

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
FIJACIÓN EN LISTA
TRASLADO A LAS PARTES RECURSO DE APELACION
(Arts. 110 C.G.P.)

SIGCMA

HORA: 8:00 a.m.

MARTES, 10 DE ABRIL DE 2019

Magistrado Ponente: JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13001-23-33-000-2018-00780-00
Demandante/Accionante: CONTAINER YARD – CONTAINER FREIGHT STATION Y OTROS
Demandado/Accionado: DIAN

EL ANTERIOR RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR EL DR. HARLIN LOPEZ, APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE, VISIBLE A FOLIOS 84-96 DEL CUADERNO No. 1, CONTRA EL AUTO INTERLOCUTORIO NO. 182/2019 MEDIANTE EL CUAL SE RESOLVIO RECHAZAR LA DEMANDA. SE LE DA TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 242 DEL CPACA, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 319 Y 110 DEL CGP, HOY 10 DE ABRIL DE 2019, A LAS 8:00 A.M.

EMPIEZA EL TRASLADO: JUEVES, 11 DE ABRIL DE 2019, A LAS 8:00 A.M.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE EL TRASLADO: LUNES, 22 DE ABRIL DE 2019, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

Cartagena, Abril 2 de 2019.

Señores:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR.

M.P. Dr. JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL.

Ciudad.

Ref. Recurso de apelación, contra auto de fecha 11 de Marzo de 2019, por medio del cual se rechaza la demanda.

Demandante: CONTAINER YARD – CONTAINER FREIGHT STATION – ALMACEN DE CONTENEDORES S.A.S. CY CFS ALCON S.A.

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales DIAN.

Actos demandados: Resoluciones Nos. 20180808000009 de 03 de Agosto de 2018 y 2890 de 05 de octubre de 2018.

Radicación No 13-001-23-33-000-2018-00780-00

HARLIN ALFREDO LOPEZ CORDOBA, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía numero 73.148.001 expedida en Cartagena y portador de la tarjeta profesional No 171.959 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la empresa **CONTAINER YARD-CONTAINER FREIGHT STATION – ALMACEN CONTENEDORES S.A. CY CFS ALCON S.A.**, identificada con el NIT No 800.195.554-7; según poder debidamente otorgado, y que reposa en el expediente, acudo por este medio, a presentar respetuosamente recurso de apelación contra el auto de fecha 11 de marzo de 2019, por el cual se decide sobre la admisión de la demanda y se resolvió el rechazo de la misma.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACION

El presente recurso de reposición es procedente para ser tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320 y 321 núm. 1 del Código general del Proceso, ley 1564 de 2012, que a su tenor literal disponen:

“ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA. Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas.

(...)”

OPORTUNIDAD DEL RECURSO DE APELACION

Se tramita el presente recurso de alzada, dentro de la oportunidad legal establecida, como quiera que el mentado auto de rechazo, fuera notificado mediante estado del día 1 de Abril de 2019.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Que el superior revise la decisión de primera instancia, por carecer esta de las condiciones necesarias, teniendo en cuenta que incurre el A quo, en errores, al i) No tener en cuenta que los actos administrativos demandados a pesar de su naturaleza, no son de mero trámite, al

constituir una verdadera decisión de la Administración susceptible del control jurisdiccional, en tanto estos afectan derechos, intereses y obligaciones de mi mandante; ii) No fueron tenidos en cuenta, los argumentos y las pruebas aportadas, que dan claridad acerca de la decisión de fondo que se tomó con la expedición de los actos administrativos demandados; situaciones estas que comprometen las pretensiones del actor, por cuanto es por la falta del análisis de estos tópicos, que se procede a rechazar la demanda.

II. CRÍTICA DE LOS MOTIVOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DECISIÓN

Señala el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, en el acápite considerativo del auto objeto de la impugnación lo siguiente:

"II. CONSIDERACIONES

(...)

... en el artículo 835 del Estatuto Tributario dentro del proceso de cobro coactivo, solo son demandables ante la jurisdicción los actos administrativos que resuelven excepciones y ordenan seguir adelante con la ejecución.

... resulta claro que ni el mandamiento de pago, ni el acto que decide sobre la facilidad de pago son un acto administrativo susceptible de control judicial por lo que es forzoso rechazar la demanda formulada contra este.

(...)

Se tiene por consiguiente que, las resoluciones aducidas en el petitorio de la demanda por el actor no son actos administrativos definitivos, toda vez que estas no resuelven excepciones u ordenan seguir adelante con la ejecución, es decir, no deciden de fondo, por el contrario, es un acto de trámite con el que se da inicio al procedimiento de cobro coactivo mediante la cual la DIAN hace efectivas las deudas a su favor, y de otra parte no se trata de las providencias sobre las cuales se admite el control judicial.

(...)

Por lo anterior, al no mediar acto administrativo definitivo requisito indispensable para acudir ante la Jurisdicción para la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del estado, lleva al rechazo de la demanda contentiva del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la parte actora, con fundamento en lo consagrado en el numeral primero del artículo 169 del CPACA que prevé: "

Posteriormente en el acápite resolutivo, deciden:

"PRIMERO: RECHAZAR la demanda..."

Abordaremos entonces el tema del rechazo de la demanda, desarrollando tal como se señaló en el cuerpo del medio de control presentado, los argumentos de procedencia de la demanda contra las resoluciones de la referencia así:

Si bien es cierto que prima facie, la norma señala los actos que dentro del proceso administrativo de cobro pueden ser objetos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; también lo es que a través del desarrollo jurisprudencial, se ha señalado por las altas cortes, que existen algunos actos administrativos que si bien pueden tener tintes de ser de trámite o preparatorios, en realidad estos son actos definitivos que pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción lo contencioso; en tanto afectan derechos, intereses y obligaciones.

Así por ejemplo tenemos una reciente reiteración de jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, de veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 41001-23-33-000-2018-00096-01(23896); Actor: LIBARDO GONZÁLEZ CUELLAR; Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS

86

Y ADUANAS NACIONALES – DIAN; en sentencia que decidió recurso de apelación contra auto que rechazo la demanda, dispuso:

“ (...)

1. De conformidad con el artículo 150 del CPACA, el Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los autos «susceptibles de apelación». Por otra parte, el artículo 125 ibidem, precisó que es competencia del magistrado ponente en Sala unitaria dictar los autos interlocutorios y de trámite, diferentes a los previstos en los numerales uno a cuatro del artículo 243 del CPACA. En consecuencia, el magistrado sustanciador es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, contra la decisión del a quo que rechazó la demanda.

(...)

PROCEDIMIENTO DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO – Actos demandables. Reiteración de jurisprudencia / ACTOS DEMANDABLES EN EL PROCEDIMIENTO DE COBRO COACTIVO – Alcance. Extensión del control de legalidad a actos definitivos distintos de los previstos en los artículos 101 del CPACA y 835 del Estatuto Tributario / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO QUE NIEGA LA NULIDAD DEL MANDAMIENTO DE PAGO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN EN PROCESOS DE COBRO COACTIVO – Procedencia. Es un acto demandable dado su carácter definitivo al resolver de fondo una situación jurídica

[R]esulta preciso traer a colación el artículo 101 del CPACA, en consonancia con el artículo 835 del ET, en virtud de los cuales solo son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo: (i) los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor; (ii) los que ordenan llevar adelante la ejecución; y (iii) los que liquiden el crédito. No obstante, esta corporación ha precisado que además de los señalados en los citados artículos, también es demandable el acto aprobatorio del remate. Así lo señaló la Sala en el auto del 12 de noviembre de 2015 (exp: 20881; C.P: Martha Teresa Briceño): (...) En todo caso, resultará preciso verificar si los actos enjuiciados resuelven de fondo una situación jurídica, de conformidad con lo expuesto en el auto del 3 de noviembre de 2017 (exp: 22569; C.P: Julio Roberto Piza) (...) dentro del procedimiento administrativo de cobro pueden expedirse actos administrativos que no versen sobre la ejecución propiamente dicha de la obligación tributaria, pero que sí constituyen una verdadera decisión de la Administración, susceptible del control jurisdiccional, en tanto afectan derechos, intereses u obligaciones de los contribuyentes o responsables del impuesto. Por eso, en aras de la protección jurídica de controversias independientes a la ejecución de la obligación tributaria, son demandables ante esta jurisdicción los actos administrativos definitivos, expedidos por la Administración Tributaria de conformidad con lo estipulado en el artículo 43 de la Ley 1437, tesis que reitera la Sección en esta providencia.

(...)

... Si bien el artículo 835 del ET, en consonancia con el artículo 101 del CPACA, establece que son actos demandables los que resuelve excepciones, ordenan seguir adelante la ejecución y los que liquiden el crédito, es lo cierto que en el sub iudice, los oficios demandados resuelven de fondo una situación jurídica, al pronunciarse sobre la carencia del título ejecutivo y la prescripción de la acción de cobro, por lo cual reúnen la calidad de actos administrativos definitivos.

(..)” (Subrayados y negrillas no son del texto)

A continuación, corresponde entonces señalar los argumentos por los que se debe estimar que los actos demandados son definitivos y propensos a ser demandados en medio de control y como tal debe ser admitida la demanda.

Tomemos entonces cada uno de los actos demandados.

RESOLUCION No 20180808000009 de 03 de Agosto de 2018

El punto de quiebre, se sitúa en el hecho de que la entidad accionada, a través de la expedición de la resolución No 20180808000009 de 03 de Agosto de 2018 (ver folios 29, 30, 31 y 32 de la demanda); pretendió notificar a la empresa que apodero una facilidad de pago respecto de unas obligaciones tributarias a cargo de esta, que son claramente contrarias a la propuesta hecha por mi mandante (ver folios 68 y 69 de la demanda); esto bajo una lupa subjetiva, unilateral y que además son de imposible cumplimiento; sin oportunidad de oposición alguna, dándole a este acto administrativo, el tinte de un acto de

simple trámite, general o de ejecución, lo cual no es así.

Adicional a esto, con la expedición de dicha resolución niega la posibilidad de que esta sea controvertida y posteriormente ante la imposición de un recurso de reposición a esta resolución, pretendieron darle trámite de solicitud de revocatoria directa; con las correspondientes consecuencias y diferencias entre uno y otro.

Esta manifestación de la administración tributaria, es una clara violación al debido proceso señalado en el artículo 29 superior; más aún cuando como se señaló en el hecho No 6 del escrito de demanda, no cumplieron siquiera los lineamientos que ellos mismos habían señalado a mi mandante mediante comunicación de correo electrónico.

La resolución demandada, es un acto administrativo, que no puede ser catalogado como general, de trámite o preparatorio; por cuanto mediante dicho acto, la administración de impuestos a través de su Directora Seccional Cartagena, está tomando una decisión (de manera Unilateral), que afecta particularmente los derechos de mi mandante, la empresa CONTAINER YARD-CONTAINER FREIGHT STATION - ALMACEN CONTENEDORES S.A. CY CFS ALCON S.A, como contribuyente.

Y es que es un acto Unilateral por cuanto esta no se corresponde en nada con la propuesta que realizo mi mandante afectando de manera particular sus intereses, al pretender la entidad que acepte una facilidad de pago que económicamente no está en posibilidades de cumplir, lo que al final traería como consecuencia que por el incumplimiento, se daría por terminada la facilidad de pago a la cual fue obligado; como efectivamente sucedió.

Si se tratara de un acto bilateral, en donde ambas posturas llegan a un acuerdo, si podríamos estar presentes ante un acto de trámite, no susceptible de recurso ni de ejercicio de medio de control, por cuanto no es posible que una de las partes este inconforme, ya que el acto se logró previo consenso.

Las facilidades de pago o también acuerdos de pago, es un consenso al cual llega el deudor con el acreedor, para así poder satisfacer unas obligaciones que se encuentran vencidas, conforme a las posibilidades económicas de las partes. Es decir, que una facilidad de pago, puede entenderse como aquel acuerdo en el cual el acreedor (DIAN) y el deudor (CONTRIBUYENTE), una vez realizada una solicitud y propuesta de pago por parte del deudor, el acreedor (DIAN), señala las posibilidades de celebrar el acuerdo de pago, de conformidad con lo que la ley les permita y conforme a la propuesta planteada por el deudor; o en su defecto a lo que se acuerde en lo que se podría llamar una negociación de pago de la obligación..

En el presente caso, vemos como de manera totalmente irregular, la DIAN, en primera instancia rechaza de plano la propuesta de pago presentada por mi poderdante, sin conceder recurso alguno (violación del debido proceso); amparados supuestamente en una directriz presente en la GUIA GERENCIAL DIAN 2010, señalando que no es viable porque los conceptos de retención en la fuente e IVA, no son susceptibles de facilidad de pago.

Misteriosamente, después dicha directriz ya no es traída al proceso, y expiden en lo que es claramente un acto unilateral; una resolución de facilidad de pago, sin tener en cuenta que se trata de los mismos conceptos por los cuales antes se había rechazado de plano la propuesta de pago presentada por mi mandante. Vale la pena pensar entonces que validez tiene aún el oficio de rechazo de la solicitud de facilidad de pago, el cual no ha sido revocado incluso por la administración tributaria y el cual además tomo una decisión definitiva, por lo que aún tiene efectos jurídicos.

Este acto unilateral y definitivo no es de recibo por parte de la empresa que apodero, por cuanto no se corresponde con el valor de la obligación que nos habían señalado en los estados de cuenta entregados en oficio 1-06-242-448-1589; así como tampoco con el número de cuotas que se había propuesto y el valor de estas.

Esta resolución de facilidad de pago no puede ser económicamente cumplida por la empresa, por cuanto como se ha señalado en varias ocasiones; la empresa actualmente está en estado de disolución, no se está operando, no está generando ningún ingreso; por lo que en un esfuerzo muy grande, se presentó la propuesta que en ese momento se podía cumplir, sin embargo dicha propuesta fue rechazada.

No es posible que ahora la entidad, expida una facilidad de pago con términos completamente diferentes a los propuestos y pretenda obligar a mi mandante a que cumpla una facilidad de pago que no se ajusta a su propuesta y de la cual adicional a lo anterior, vemos también que la DIAN violo el debido proceso; por cuanto ante la presentación de la solicitud de facilidad de pago, se debió llegar a una concertación, posteriormente debió enviar una simulación del valor de las cuotas a pagar, aplicados los respectivos intereses de financiación, para finalmente expedir la resolución de facilidad de pago, en la cual, adjunto debió también enviar el valor de las cuotas a pagar, lo cual tampoco realizo y donde además otorgaron un primer vencimiento para el día 13 de agosto de 2018, sin ni siquiera informar de cuanto sería el primer vencimiento y si estaba acorde con lo propuesto por el deudor. (Ver folios 29, 30, 31 y 32 de la demanda)

Estamos entonces también honorables Consejeros, ante una falta de motivación del acto acusado, por cuanto este no es claro en ningún momento; situación que debió tener en cuenta el a quo, al momento de decidir sobre la admisión del medio de control; y no tomar de plano la norma.

Recuérdese como se señaló, que la propuesta para la facilidad de pago era:

“Atendiendo su oficio 1-06-242-448-1589, por el cual nos remite el estado de cuenta detallado de las obligaciones pendientes a cargo de la compañía que represento, y dando alcance a la solicitud de facilidad de pago, al respecto de dichas obligaciones, les presentamos la siguiente propuesta de pago:

Valor total de la obligación: \$ 541.973.000.00.

Son: Quinientos cuarenta y un millones novecientos setenta y tres mil pesos m/cte.

Se cancelara una primera cuota o cuota inicial por valor de \$ 37.973.000.00

Son Treinta y siete millones novecientos setenta y tres mil pesos m/cte.

El saldo, es decir la suma de \$504.000.000.00, será cancelado en ochenta y cuatro (84) cuotas iguales de Seis millones de pesos m/cte. (\$6.000.000.00.00), más los respectivos intereses de financiación que se generen. Esto según el inciso 5to del artículo 814 del estatuto tributario.”

Si bien la entidad no estaba de acuerdo con esta propuesta, como efectivamente la rechazo, no podía unilateral y discrecionalmente, modificarla a su arbitrio; mucho menos expedir una resolución como efectivamente lo hizo, con una facilidad de pago totalmente contraria en cuanto a valor de la obligación y número de cuotas.

Este es entonces señores Consejeros de Estado, sin lugar a dudas, un acto en el cual se tomó por parte de la DIAN, una decisión unilateral, definitiva, que creo una situación jurídica nueva, modificando además una situación jurídica ya planteada, con efectos vinculantes para mi mandante, afectando sus derechos como contribuyente; por lo que era procedente en su momento el recurso de reposición planteado y adicional es también procedente el ejercicio del aquí medio de control.

Al respecto del tema de los actos susceptibles de medio de control y de interposición de recursos, han sido varios los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales.



89

El maestro en derecho, Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, expuso al respecto en su obra TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO II 4ª edición, editorial Universidad Externado de Colombia al respecto lo siguiente:

“Entendemos, en este sentido, por acto administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.” (subrayado y negrillas son nuestros)

(...)

... En el acto administrativo se trata de expresar tan solo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas. Expresión que la doctrina viene explicando exclusivamente por una sola vía, como es la de la administración, sin cruzarla con la del administrado. **En este sentido, el acto administrativo se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento. En esto radica precisamente su carácter de unilateral...”** (subrayado y negrillas son nuestros)

Así mismo en pronunciamientos jurisprudenciales encontramos:

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA Bogotá, D. C.,
veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación numero: 11001-03-28-000-
2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008- 00027-00

“ACTOS ADMINISTRATIVOS - Definitivos y de trámite / ACTO DEFINITIVO - Concepto / ACTO DE TRAMITE - Concepto / TERNA - Acto de trámite no demandable autónomamente La norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo...”

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ
Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013) Radicación número:
68001-23-33-000-2013-00296-01(20212) Actor: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES
S.A. E.S.P.

“ACTOS DE EJECUCION - Son susceptibles de control judicial siempre que excedan, parcial o totalmente, lo dispuesto en la sentencia o en el acto administrativo que ejecutan, de modo que creen, modifiquen o extingan una situación jurídica diferente / ACTO ADMINISTRATIVO SUBJETIVO O ACTO DEFINITIVO PARTICULAR - Noción Sea lo primero advertir que son actos definitivos, susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 43 de la Ley 1437, “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. Así pues, un acto administrativo subjetivo o acto definitivo particular, es una declaración de voluntad dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas, mientras que los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. De acuerdo con lo anterior, únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo...”

La misma entidad demandada, en concepto 27538 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2017 de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, señaló y trajo a conocimiento un concepto de la superintendencia financiera al respecto así:

“En segundo lugar, se hace necesario precisar que la norma trascrita se refiere a una forma de extinguir las obligaciones tributarias, más exactamente a la figura del “Acuerdo de pago”, el cual

¹ Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de derecho Administrativo 4 ed. Universidad externado de Colombia; Págs. 131, 132, 133.

conforme lo expone la Superintendencia financiera mediante concepto No. 2007003438-002 del 13 de febrero de 2007, se conoce como:

“... refinanciación y/o reestructuración de la obligación, definida como cualquier mecanismo, instrumentado mediante la celebración de cualquier negocio jurídico, que tenga por objeto **modificar las condiciones originalmente pactadas con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación, surgido como producto de un acuerdo entre las partes, en virtud del cual el deudor, en cualquier momento durante la vida del crédito puede pactar con la entidad financiera acreedora la modificación de una o algunas de las condiciones iniciales, pacto que se registrará según los términos y condiciones acordadas por el deudor y la entidad financiera acreedora**” Subrayas y negrillas no son del texto.

Es evidente entonces Honorables Consejeros de Estado, como la misma entidad demandada, en concepto del año 2017, se está refiriendo al tema de los acuerdos de pago y hace énfasis en que este: **“se registrará según los términos y condiciones acordadas por el deudor y la entidad financiera acreedora.”**

Visible es entonces la irregularidad y clara violación del debido proceso, así como la negación al acceso de justicia y de oponibilidad de los actos administrativos; por lo que se deberá acorde con el respeto al principio de justicia, revocar el auto que rechazo la demanda expedido por el A quo, y en su defecto admitirse para su correspondiente estudio de fondo.

Resolución No 2890 de 05 de octubre de 2018

Al respecto de este acto administrativo tenemos lo siguiente:

Pretendió la entidad DIAN en esta ocasión, dar el trámite de una solicitud de revocatoria directa al recurso de reposición presentado a la resolución de facilidad de pago señalada en líneas anteriores, con las visibles y conocidas consecuencias jurídicas que esto implica.

Este acto que decide sobre el recurso de reposición presentado, nos abre la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Tenemos entonces que la entidad demandada, de la resolución No 2890, en una actuación falaz, pretende encubrir algunas actuaciones propias irregulares, al dejar transcurrir y fenecer el tiempo que tenía para lograr el efectivo cobro de la obligación y así impedir el surgimiento de la figura de la prescripción de la acción de cobro.

Teniendo como tal que el acto fue recurrido en figura de la reposición, por cuanto como se señaló, las características de este son propias de un acto administrativo definitivo, que creo una situación jurídica nueva, modificando además una situación jurídica ya planteada, con efectos vinculantes para mi mandante, es entonces claro que la resolución No 2890, NO es una respuesta a una solicitud de revocatoria directa, como ellos arbitrariamente la catalogan.

En el caso de marras, y específicamente del tema de esta resolución, tenemos entonces que la DIAN, señala:

“Indica, además el apoderado, que la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena, tomo una decisión unilateral frente a la facilidad de pago otorgada, sin embargo se encuentra demostrado que el contribuyente CONTAINER YARD presento en diferentes oportunidades y de manera insistente la solicitud de facilidad de pago, incluso cuando en alguna oportunidad se le negó, pidió reconsiderar tal decisión que fue lo que finalmente hizo la administración...”

(...)

Es así, que el representante legal del contribuyente..., allega los siguientes escritos:”

Al tema, es cierta la insistencia y los escritos radicados por mi mandante por solucionar el problema que se le estaba presentando por las obligaciones fiscales pendientes hasta ese momento con la administración tributaria; pero también es cierto que la propuesta

JA

presentada por este, acorde con su realidad económica y por demás en concordancia con lo señalado en la Ley, es muy distinta de la dispuesta por la DIAN, en su acto desesperado de resolución de facilidad de pago.

No es cierto que la firma que apodero, pidiera reconsiderar tal decisión, por cuanto en el mismo acto que “rechazo” la propuesta de facilidad de pago presentada, le fue negada la posibilidad del recurso de reconsideración; es por este motivo que en acción de tutela, se solicitó el amparo del debido proceso; acción que fue declarada improcedente por existir a juicio del fallador, otro medio para hacer valer el derecho.

Nótese señores magistrados que tal reconsideración no fue entonces posible, como tampoco es cierto que la administración reconsidero la decisión, porque de haber sido así; hubiera tenido en cuenta la propuesta presentada y no establecer unos lineamientos en el acuerdo, de manera arbitraria, subjetiva y unilateral. Estas falsedades, nos enmarcan dentro de una falsa motivación del acto administrativo, por cuanto estaban faltando a la verdad en los hechos relatados.

Posteriormente expresan:

De acuerdo a lo anterior, se evidencia que el otorgamiento de la facilidad de pago, no fue en ninguna medida una decisión arbitraria de la administración; sino que por el contrario se celebró en consideración a las solicitudes antes mencionadas y en estricto cumplimiento de la ley tributaria, por lo que no se entiende que el apoderado señale que su poderdante fue obligado a celebrarla.

Obsérvese que una vez el contribuyente solicita la facilidad de pago, el funcionario de la División de gestión de recaudación y cobranzas, le informa a través de correo electrónico del 9 de mayo del 2018 los requisitos para el otorgamiento de la facilidad, es decir, que el contribuyente tenía pleno conocimiento de las condiciones legales dentro de las cuales la ley permite el otorgamiento de las mismas y en cuales circunstancias está en cabeza del Director Seccional abstenerse de otorgarla.”

Se reitera entonces aquí honorables magistrados, que de la tal resolución de facilidad de pago, esta NO SE CELEBRO EN CONSIDERACION A LAS SOLICITUDES POR MI MANDANTE RADICADAS; y esto es fácilmente comprobable, de la simple observación y diferencia entre la propuesta hecha por mi mandante y la decisión tomada por la administración.

Propuesta que, además contrario a lo señalado por el funcionario de la administración tributaria, está acorde con las normas que regulan el caso.

También exponen en su acto:

“Por otra parte, si bien la guía gerencial lo que sugiere es que “La facilidad der pago no será aplicable a deudas por concepto de retención en la fuente e IVA, toda vez que en estos casos se trata de una intermediación que realiza el contribuyente para recaudar los impuesto nacionales, en cuyo caso es totalmente improcedente que el estado financie la mora de los contribuyentes que dan uso inadecuado a los impuestos de los cuales son responsables.”

No es menos cierto que con posterioridad, la entidad mediante memorando No 160 de fecha 12 de junio de 015, estableció unos lineamientos para el otorgamiento de facilidades de pago, señalando en su numeral segundo lo siguiente:

(...)

De acuerdo a lo anterior, resulta potestativo del Director Seccional estudiar las circunstancias de cada solicitud y las condiciones de cada contribuyente o como en el presente caso reconsiderar la negativa que en principio se había dado y atender los continuos requerimientos hechos por el contribuyente en este caso.”

Y esto sí es cierto, pero estaba ya señalado la ilegalidad que estaban cometiendo; pero muy a pesar de que ellos mencionan que se reconsidero la negativa que en principio se había dado, es completamente falso que se atendió las circunstancias y condiciones del contribuyente.

Vale la pena preguntarse, que sucedió con la vida jurídica del oficio No 1-06-000-201-150, POR EL CUAL RECHAZARON TAJANTE E ILEGALMENTE la propuesta de mi mandante, con un argumento totalmente diferente a los presupuestos por el puestos en consideración, al respecto del valor y numero de cuotas a pagar.

Acto seguido expresaron:

"No es cierto lo preceptuado por el apoderado del contribuyente al anotar que "... una facilidad de pago, puede entenderse como aquel acuerdo en el cual el acreedor (DIAN) y el deudor (CONTRIBUYENTE) una vez realizada una solicitud y propuesta de pago por parte del deudor, el acreedor señala las posibilidades de celebrar el acuerdo de pago, de conformidad con lo que la ley les permita y conforme a la propuesta planteada por el deudor...", toda vez que el contribuyente en primera medida al hacer la solicitud de facilidad de pago lo esencial es observar la ley y realizarla de acuerdo a ella, tal como señala el artículo 814 del E.T., entre otra prerrogativas el termino de hasta por 5 años, el cual es potestativo del Director y es totalmente distinto a plantear que la facilidad de pago es algún tipo de negociación entre el contribuyente y la DIAN.

El contribuyente está llamado a cumplir los requisitos de ley cuando se presenta la solicitud de facilidad y la DIAN podrá otorgarla con las consideraciones que estime pertinentes sin salirse del marco legal.

Se hace necesario recalcar que el plazo legal para la facilidad de pago es máximo 5 años siendo potestad de la DIAN determinarlo en tiempo menor de acuerdo a las condiciones económicas del contribuyente, no como señala el apoderado que es el contribuyente quien escoge el plazo y las condiciones.

Ahora bien, dentro del escrito de solicitud de facilidad de pago, el contribuyente señala que él puede pagar la suma de seis millones de pesos mensuales (\$6.000.000.000), que fue lo que finalmente concedió la DIAN, con excepción de la última cuota.

La determinación anterior por parte de la DIAN, se tomó precisamente una vez estudiada la situación crítica que manifestaba el contribuyente tener, pero ante todo su voluntad de pago."

Y es que, cual es el sentido de una facilidad de pago, sino posibilitar que el contribuyente moroso satisfaga sus obligaciones para con el fisco, sin salirse de los lineamientos legales al respecto.

Es importante plantearse al respecto los siguientes interrogantes:

Qué sentido tendría una facilidad de pago inviable para cumplir?

Cuál sería el propósito de que la parte deudora se comprometiera a cumplir con un acuerdo que económicamente sería imposible?

Será que con un acuerdo económico impuesto por la administración, que no atiende ni en valor inicialmente establecido, ni en valor de las cuotas ni en número de cuotas a las posibilidades "LEGALES" que propuso mi mandante, la DIAN, puede alcanzar su objetivo que no es más que el efectivo recaudo de los tributos de su competencia?

Es entonces claro que para que se dé una facilidad de pago, deben entonces atenderse lo que podríamos denominar el "TRIANGULO DEL ACUERDO", en donde tenemos tres extremos que se deben relacionar entre sí.

Estos extremos serian: Por un lado el acreedor, por otro lado el deudor y en tercer lugar las normas legales que enmarcan este acuerdo.

Estas normas, serán las que darán los parámetros dentro de los que las partes se podrán de manera consensuada, fijar los presupuestos del acuerdo.



Es así como el deudor propone una forma de pago que debe estar acorde a la ley; el acreedor estudia esta propuesta y define si lo inicialmente planteado por el deudor, está acorde a las normas referentes al tema.

El acreedor entonces si la propuesta de pago expuesta (no ilegal), está conforme a sus expectativas de recaudo, la acepta, de lo contrario planteara una contra propuesta, y podrá también establecer unos parámetros, para finalmente dar como resultado el acuerdo de pago.

No es de recibo, que la administración a su propio arbitrio, defina los presupuestos de la facilidad de pago y así los pretenda imponer, como efectivamente sucedió en el caso que hoy nos ocupa.

Mencionan también en líneas posteriores:

“En cuanto a la aseveración de que la facilidad es económicamente inviable para la sociedad..., nótese que las cuotas No 1 a la 34, no superan el valor de los seis millones de pesos (\$6.000.000). tal como lo solicito el representante legal del contribuyente en su escrito de fecha 25 de mayo de 2018, quedando el mayor valor en la última cuota, con la opción de ser diferido este valor en otras cuotas, previo otorgamiento de otra facilidad para el pago; por lo tanto la Resolución de facilidad de pago ...0009 de fecha 03 de agosto de 2018 si consulta la realidad económica del contribuyente.”

De este tema, nuevamente falta a la verdad y a la motivación la administración, ya que no es cierto que se estableció en la resolución de facilidad de pago No 20180808000009 del 3 de Agosto de 2018 valores de cuotas de la 1 a la 34 inferiores a seis millones de pesos (\$6.000.000.00) y una última cuota No 35, con opción de ser nuevamente diferida en otra facilidad de pago. Sera que es posible que la DIAN, se anticipe tres años para señalar que a futuro se va a firmar un nuevo acuerdo de pago?

El día 4 de Agosto de 2018, recibí en físico mi poderdante, el oficio de notificación por correo formato 1496, donde se notificó el Acto administrativo No 808-9 de 3 de Agosto de 2018, es decir la resolución de facilidad de pago.

Se señaló en ticket adherido al formato 1496, que el envío consta de 4 folios, que efectivamente son los que tiene la resolución que es objeto de este medio de control.

Del texto contenido en dicha resolución, no se observa en ningún aparte, que este establecido el valor de la cuota mensual a pagar, así como tampoco que hay una cuota final que será sometida posteriormente a una nueva facilidad de pago (lo cual es violatorio de todo debido proceso).

Es entonces evidente, que contrario a lo manifestado por la DIAN, son ellos los que nuevamente faltan a la verdad y motivación del acto administrativo, lo cual son causales claros de nulidad.

Analícemos entonces a continuación, la propuesta de mi mandante y la decisión establecida en la resolución de facilidad de pago No 20180808000009 de 03 de Agosto de 2018

Vr. Obligación	Vr Cuota inicial propuesta	Vr cuota mensual propuesta	Numero de cuotas propuestas
\$541.973.000.00	\$37.973.000.00	\$6.000.000.00	84
Este valor se toma del estado de cuenta enviado por la administración, fechado 17/05/2018.	Esta propuesta, se hace, teniendo en cuenta el artículo 814 del ETN, que señala termino de cinco años y en concordancia con el inciso a este artículo adicionado por el artículo 114 de la ley 448 de 1998, que señala dos años adicionales bajo competencia del Director de Impuestos Nacionales; es decir 7 años en total, (84 meses).		
Nótese entonces como la propuesta es totalmente legal y con fundamento en el valor de la obligación por ellos expuesta.			

Confrontemos la propuesta anterior, con la decisión tomada en la resolución de facilidad de pago No 2018080800009 de 03 de Agosto de 2018

Vr. Obligación	Vr Cuota inicial resolución	Vr cuota mensual resolución	Numero de cuotas resolución
\$728.903.000.00	NO SE SEÑALA	NO SE SEÑALA	35
Este valor, completamente diferente al estado de cuenta por ellos enviado, vario tan abruptamente en tan solo 80 días. (??). Sin motivación alguna en la resolución. (Falta de Motivación).	Es clara la falta de motivación del acto administrativo, y la total incongruencia con la facilidad de pago propuesta, sin mediar previo consenso. Fue entonces una decisión en un acto administrativo definitivo, sin otorgar recursos, que creo una situación jurídica nueva, modificando además una situación jurídica ya planteada, con efectos vinculantes para mi mandante		

Por todo lo anteriormente hasta aquí expuesto, es evidente que la administración de impuestos violo el debido proceso, el principio de buena fe, la oponibilidad de los actos administrativos y la posibilidad de acceso a la justicia entre otros, por lo que es procedente honorables Magistrados la nulidad de los actos administrativos objetados Resoluciones Nos. 2018080800009 de 03 de Agosto de 2018 y 2890 de 05 de octubre de 2018; motivo este por el cual procede la revocatoria del auto que decidió el rechazo del medio de control expuesto.

Con esta actuación de la entidad demandada, se vulneraron entonces también las garantías previas y posteriores del administrado, nuevamente violación al debido proceso.

Así se señaló por la Honorable Corte Constitucional, en sentencias:
C-034/14.-

“DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Distinción entre garantías previas y garantías posteriores

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.”

T1082/2012.-

“DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE-Vulneración por parte de Alcaldía Distrital de Santa Marta, al dar apertura a actuación administrativa, sin el lleno de los requisitos legales

El derecho de defensa como manifestación del derecho al debido proceso, se traduce en la facultad que tiene el interesado para conocer las decisiones que se adopten en el marco de un proceso administrativo que se adelanta por la autoridad administrativa, e impugnar las pruebas y providencias contrarias a sus intereses. De tal manera que si estas garantías no le son aseguradas, se está bajo el supuesto de que la administración transgredió su derecho de defensa y con él, el del debido proceso administrativo”

T-125/10

“NULIDAD PROCESAL-Concepto

Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha

atribuido la consecuencia -sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso."

La violación al debido proceso, es causal de nulidad de los actos administrativos, que surgieron con ocasión de dicha violación.

Así está ampliamente señalado en jurisprudencia entre las que tenemos:

"CONSEJO DE ESTADO, NR: 2119578, 25000-23-26-000-2003-01082-01 38339, SENTENCIA, SECCION: SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B, PONENTE: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

En este caso, se estructura la violación del mencionado derecho fundamental, porque, como se dijo, no se dio la posibilidad a la parte demandante de que, en la etapa procesal prevista por los citados numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, aclarara o explicara el contenido del documento respecto del cual tenía dudas y mucho menos se le dio la oportunidad de que, en últimas, lo subsanara por ratificación. El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- pasó por alto que la capacidad de existencia y representación legal del proponente no constituye un requisito de comparación, en los términos del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor "la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos". La entidad demandada, sin mayor análisis, rechazó la propuesta por una cuestión meramente formal. En este orden, la Sala considera que le asiste razón a la parte actora cuando señaló que el IDU interpretó la ausencia del certificado de existencia y representación legal como un requisito subsanable, en la medida en que permitió, a uno de los oferentes, subsanar la propuesta. Ello ocurrió con el Consorcio Crecer, a quien, mediante oficio n.º 024977 de 21 de marzo de 2003, el comité evaluador de la entidad lo requirió para subsanar, sin que se permitiera al Consorcio Trasmilenio ACC. De donde, no se explica el trato desigual de la entidad pública licitante frente a situaciones similares de dos proponentes. No es válido que el IDU haya solicitado a un proponente que adjuntara el certificado de existencia y representación legal y que a otro proponente, en nuestro caso el Consorcio Trasmilenio ACC, no se le haya solicitado el mismo documento, cuando el IDU detectó su ausencia en la propuesta. De ahí que proceda declarar la nulidad del acto administrativo acusado. Esto, en la medida en que el rechazo de la oferta fue injustificada."

"CONSEJO DE ESTADO, NR: 2115172, 25000-23-24-000-2010-00356-01, SENTENCIA, SECCION PRIMERA, PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE.

Los argumentos anteriores resultan suficientes para la prosperidad de la causal de nulidad por vulneración en cuanto al cargo primero del artículo 29 Constitucional por violación al debido proceso, al principio de irretroactividad de las leyes, en especial de las de carácter sancionatorio y del artículo 38 de la Ley 153 de 1887."

Respecto entonces de la falsa y falta de motivación del acto administrativo, ha dispuesto reiteradamente el consejo de estado, que acarrea a su nulidad; así por ejemplo en sentencia de la sección cuarta Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326)

"FALSA MOTIVACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO – Alcance / FALTA DE MOTIVACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO – Alcance Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente". Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente: "La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo n la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se

denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo. En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción"

Con el rechazo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se está negando el acceso a la justicia de mi poderdante, ante una clara acción arbitraria de la DIAN, presente en un acto administrativo que afecta sus derechos e intereses como contribuyente.

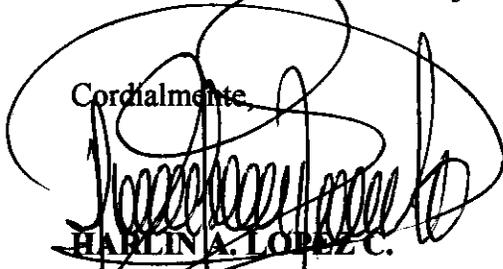
Visto entonces como esta, Honorables Consejeros, estamos ante unos actos administrativos que son definitivos, que afectan los derechos, intereses y obligaciones de mi mandante y en consecuencia son susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por lo que elevo ante ustedes, por el mandato que en el poder a mí me han conferido, las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES

1. Se REVOQUE la decisión del A quo, tomada en auto de fecha once (11) del mes de marzo de 2019, notificado por estado de fecha 1 de Abril de 2019, por el cual se rechazó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado contras las resoluciones Nos. 20180808000009 de 03 de Agosto de 2018 y 2890 de 05 de octubre de 2018.
2. Se declare la admisión del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar con el radicado No 13-001-23-33-000-2018-00780-00.
3. Que se dé inicio al estudio de fondo de la acción presentada.

De ustedes Honorables Consejeros,

Cordialmente,


HARLIN A. LOPEZ C.

C.C. No 75.148.001

T.P. No 171.959 del C.S. de la J.

Las notificaciones las recibiré en Edificio Banco cafetero, oficina 601 barrio Centro, sector Matuna de la ciudad de Cartagena.

SECRETARIA TRIBUNAL ADM

TIPO: RECURSO DE APELACION SOCIEDAD CONTAINER S.A. -JRG-LBOS

REMITENTE: ELVIA CAROLINA RODRIGUEZ

DESTINATARIO: JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

CONSECUTIVO: 20190466899

No. FOLIOS: 13 — No. CUADERNOS: 0

RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM

FECHA Y HORA: 3-04/2019 09:14:13 AM

FIRMA: 
ES