipo o actuando como ordenador del gasto, o trazando las políticas inherentes al objeto de la DIAN. Y, la injerencia que pudiera tener en la toma de decisiones o su participación en la ejecución de las mismas, no bastan para atribuirle esa forma de autoridad prevista en la causal de inhabilidad que se le imputa al demandado. Por tanto, el cargo no prospera.

## 6.- Conclusiones

Lo discurrido hasta el momento permite inferir a la Sala que el fallo impugnado será revocado, al no haberse configurado la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, puesto que el Dr. NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, padre del demandado, si bien ocupó dentro de los 12 meses anteriores a la elección acusada el cargo de Director de Impuestos Nacionales de la DIAN, ese empleo no le permitió el ejercicio de autoridad administrativa. En reemplazo de lo decidido por el Tribunal A-quo, se denegarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### F A L L A

**PRIMERO:** REVOCAR la sentencia anulatoria dictada el 29 de mayo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del Proceso Electoral promovido por JAIME DE JESÚS MARTÍNEZ SANDOVAL contra la elección del Dr. NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA como Diputado a la Asamblea de Santander (2008-2011), y en su lugar se dispone: **Denegar** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

### CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**  
**Presidenta**  
**Con Salvamento de Voto**

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN**

**FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA**

**MAURICIO TORRES CUERVO**  
Con Salvamento de Voto

**FÉLIX FRANCISCO HOYOS LEMUS**  
Conjuez