TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN DE ORALIDAD

MAGISTRADA PONENTE: YOLANDA OBANDO MONTES

Medellín, cinco (5) de abril de dos mil trece (2013)

REFERENCIA	
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00198 00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - IMPUESTOS
DEMANDANTE	C.I. METALES Y DERIVADOS S.A.
DEMANDADO	DIAN
ASUNTO	NO DECRETA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Ejecutoriado como se encuentra el auto que ordenó correr traslado de escrito mediante el cual la entidad demandante solicitó la suspensión provisional de **"los actos administrativos preparativos y finales como son la Resolución Sanción No. 112412011001033 del 13 de septiembre de 2011 por la cual se resolvió imponer una sanción pecuniaria a la empresa dentro del expediente IK 2008 2009 3553 y de la Resolución No. 900.234 del 04 de octubre de 2012 por la cual se decide un recurso de reconsideración 2011 y se confirma la resolución sanción impuesta y el Pliego de Cargos No. 11238201100075 del 03 de marzo de 2011 en el cual se propuso la sanción por irregularidad..."**, procede el Despacho a decidir sobre su procedencia o no teniendo en cuenta los siguientes,

HECHOS

1. Mediante auto de apertura No. 112382009003553, la entidad demandante ordenó iniciar investigación a la empresa accionante por concepto de renta del año 2008 periodo 1.
2. El día 24 de septiembre de 2009 fue realizada, por parte de la DIAN, inspección contable manifestando entre otras cosas que:

"El contribuyente no tiene registrado en cámara de comercio el libro de inventarios y balances..."(Fl 70).

3. La entidad demandada mediante auto de cargos No. 112382011000075 del 3 de marzo de 2011, decide imponer una multa de \$1.346.131.000 a la demandante, por cuanto esta tenía la obligación legal de inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad y por no llevar los libros de contabilidad si hubiere obligación de llevarlos (Fls 66 a 69).

4. Inconforme con la multa impuesta, el representante legal de la sociedad accionante presentó el día 8 de abril de 2011, pliego de descargos argumentando que la empresa si lleva libros de contabilidad pero que no tenía la obligación de registrar o llevar formalmente los libros de inventarios y balances, adicional a esto, argumentó que la DIAN sancionó a la empresa sin tener en cuenta el límite establecido por el artículo 655 del Estatuto Tributario¹ (fls 71 a 74).

Lo anterior lo fundamenta la sociedad demandante en el Concepto CTCP 076 del 03 de febrero de 1997 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, el concepto de la Superintendencia de Sociedades, Oficio No. J16245 del 15 de noviembre de 1972, y en la sentencia del H. Consejo de Estado del 25 de marzo de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, expediente No. 1300, Magistrado Ponente Jaime Abella Zárate.

5. Mediante Resolución No 112412011001033 , la DIAN, luego de estudiar los descargos presentados por la demandante, redujo la sanción impuesta de \$1.346.131.000 a la máxima prevista por el artículo 655 del Estatuto Tributario, esto es, \$502.400.000, por cuanto, según lo expone la demandada, *"no ha sido desvirtuado por la sociedad contribuyente el hecho objeto de investigación, a pesar que es conocido por el despacho que los demás libros de contabilidad como mayor y balance, caja diario, registro de acciones y actas cumplen los requerimientos legales, conforme lo hace constar el señor JOSE NEFTALI ARANGO P., Revisor Fiscal..."* (Fl 131 vto).

6. Como consecuencia de lo anterior, C.I. METALES Y DERIVADOS S.A., interpuso recurso de reconsideración, argumentando que la empresa no tenía la obligación legal de llevar los libros de inventarios y balances, existiendo una falsa motivación por

¹ **ARTICULO 655. SANCIÓN POR IRREGULARIDADES EN LA CONTABILIDAD.** Sin perjuicio del rechazo de los costos, deducciones, impuestos descontables, exenciones, descuentos tributarios y demás conceptos que carezcan de soporte en la contabilidad, o que no sean plenamente probados de conformidad con las normas vigentes, la sanción por libros de contabilidad será del medio por ciento (0.5%) del mayor valor entre el patrimonio líquido y los ingresos netos del año anterior al de su imposición, sin exceder de 20.000 UVT.

parte de la DIAN al afirmar que la ley si disponía como obligatorio el deber de los comerciantes de llevar los mencionados libros (Fls 133 a 135).

7. El día 4 de octubre de 2012, decidiendo el recurso de reconsideración presentado y confirmando la sanción impuesta, la DIAN profiere la Resolución No. 900.234, la misma que quedo ejecutoriada el 10 de octubre de 2012 (Fls 153 a 166).

8. Presentada ante esta Corporación demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y luego de encontrarse ejecutoriado el auto admisorio de la demanda (Fl 194), se dispuso correr traslado por el término de 5 días a la entidad demandada del escrito de solicitud de suspensión provisional (Fl 195).

9. En escrito del 21 de marzo de 2013, la DIAN en respuesta al traslado a ella conferido para pronunciarse sobre la solicitud de la demandante, argumentó teniendo en cuenta los artículos 829 y 831 del Estatuto Tributario² que *"los actos administrativos objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, aún no se hallan ejecutoriados y por tanto la DIAN no puede iniciar el procedimiento administrativo coactivo, dada la inexistencia de título que preste mérito ejecutivo. De otra parte y en el extremo evento de que la DIAN expidiera mandamiento de pago contra la sociedad aquí demandante procedería la excepción contemplada en el artículo 831 del Estatuto Tributario, numeral 5°..."*(Fl 200 a 201).

CONSIDERACIONES

1. Previo resolver la solicitud de suspensión, es indispensable estudiar la normatividad que reglamenta la procedencia y finalidad de tal medida cautelar, esto es, artículos 230 y 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² **ARTICULO 829. EJECUTORIA DE LOS ACTOS.** Se entienden ejecutoriados los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo:

1. Cuando contra ellos no proceda recurso alguno.
2. Cuando vencido el término para interponer los recursos, no se hayan interpuesto o no se presenten en debida forma.
3. Cuando se renuncie expresamente a los recursos o se desista de ellos, y
4. Cuando los recursos interpuestos en la vía gubernativa o las acciones de restablecimiento del derecho o de revisión de impuestos se hayan decidido en forma definitiva, según el caso.

ARTICULO 831. EXCEPCIONES. Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones:

(...)

5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

(...)

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)

ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

(...)

*3. **Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.***

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

*a) **Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o***

*b) **Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios**". (Negrillas fuera de texto)*

2. La controversia en cuestión, esto es, el decretar o no la suspensión de las resoluciones acusadas se centra por tanto en determinar si con ellas se violenta la Constitución Política, en especial el escrito de su preámbulo y los artículos 2, 29, 83 y 84, **al sancionar a la entidad demandante por no llevar libro de contabilidad legalmente registrado.** Así mismo, se pretende que con el decreto de la medida provisional se evite el cobro coactivo de la multa impuesta por cuanto este procedimiento afectaría los derechos de los trabajadores y de sus familias.

Disponen las normas citadas:

"PREÁMBULO: El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente...

(...)

ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

(...)

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(...)

ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

ARTICULO 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio."

3. Por otro lado, la sociedad demandante al argumentar no tener la obligación de llevar libros de inventarios y balances en la Cámara de Comercio, pone de presente el contenido del Decreto 2685 de 1999, especialmente el literal m) de su artículo 72, el cual dispone:

" ARTICULO 72. OBLIGACIONES DE LOS DEPÓSITOS.

Son obligaciones de los depósitos habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de acuerdo con el carácter de la habilitación y en cuanto les sean aplicables, las siguientes:

m) Llevar los registros de la entrada y salida de mercancías conforme a los requerimientos y condiciones señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales..."

Argumenta la entidad accionante que el Decreto 2685 de 1999 le es aplicable por cuanto realiza operaciones de "deposito privado para el procedimiento industrial" (FI 8), sin embargo teniendo en cuenta el objeto social de tal entidad descrito en el certificado de existencia y representación (FI 168 vto), advierte el Despacho que tales operaciones de deposito no se encuentran descritas allí, siendo su objeto social principal: *"efectuar operaciones de comercio exterior y particularmente, orientar sus actividades hacia la promoción y comercialización de metales preciosos Colombianos en los mercados extranjeros..."*.

4. Así las cosas, se concluye, luego de estudiadas las normas presentadas como violentadas, esto es, la Constitución Política y el Decreto 2685 de 1999, y teniendo en cuenta que con el solo hecho de mencionarlas no se entiende sustentada su violación, que en primer lugar, no se encuentra debidamente argumentada la infracción a la Constitución Política, y en segundo lugar, que el Decreto 2685 de 1999 no es aplicable al caso en concreto, toda vez que al no desarrollar la sociedad las operaciones de deposito que argumenta y no constar en el expediente prueba de ello, no puede argüir la misma que la sanción a ella impuesta violenta tal disposición, siendo por tanto improcedente la suspensión de los actos administrativos que la imponen.

5. Por otro lado, con observancia a la respuesta dada por la entidad sancionatoria, en cuanto a que los actos administrativos no se encuentran ejecutoriados, se evidencia que a folio 166 del expediente consta certificado por parte de la DIAN de que los mismos se encuentran notificados y legalmente ejecutoriados, además, en el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución No. 900.234 (FI 165 vto), se dice claramente que contra la misma no procede ningún recurso por la vía gubernativa, de tal suerte que puede entenderse que las resoluciones No 112412011001033 y No. 900.234 se encuentran ejecutoriadas.

6. Sin embargo lo anterior, si puede considerarse procedente tener en cuenta el otro argumento expuesto por la accionada para el no decreto de la suspensión solicitada en cuanto a la oportunidad procesal para interponer excepciones al mandamiento de pago, por cuanto el presentar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, como efectivamente se hizo, se considera una excepción argumentable en caso tal de iniciarse contra la demandante proceso de cobro coactivo, el mismo que como lo dice la accionada no ha sido iniciado y el cual, en caso tal de ser iniciado, contaría con los medios de defensa legales, entre los

cuales está el haber presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y ser admitida.

7. En conclusión, después de una revisión superficial de los actos administrativos demandados, se puede deducir que estos no violentan las disposiciones invocadas ni se causa con ellos un perjuicio irremediable, por lo que procederá el Despacho a decretar la suspensión de las Resoluciones No. 112412011001033 y No. 900.234 de 2012.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE ORALIDAD,**

RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL del los actos administrativos como son la Resolución Sanción No. 112412011001033 del 13 de septiembre de 2011 por la cual se resolvió imponer una sanción pecuniaria a la empresa dentro del expediente IK 2008 2009 3553 y de la Resolución No. 900.234 del 04 de octubre de 2012 por la cual se decide un recurso de reconsideración 2011 y se confirma la resolución sanción impuesta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**YOLANDA OBANDO MONTES
MAGISTRADA**