

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SALA DE DECISIÓN

Santiago de Cali, ocho (08) de octubre de dos mil dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio No. 75

RADICACIÓN No: 76-001-23-33-000-2014-00083-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO - TRIBUTARIO
DEMANDANTE: FOGEL ANDINA S.A.S
fogel@fogelandina.com
ansinisterra@fogelandina.com
reycastillo@hotmail.com
abogadosiusveritas@gmail.com
DEMANDADO: DIAN
notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co
ASUNTO: APROBACIÓN ACUERDO CONCILIATORIO EN VIRTUD
DEL ARTÍCULO 100 DE LA LEY 1943 DE 2018

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR A. VALERO NISIMBLAT

Procede esta Sala a decidir sobre la aprobación o improbación de la conciliación tributaria acordada entre las partes en virtud del artículo 100 de la Ley 1943 de 2018.

I. ANTECEDENTES

La sociedad FOGEL ANDINA SAS instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter tributario, con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Requerimiento Especial No. 152382011000056 del 15 de diciembre del 2011.
2. Liquidación oficial de Revisión No. 152412012000022 del 21 de agosto de 2012, por medio de la cual la DIAN modificó la liquidación privada del impuesto sobre las ventas del tercer bimestre del año 2009.
3. Resolución No. 900418 del 17 de septiembre del 2013, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto anterior.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

- Que el tratamiento dado a las partidas llevadas a la declaración del tercer bimestre del año 2009 es correcto y se ajusta a los lineamientos que prescribe el E.T., y por lo tanto la sociedad tiene derecho al saldo a favor determinado en la declaración.

- Que no es procedente la sanción por inexactitud propuesta por la administración de impuestos, porque las conductas realizadas por el contribuyente no encajan en lo previsto en el artículo 647 del E.T.
- Que FOGEL ANDINA tiene derecho a compensar el saldo a favor determinado, mediante la imputación a la declaración de IVA del cuarto bimestre del año 2009.
- Solicita que en el evento de que la sentencia definitiva contra los actos administrativos que modifican la declaración de IVA del cuarto bimestre del año 2009 sea negativo en su totalidad, se declare que la DIAN debe reintegrar de manera inmediata el saldo a favor determinado por el contribuyente o el Juez en la sentencia definitiva que ponga fin al proceso, con los intereses corrientes y moratorios como lo ordena el artículo 863 del E.T.
- Se actualice el estado de cuenta de la sociedad, eliminando cualquier obligación a su cargo por impuestos, sanciones y actualizaciones respecto del impuesto sobre las ventas del tercer bimestre del año gravable 2009.
- Se condene a la Dian al pago de las costas y agencias en derecho.

Durante el trámite del proceso en primera instancia la demanda fue admitida y contestada oportunamente por la Dian; se celebró audiencia inicial con la presencia de las partes y la representante del Ministerio Público, en la que se decidieron las excepciones previas propuestas, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

Una vez vencido el término de 10 días para las alegaciones de conclusión, término durante el cual las partes allegaron escrito, el proceso ingresó a Despacho para fallo.

Ahora bien, estando en la oportunidad para dictar sentencia, la Dian radicó ante la Secretaría de esta Corporación, una solicitud de aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegó con la parte demandante, consignado en el Acta No. 57 del 18 de diciembre de 2019 del Comité Especial de Conciliación y Defensa Judicial de la Dirección Seccional de Impuestos Cali, conforme al beneficio tributario contenido en el artículo 100 de la Ley 1943 de 2018.

La fórmula conciliatoria presentada ante el Despacho del ponente, es el valor de la sanción impuesta por valor de \$67.306.000 más la actualización de esa suma por \$18.276.000, para un total de \$85.582.000.

II. CONSIDERACIONES

DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL – ASPECTOS GENERALES

De conformidad con el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, norma que se aplica al presente asunto en virtud de lo dispuesto por el inciso 9 del artículo 100 de la Ley 1943 de 2018¹, podrán conciliar total o

¹ Lo no previsto en esta disposición se regulará conforme lo dispuesto en la Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con excepción de las normas que le sean contrarias.

parcialmente y prejudicial o judicialmente, las personas jurídicas de derecho público a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 138, 140 y 141 del CPACA.

En lo que respecta a controversias de carácter administrativo para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado que el patrimonio público se encuentra de por medio, se requiere del cumplimiento de una serie de exigencias especiales que debe tener en cuenta el juez al momento de decidir sobre su aprobación.

Dentro de dichas exigencias la Ley 446 de 1998, en el último inciso del artículo 73 que fue dejado incólume en las derogaciones consagradas en el artículo 309 del CPACA, señala que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en las pruebas necesarias que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado –llegado el caso de un proceso judicial- de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

Así mismo se desprenden de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001, otra serie de requisitos como lo son el que el asunto a conciliar verse sobre derechos económicos disponibles por las partes, que las mismas estén debidamente representadas, que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio e igualmente que no haya operado la caducidad del medio de control correspondiente.

Sobre los requisitos que se deben tener en cuenta para la aprobación de un acuerdo conciliatorio, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

"Como es bien sabido, la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través del cual, dos o más personas –particulares o entidades públicas- gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador, siempre que las mismas versen sobre asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley, pudiendo a través de ella terminar de manera anticipada un proceso en curso –conciliación judicial- o precaver uno eventual –conciliación extrajudicial-, mediante un acuerdo que, debidamente aprobado por la autoridad judicial, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo (Arts. 64, 65, 66, Ley 446 de 1998; art. 23 y sgtes., Ley 640 de 2001).

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991- dispone que las personas jurídicas de derecho público podrán conciliar, total o parcialmente, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo; también se podrá conciliar en los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, siempre y cuando en éstos se hubieren formulado excepciones de mérito.

Por su parte, el artículo 73 ibidem –que le añadió el artículo 65A a la Ley 23 de 1991-, establece que la autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público, teniendo en cuenta así mismo, que conforme a lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 81 de la Ley 446 –modificadorio del artículo 61 de la Ley 23 de 1991-, no habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado; de acuerdo con lo anterior, los principales criterios que deben ser analizados para efectos de determinar la procedencia de la aprobación del acuerdo conciliatorio al que hayan llegado las entidades estatales, dentro o fuera de un proceso judicial, son:

- 1) Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.*
- 2) Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes.*
- 3) Que la acción no haya caducado.*
- 4) Que se hayan presentado las pruebas necesarias para soportar la conciliación, es decir, que respalden lo reconocido patrimonialmente en el acuerdo.*
- 5) Que el acuerdo no sea violatorio de la ley*
- 6) Que el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público.”²*

DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL EN MATERIA TRIBUTARIA

De conformidad con el artículo 100 de la Ley 1943 del 2018 y el Decreto reglamentario 872 de 2019, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra facultada para realizar conciliaciones en procesos contencioso administrativos en materia tributaria, aduanera y cambiaria, siempre que los contribuyentes, agentes de retención y responsables de impuestos nacionales, así como los usuarios aduaneros y del régimen cambiario hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción.

Las conciliaciones pueden recaer sobre las sanciones impuestas e intereses discutidos contra liquidaciones oficiales, mediante solicitud presentada ante la Dian.

Los casos en los que se puede solicitar conciliación en materia tributaria son los siguientes:

Por el ochenta (80%) del valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, cuando el proceso contra una liquidación oficial se encuentre en única o primera instancia ante un Juzgado Administrativo o Tribunal Administrativo, siempre y cuando el demandante pague el ciento por ciento (100%) del impuesto en

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, 26 de marzo de 2009, Radicación número: 50001-23-31-000-2007-00014-01(34233).

discusión y el veinte por ciento (20%) del valor total de las sanciones, intereses y actualización.

Cuando el proceso contra una liquidación oficial tributaria, y aduanera, se halle en segunda instancia ante el Tribunal Contencioso Administrativo o Consejo de Estado según el caso, se podrá solicitar la conciliación por el setenta por ciento (70%) del valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, siempre y cuando el demandante pague el ciento por ciento (100%) del impuesto en discusión y el treinta por ciento (30%) del valor total de las sanciones, intereses y actualización. Se entenderá que el proceso se encuentra en segunda instancia cuando ha sido admitido el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Cuando el acto demandado se trate de una resolución o acto administrativo mediante el cual se imponga sanción dineraria de carácter tributario, aduanero o cambiario, en las que no hubiere impuestos o tributos a discutir, la conciliación operará respecto del cincuenta por ciento (50%) de las sanciones actualizadas, para lo cual el obligado deberá pagar en los plazos y términos de esta ley, el cincuenta por ciento (50%) restante de la sanción actualizada.

En el caso de actos administrativos que impongan sanciones por concepto de devoluciones o compensaciones improcedentes, la conciliación operará respecto del cincuenta por ciento (50%) de las sanciones actualizadas, siempre y cuando el contribuyente pague el cincuenta por ciento (50%) restante de la sanción actualizada y reintegre las sumas devueltas o compensadas en exceso y sus respectivos intereses en los plazos y términos de esta ley.

Como puede verse, este último evento es en el que se puede conciliar por el 50% las sanciones impuestas por devoluciones o compensaciones improcedentes, tal y como ocurre en el presente caso, una vez actualizadas y siempre y cuando el contribuyente pague el otro 50% restante, además de reintegrar las sumas devueltas o compensadas.

En concreto, los requisitos que se deben acreditar son los siguientes:

- 1. Haber presentado la demanda antes de la entrada en vigencia de esta ley.*
- 2. Que la demanda haya sido admitida antes de la presentación de la solicitud de conciliación ante la Administración.*
- 3. Que no exista sentencia o decisión judicial en firme que le ponga fin al respectivo proceso judicial.*
- 4. Adjuntar prueba del pago, de las obligaciones objeto de conciliación de acuerdo con lo indicado en los incisos anteriores.*
- 5. Aportar prueba del pago de la liquidación privada del impuesto o tributo objeto de conciliación correspondiente al año gravable 2018, siempre que hubiere lugar al pago de dicho impuesto.*
- 6. Que la solicitud de conciliación sea presentada ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) hasta el día 30 de septiembre de 2019.*

7. El acta que dé lugar a la conciliación deberá suscribirse a más tardar el día 31 de octubre de 2019 y presentarse por cualquiera de las partes para su aprobación ante el juez administrativo o ante la respectiva corporación de lo contencioso administrativo, según el caso, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su suscripción, demostrando el cumplimiento de los requisitos legales.

Indicado lo anterior, se procederá a constatar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos para que esta Sala de decisión proceda a aprobar la conciliación judicial celebrada entre las partes:

REQUISITOS GENERALES EN VIRTUD DE LA LEY 446 DE 1998

La Ley 446 de 1998 y la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado han reunido los requisitos generales que las partes deben acreditar a la hora de presentar solicitudes de conciliación judicial, consistentes en acreditar la representación de las partes y su capacidad para conciliar, que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos económicos, que el medio de control no haya caducado, se presenten las pruebas que soporten la conciliación, que el acuerdo no sea violatorio de la Ley ni del patrimonio público.

Partiendo de estas premisas, encuentra la Sala que obra a folio 1 del expediente memorial poder otorgado por el señor Andrés Mauricio Sinisterra Bodenciek en calidad de representante legal de la sociedad FOGEL ANDINA SAS, según certificado de existencia y representación obrante de folios 2 a 4 del expediente, al abogado Martín Emilio Rey Castillo para que represente los intereses de la sociedad dentro del proceso judicial iniciado, otorgándole expresamente la facultad de conciliar.

Por su parte, la Directora Seccional de Impuestos Cali otorgó poder especial a la abogada Hild Estelia Prettel Ruíz para que represente los intereses de la entidad, otorgándole la facultad expresa de conciliar.

El acuerdo conciliatorio al que pretenden llegar las partes es de carácter económico, esto es, sobre el valor de la sanción impuesta por la Dian, con ocasión de la inexactitud en la declaración del impuesto sobre las ventas declarada por FOGEL ANDINA SAS. Al momento de presentarse la demanda el medio de control no había caducado.

A continuación, se verificará que el acuerdo conciliatorio no sea violatorio de la Ley ni del patrimonio público.

REQUISITOS ESPECÍFICOS DEL ARTÍCULO 100 DE LA LEY 1943

- Presentación de la demanda antes de la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018

Esta Ley fue expedida el 28 de diciembre del año 2018, entrando en vigencia el mismo día.

La presente demanda fue interpuesta ante esta Corporación el 03 de febrero del año 2014, según el acta de reparto visible a folio 167 del expediente, por lo tanto se cumple con este requisito.

- Que la demanda haya sido admitida antes de la presentación de la solicitud de conciliación ante la Administración.

La presente demanda fue admitida el 28 de febrero del 2014 y la solicitud de conciliación se presentó el 30 de septiembre del año 2019.

- Que no exista sentencia o decisión judicial en firme que le ponga fin al respectivo proceso judicial.

Este proceso se encuentra a Despacho para emitir sentencia, pero aún no tiene una que ponga fin al proceso.

- Adjuntar prueba del pago, de las obligaciones objeto de conciliación de acuerdo con lo indicado en los incisos anteriores.

En este punto se recuerda que el párrafo 6° del artículo 100 de la Ley estudiada, consagra que para hacer efectivo el beneficio de conciliación sobre el 50% de las sanciones actualizadas, el contribuyente debe pagar el 50% restante de la sanción actualizada y devolver las sumas devueltas o compensadas en exceso, en los plazos y términos de la Ley.

Pues bien, en el acta de conciliación suscrita entre las partes, la Dian tiene por cumplido este requisito luego de haber efectuado los ajustes en la liquidación de los conceptos adeudados por el contribuyente, conforme a revisión adelantada por la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Palmira, hallando que la declaración oficial de revisión No. 152412012000022 del 21 de agosto del 2012 por ventas del tercer bimestre del año 2009 de FOGEL ANDINA SAS generó un saldo a favor dentro del mismo periodo, cubriendo las obligaciones a cargo del contribuyente (fls. 308 a 313 y 316 a 318).

- Que la solicitud de conciliación sea presentada ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) hasta el día 30 de septiembre de 2019.

Junto con la solicitud de aprobación del acuerdo conciliatorio, la Dian aportó copia de la solicitud de conciliación contencioso administrativa radicada por FOGEL ANDINA SAS. ante sus dependencias el 30 de septiembre de 2019 (fls. 268 a 272), dándose por cumplido el presente requisito.

- El acta que dé lugar a la conciliación deberá suscribirse a más tardar el día 31 de octubre de 2019 y presentarse por cualquiera de las partes para su aprobación ante el juez administrativo o ante la respectiva corporación de lo contencioso administrativo, según el caso, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su suscripción, demostrando el cumplimiento de los requisitos legales.

De folios 316 a 318 del expediente reposa el Acta No. 57 del 18 de octubre de 2019, en la que el Comité Especial de Conciliación y Terminación por mutuo Acuerdo de la Dirección Seccional de Impuestos Cali, deja constancia de que las partes acuerdan conciliar la suma de \$67.306.000 correspondiente a la sanción y la suma de \$18.276.000 al valor de actualización, para un total de \$85.582.000.

Este documento fue suscrito el 30 de diciembre de 2019 y presentado en la Secretaría de esta Corporación el 17 de enero de 2019, esto es, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la suscripción, anexando el cumplimiento de los requisitos legales verificados en párrafos anteriores.

De este modo, la Sala puede concluir sin dubitación alguna que el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes cumple con los requisitos de del artículo 100 de la Ley 1943 de 2018, por lo tanto se procederá a aprobar el acuerdo conciliatorio al que llegaron la sociedad FOGEL ANDINA SAS y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Dian.

III. DECISIÓN

En virtud de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en Sala de Decisión,

RESUELVE:

PRIMERO. - APROBAR el acuerdo conciliatorio al que llegaron la sociedad FOGEL ANDINA SAS y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Dian mediante Acta No. 57 del 18 de diciembre de 2019.

SEGUNDO. - Tanto el acuerdo conciliatorio celebrado mediante Acta del 18 de diciembre de 2019 como esta providencia que lo aprueba, tienen efectos de cosa juzgada y prestan mérito ejecutivo.

TERCERO. - DAR por terminado el proceso instaurado por la sociedad FOGEL ANDINA SAS contra la Dian.

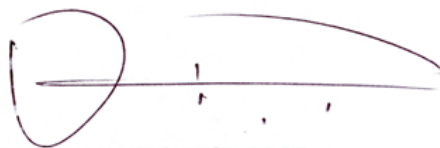
CUARTO. - La aprobación de la presente conciliación se cumplirá en los términos del artículo 192 del CPACA.

QUINTO. - De no apelarse esta providencia, archívese el presente expediente.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en sesión de la fecha.

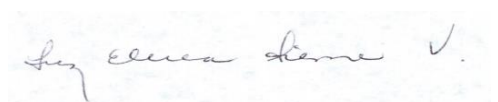
Los Magistrados,



OSCAR A. VALERO NISIMBLAT



PATRICIA FEUILLET PALOMARES



LUZ ELENA SIERRA VALENCIA

