

Bogotá D.C.,

Honorable Magistrado:

Doctor Luis Antonio Rodríguez Montaña

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Bogotá- Sección Cuarta

E. S. D.

Asunto: CONTESTACIÓN DEMANDA
Radicado: 25000233700020200049500
Demandante: RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE REDETRANS S.A..
Nit: 830038007
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Cuantía: \$1.285.080.000
Auto Admisorio: 22 de octubre de 2021.
Notificación: 18 de febrero de 2022.
Tema: Retención en la fuente periodo 12 del año 2015.

Claudia Cristina Giraldo Gallo identificada con cédula de ciudadanía n.º 24.367.043, abogada titulada y portadora de la tarjeta profesional n.º 110.094 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuó como apoderada de la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales** (en adelante, Dian o mi representada). Según el poder conferido por el Director Operativo de Grandes Contribuyentes de la UAE-Dian, respetuosamente y encontrándome dentro de la oportunidad legal prevista para ello en los artículos 172 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), me permito contestar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por **RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE REDETRANS S.A..**

Las pretensiones de la demanda deben ser negadas por las siguientes razones que desarrollaré en este escrito:

1. La sociedad REDETRANS S.A., estaba en la obligación formal de presentar y pagar la declaración de retención en la fuente del mes de diciembre de 2015, la cual no cumplió por cuanto el plazo fijado para presentar con pago la declaración era el 21 de enero de 2016 según lo dispuso el Decreto 2623 de 2014.
2. No procede aplicar el beneficio establecido en el artículo 270 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el inciso 2º y 5º del artículo 580-1 del E.T. toda vez que, el requisito para acceder a ello, no lo cumplía la sociedad toda vez que se exige la declaración y pago oportuno del total de la retención, con los intereses correspondientes, dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar, que para el presente caso, la sociedad presentó sin pago el 27 de septiembre de 2018, estando ya vencido el plazo para declarar.
3. La omisión en el pago puntual de las sumas declaradas en los denuncios de retención en la fuente constituye un hecho de suma gravedad y de gran impacto constitucional, por lo que se genera un daño al recaudo nacional.

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

4. La cuantificación de la sanción por no declarar, se realizó conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 643 del E.T, según la información recopilada por la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Grandes Contribuyentes.
5. El hecho de que la sociedad se encuentre en un proceso de reorganización no es un argumento para que se levante la ineficacia de la declaración tributaria, ni exonera al contribuyente del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 580-1 del E.T.

I. Oportunidad para contestar la demanda

De conformidad con lo establecido en los artículos 172 y 199¹ de la Ley 1437 de 2011, se correrá traslado de la demanda a las partes por el término de 30 días, tiempo en el cual se *“deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar de demanda de reconvencción”*².

Ahora bien, según el Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, *“el traslado o los términos que conceda el auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente”*³.

En el caso objeto de estudio, el auto de demanda fue notificado a la entidad a través del buzón de notificaciones el 18 de febrero de 2022 por lo que el término para contestar la demanda vence el 6 de abril de 2022, por lo tanto, esta contestación se encuentra presentado dentro del término legal.

II. Pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda.

En calidad de apoderada judicial de la DIAN, de manera respetuosa y con fundamento en lo que se indicará en el presente escrito, presento oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, porque contrario a lo afirmado por la demandante, la actuación de mi representada, se adelantó con plena observancia de las normas sustanciales y procesales vigentes, sin violación de disposición jurídica alguna.

En ese sentido, me opongo a la pretensión de nulidad de los actos demandados, esto es, “Resolución Sanción N°312412019000040 del 21 de marzo de 2019 y “Resolución No. 992232020000018 del 12 de marzo, y presento oposición a la pretensión de restablecimiento del derecho.

III. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda

A continuación, procedo a realizar pronunciamiento expreso de cada uno de los hechos de la demanda en el orden en que fueron descritos:

Al hecho 1. Es cierto. Mediante Auto No. 2018-01-393486 del 30 de agosto de 2018, la Superintendencia de Sociedades admitió a la Sociedad al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.

Al hecho 2. Es cierto. Conforme lo estableció el Decreto 2623 del 17 de diciembre de 2014, el plazo que se fijó para la presentación de la declaración y pago de la Retención en la Fuente por el periodo 12 de 2015, era el 21 de enero de 2016, fecha en la cual la sociedad no presentó la declaración y pago de la retención en la fuente por el periodo 12 de 2015.

¹ El Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 fue modificado por el Artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18, enero, 2011). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario oficial. Enero, 2011. Nro. 47.956.

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18, enero, 2011). Op. cit.

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

Al hecho 3. Es cierto. Con auto comisorio nro.1647 del 4 de octubre de 2016 se ordena la visita de verificación tributaria por el impuesto de Retención en la Fuente y Retención CREE de los años gravables 2015 y 2016 (fol. 5). Con acta de visita del 5 de octubre de 2016 la funcionaria comisionada solicitó información del impuesto de Retención en la Fuente de los periodos 7 al 12 de 2015 y 1 al 8 de 2016. De igual manera solicitó la declaración Renta CREE periodos 6 al 12 del 2015 y periodos 1 al 8 del 2016.(fol. 8,9)

Al hecho 4. Es cierto.

Al hecho 5. Es cierto.

Al hecho 6. Es cierto.

Al hecho 7. Es cierto.

Al hecho 8. No es cierto que el valor de la sanción propuesta por la administración en el emplazamiento para declarar es errado, toda vez que conforme a la información reportada por el mismo contribuyente y lo previsto en el artículo 643 del E.T, se estableció el valor por este concepto.

Al hecho 9. Lo cierto es que, la sociedad REDETRANS S.A., presenta la declaración de Retención en la Fuente del periodo 12 del 2015, el 27 de septiembre de 2018, con formulario nro.3509663057881, fuera del término establecido en el Decreto 2623 del 2014 y sin pago, tal como puede evidenciarse a folio 197 de los antecedentes administrativos.

Al hecho 10. No es Cierto, toda vez que el proceso de reorganización fue aprobado con Auto No.400-011872 de fecha 30 de agosto de 2018, posterior a la fecha en que la sociedad debía cumplir con la obligación de declarar el impuesto de Retención en la Fuente del periodo 12 de 2015 era el 21 de enero de 2016.

Al hecho 11. Lo cierto es que, con resolución N°312412019000040 del 21 de marzo de 2019 mi representada impone sanción por no declarar el Impuesto de Retención en la Fuente por el periodo 12 de 2015, notificada a la sociedad el 27 de marzo de 2019, según guía de Postales Nacionales S.A nro.PC00754629CO. No es cierto que el valor de la sanción propuesta por la administración en el emplazamiento para declarar es errado, toda vez que conforme a la información reportada por el mismo contribuyente y lo previsto en el artículo 643 del E.T, se estableció el valor por este concepto.

Al hecho 12. Es cierto.

Al hecho 13. un hecho que está en discusión y se basa en una interpretación que pretende hacer valer el contribuyente.

Al hecho 14. Es cierto que, con resolución nro.992232020000018 del 12 de marzo se confirma la resolución sanción N°312412019000040 del 21 de marzo de 2019, por no declarar el Impuesto de Retención en la Fuente por el periodo 12 de 2015.

Al hecho 15. Es cierto.

IV. Fundamentos de la defensa

Antes de presentar los argumentos de oposición a los cargos formulados en la demanda, que demuestran que los actos administrativos fueron proferidos por mi representada en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, y que por lo tanto no se encuentran viciados de causal alguna de nulidad; con el propósito de dejar sin efecto la demanda presentada

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

respecto del segundo cargo, me permito respetuosamente y con sustento en el artículo 175 del CPACA, formular al honorable despacho las siguientes:

4.1.Excepciones

Las excepciones son medios de defensa y consisten en *“el derecho subjetivo que posee la persona física o moral, que tiene el carácter de demandada o de contrademandada en un proceso, frente al juzgador y frente a la parte actora o reconviniente en su caso, para contradecir lo establecido por el actor en la demanda o lo determinado por el reconviniente en la contrademanda, y cuyo objeto es detener el proceso, o bien, obtener sentencia favorable en forma parcial o total”* (ARELLANO GARCÍA, Carlos. Teoría General del Proceso. México: Editorial Porrúa S.A. pp. 303 y ss).

Las excepciones previas corresponden a aquellos planteamientos o argumentos dirigidos a atacar el procedimiento por causa de defectos o por vicios. Por lo anterior, la jurisprudencia las ha concebido como medidas de saneamiento en la etapa inicial y encaminadas a mejorar o terminar el procedimiento a fin evitar posibles nulidades o sentencias inhibitorias. En asuntos contenciosos administrativos, la invocación de las excepciones previas se encuentra limitada a las contempladas, de manera taxativa, en el artículo 100 del CGP (aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA) y a las mixtas relativas a la cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva de que trata el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, norma que faculta al juez contencioso para que las estudie de oficio o a petición de parte.

Por este motivo, al encontrarme en la oportunidad para proponerlas, formulo al despacho la excepción mixta de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente al ejercicio de los recursos que de acuerdo con la ley fueran obligatorios. (artículo 180, numeral 6º del CPACA, y artículo 100, numeral 5º del CGP).

Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente al ejercicio de los recursos que de acuerdo con la ley fueran obligatorios, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA.

La sociedad en sede administrativa no solicitó la nulidad de los actos administrativos hoy demandados, ni presentó inconformidad alguna por el monto de la sanción impuesta; presentando como un hecho nuevo, no controvertido en sede administrativa, la nulidad por falsa motivación de los actos administrativos demandados, por cuanto según su apreciación, la DIAN al determinar los costos y gastos relacionados en el balance de comprobación del mes de diciembre de 2015, toma como base para determinar la sanción por no declarar, la cifra de \$12.850.800.365, que incluye según lo señala, entre otros conceptos, la provisión realizada por la empresa para los impuestos de renta y patrimonio por el periodo 12 del año gravable 2015, remitiéndose como prueba y de manera general a unas páginas específicas del anexo explicativo del emplazamiento para declarar.

Según se constata en el expediente de la actuación administrativa allegado al honorable despacho, dicho hecho no fue presentado, ni sustentado en el recurso de reconsideración presentado por la sociedad en sede administrativa, donde tampoco se solicitó la declaratoria de nulidad o ilegalidad del acto acusado por las razones que hoy se exponen en la demanda; por dicha razón, no obra en la Resolución No. 992232020000018 del 12 de marzo que resuelve el recurso de reconsideración confirmando la "Resolución Sanción No. N°312412019000040 del 21 de marzo de 2019, pronunciamiento alguno respecto de dicho hecho o argumento por parte de mi representada.

Por el contrario, de la lectura del recurso de reconsideración, puede apreciar la honorable magistrada, que el recurrente en ese entonces, no discutió el monto de la sanción, limitando el problema jurídico en sede administrativa, a la eficacia de la declaración por el no pago, y el

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Operativa de Grandes Contribuyentes
Cra. 20 N° 83 - 20 Edificio Neo Point PBX (571) 7428408 - 3103158116
Código postal 110221
www.dian.gov.co

Expediente: 2500023370002020-00495-00
 Demandante: REDETRANS S.A.
 Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
 Actuación: Contestación Demanda

plazo para pagar la declaración; circunstancias disímiles en extremo, de la discusión que hoy pretende plantear en el litigio relativa al monto de la sanción.

Esta afirmación, encuentra sustento en los apartes consignados por el contribuyente en el recurso de reconsideración, del cual se extrae:

(...)

“a pesar de haber sido admitida al proceso de reorganización empresarial en el mes de agosto del año 2018, a la fecha, la sociedad se encuentra con la totalidad de sus cuentas embargadas y dineros retenidos, situación que le impide cumplir a cabalidad con las obligaciones adquiridas, este hecho impidió que se pueda realizar el pago de retención en la fuente mencionada dentro de los 2 meses siguientes a su presentación. [Énfasis añadido]

Menciona igualmente el contribuyente en su escrito de recurso:

(...)

“al imponer la sanción contemplada en el acto administrativo impugnado, la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes estaría desconociendo el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible, el cual ha sido objeto de pronunciamiento en repetidas ocasiones por las altas cortes, pues no se estaría teniendo en cuenta que por circunstancias que desbordan las posibilidades y la voluntad del ente societario, le fue imposible cumplir con el pago de la obligación tributaria” [Énfasis añadido]

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. La norma lo prevé en los siguientes términos:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar.

La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. (...) [Énfasis añadido]

De manera que el agotamiento de los recursos de la actuación administrativa se constituye, en un requisito previo definido y exigido por el Legislador para acudir a la administración de justicia, que busca que la Autoridad Tributaria revise su actuación antes de que sea llevada a juicio, con el fin de que la modifique o revoque si hay lugar a ello. Una vez se han decidido los recursos previstos en la Ley, el contribuyente puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para solicitar la nulidad del acto administrativo con fundamento en los mismos hechos que presentó en sede administrativa, sin perjuicio de mejorar los fundamentos de derecho de la pretensión de nulidad. (Parafraseando, Consejo de Estado, Auto del 20.09.2018, Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, dentro del proceso con radicación número: 41001-23-33-000-2013-00519-01(23082) de ECJ Distribuciones Ltda. contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN).

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

Sobre el planteamiento de nuevos hechos ante la jurisdicción contenciosa, la Sala Cuarta del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de señalar que:

“Ahora bien, la procedencia o no de plantear nuevos hechos de inconformidad por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es un tema que la jurisprudencia ha precisado por vía de interpretación, y en esta forma, se estructuró la tesis según la cual “Los hechos que se presentan en la vía gubernativa imponen el marco de la demanda ante la jurisdicción no siendo viable aceptar nuevos hechos, aunque si mejores argumentos de derecho”. Si bien es cierto que los hechos que se proponen en la vía gubernativa le imponen un marco a la demanda, en la medida en que no se aceptan nuevos hechos en la vía contencioso administrativa, porque ello atenta contra el debido proceso, también lo es, que este criterio no impide que con ocasión de la demanda se expongan nuevas argumentaciones tendientes a reforzar la petición de nulidad de los actos administrativos acusados.” Y ha precisado: “La Sección en forma reiterada ha expresado que «al contribuyente le es dable alegar “argumentos nuevos” en la etapa jurisdiccional, es decir, no planteados en la etapa gubernativa, si lo pretendido es la ‘nulidad’ de los actos administrativos, en razón a que el examen de legalidad del acto acusado debe efectuarse respecto de los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, que a su vez deben concretarse a las causales de nulidad previstas en el Estatuto Tributario y las generales a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo». Y ha precisado que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos -diferentes a los invocados en sede administrativa-, aunque sí mejores o nuevos argumentos y fundamentos de derecho respecto de los planteados en los recursos interpuestos en la vía gubernativa. Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración. En este orden de ideas, el administrado debe aducir en sede administrativa los motivos y fundamentos de su reclamación, lo que no obsta para que en oportunidad posterior, en sede judicial, pueda exponer nuevos o mejores argumentos, a fin de obtener la satisfacción de su pretensión, previamente planteada ante la Administración. (Citado en, Consejo de Estado, Auto del 20.09.2018, Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, dentro del proceso con radicación número: 41001-23-33-000-2013-00519-01(23082) de ECJ Distribuciones Ltda. contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN) .

Observa mi representada que la demandante, bajo la denominación de “*nulidad por falsa motivación*”, nulidad no solicitada en sede administrativa, persigue que el operador judicial bajo el ropaje de la causal de nulidad, declare la ilegalidad de los actos administrativos proferidos por la DIAN, pasando por alto un hecho nuevo consistente no solo en la nulidad invocada, sino en la discusión por el monto de la sanción impuesta; no obstante, aceptar que el problema jurídico del presente litigio se centre en el debate respecto del monto de la sanción del contribuyente, implicaría claramente en esta instancia, un desconocimiento del derecho de defensa y de contradicción que también le asiste a la Autoridad Tributaria, reconocido ampliamente en los precedentes judiciales citados.

Con fundamento en lo anterior, solicito al honorable despacho, declarar probada parcialmente la excepción presentada respecto del segundo cargo formulado por la demandante, toda vez que sobre dicho hecho, la sociedad no cumplió con la carga de agotar el requisito de procedibilidad atinente al ejercicio del recurso reconsideración respecto de dicho hecho, conforme la regla consagrada en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA de obligatorio cumplimiento para controvertir los actos demandados ante la jurisdicción, en el sentido de que no fue posible para mi representada, revisar, argumentar y controvertir lo que se pretende traer al litigio.

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Operativa de Grandes Contribuyentes
Cra. 20 N° 83 - 20 Edificio Neo Point PBX (571) 7428408 - 3103158116
Código postal 110221
www.dian.gov.co

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

V. Consideraciones previas.

La finalidad de la retención en la fuente de conformidad con lo señalado en el artículo 367 del ET., es conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.

En palabras de la honorable Corte Constitucional, se ha destacado que el objetivo más importante de la retención en la fuente *“es el recaudo simultáneo del impuesto en el momento de obtener los ingresos, lo cual ofrece múltiples ventajas pues i) simplifica el trabajo de la administración tributaria, ya que se la libera de la tarea de recaudo al trasladarla a los particulares; ii) mejora el flujo de dineros para la tesorería pública, pues permite escalonar la percepción de los ingresos acelerando su recaudación; iii) opera como instrumento de control a la evasión fiscal, por cuanto facilita la identificación de contribuyentes que podrían permanecer ocultos o que son difíciles de ubicar directamente, como es el caso de los residentes en el exterior o quienes ejercen actividades económicas en forma temporal y iv) fortalece la efectividad automática del impuesto como instrumento anti-inflacionario asegurándole al Estado su participación en el producto creciente de la economía.”* (Corte Constitucional, Sentencia C-883 del 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Los agentes de retención a la luz del artículo 368 del ET., son, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, las uniones temporales y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.

Desde el punto de vista impositivo la retención en la fuente para los agentes de retención, supone *“la acción o el efecto de retener, conservar, guardar una cantidad que la ley ha determinado se retenga a título de impuesto en el mismo momento del origen del ingreso. Así, este mecanismo le permite al Estado recibir los impuestos a que tiene derecho en el mismo momento en que el contribuyente obtiene el ingreso susceptible de ser gravado, y como tal, sujeto a retención”*.

Respecto de los sujetos de la relación jurídico tributaria constituida en la retención en la fuente, en la precitada sentencia, el Alto Tribunal Constitucional señala que esta se encuentra integrada, en primer lugar, *“entre los sujetos de la obligación a retener, que son: el Estado como sujeto activo y el retenedor como sujeto pasivo de dicha obligación formal; y en segundo lugar, entre los sujetos de la retención en la fuente, el retenido o sujeto pasivo, y el retenedor como sujeto activo”*. Sobre este asunto ha advertido la Corte, que, respecto del agente retenedor, el pago que realiza de lo retenido en las arcas del Estado, lo libera de su obligación, mientras que para el retenido es un pago provisional mientras se liquida de manera definitiva el impuesto futuro, y que las sumas retenidas pueden no constituir el pago total de la obligación tributaria o representar saldos a favor que deben ser objeto de compensación o devolución.

VI. Fundamentos de la demanda

Para sustentar la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho, el apoderado de la sociedad citó las normas violadas y argumentó, como causal de anulación de los actos demandados, los artículos 29, 121 y 363 de la Constitución Política de Colombia (CP). Del Estatuto Tributario los artículos 643 (3) y 716.

La demandante pretende que se anulen los actos acusados porque considera se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación; para ello formula dos cargos titulados conjuntamente *“Nulidad por Falsa Motivación artículo 643(3) del ET.”*, no obstante, es oportuno precisar que las razones que sustentan los cargos para controvertirlos, reitera mi representada, que de la verificación efectuada al expediente administrativo, observa que la sociedad no planteó en la vía administrativa solicitud de nulidad alguna, o marco normativo que le permitiera inferir tan

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
 Demandante: REDETRANS S.A.
 Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
 Actuación: Contestación Demanda

siquiera a mi representada la solicitud nulidad, para que en esa medida fuera viable debatir o controvertir por parte de la DIAN, algunos de los hechos que se traen al litigio como por ejemplo los planteados en el segundo cargo respecto de la base que utilizó la DIAN para determinar la sanción por no declarar, pues según se extrae del recurso de reconsideración presentado para poner fin a la vía administrativa, la hoy demandante, planteó argumentos referentes a la eficacia de la declaración tributaria por la presentación de la declaración sin pago, y la incidencia del proceso de reorganización empresarial del contribuyente frente al no pago de la retención, incluyendo como PETICIÓN EN EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN dos solicitudes claras: (i). que se revocara la sanción, y (ii). que se le concedieran dos (2) meses para pagar la declaración después del levantamiento de las medidas cautelares en sus cuentas; por lo que se advierte al honorable despacho, que en el presente litigio, la demandante bajo la misma denominación del cargo presenta hechos nuevos, y de los cuales nos referimos en el segundo cargo:

6.1. Primer cargo. Nulidad por falsa motivación y aplicación indebida del artículo 643(3) del ET., sanción por no declarar.

Señala el demandante que conforme al artículo 643(3) del ET. se sanciona la omisión por no declarar de quien persiste en su incumplimiento, y según la lo definido en el diccionario de la lengua española, la palabra “persistir”, se entiende es mantenerse en firme en la manera de pensar, de opinar, de actuar, y que para el caso en concreto la sociedad, la sociedad persistió en el incumplimiento de presentar la declaración de retención en la fuente por el segundo periodo del año 2016, ya que por el contrario presentó virtualmente su declaración, liquidando la respectiva sanción por extemporaneidad de acuerdo con el artículo 642 del ET.

Reclama que la DIAN tomó como base para determinar la sanción impuesta mediante la “Resolución Sanción No. 312412019000040 del 21 de marzo de 2019, la suma de \$12.850.800.365 y no la suma de \$8.429.191.017, lo que concreta la nulidad por falsa motivación, por la sustentación de un acto administrativo con fundamento en presupuestos de hecho inexistentes dentro de la actuación administrativa, por la apreciación errada de los hechos debidamente acreditados, vulnerando la garantía del principio de legalidad.

VII. Problema jurídico por resolver

Para determinar la legalidad de los actos administrativos objeto de esta Litis es preciso resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿La sociedad contribuyente actuó en la debida oportunidad al declarar el impuesto de retención en la fuente del 12 periodo del año gravable 2015, sin pago el 27 de septiembre de 2018, y por lo tanto produce efectos legales?,
2. ¿Procedía o no imponer la sanción prevista en el artículo 643(3) del ET?

VIII. Argumentos que demuestran que la demanda carece de sustento jurídico y fáctico.

En ejercicio de la defensa presento a continuación los argumentos de oposición de mi representada, frente al cargo de nulidad formulado por la demandante contra la “Resolución Sanción N°312412019000040 del 21 de marzo de 2019 y “Resolución No. 992232020000018 del 12 de marzo, actos administrativos que demuestran con suficiencia, que mi representada en ningún momento desconoció las normas vigentes con lo cual los hubiese podido viciar de nulidad, o invalidar la actuación administrativa desplegada por la DIAN.

8.1. Al primer cargo. El pago como condición de eficacia de las declaraciones de retención en la fuente.

La declaración de retención en la fuente presentada por la demandante, por concepto del 12° periodo del año gravable 2015, no produjo efecto legal alguno por cuanto no se efectuó el pago del valor declarado.

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

Conforme lo dispone el artículo 580(1) del ET. se condiciona la eficacia de las declaraciones de retención en la fuente al pago total de los montos declarados en las mismas, disponiendo entre otras cosas, que las *“declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producirán efecto legal alguno, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare”*.

En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-102 de 2015, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, al analizar la constitucionalidad del artículo 580(1) del ET. señaló que:

(...)

“la presentación de las declaraciones de retención en la fuente constituye una obligación tributaria en cabeza de quienes conforme a las normas tributarias son agentes retenedores. Por lo tanto, debe entenderse que cuando dicha declaración no se presenta con el pago, se entiende que el agente retenedor no ha cumplido con su obligación”.

Continúa diciendo que:

(...)

“En otras palabras, la norma demandada está estableciendo que el pago constituye una condición necesaria para el adecuado cumplimiento de la obligación tributaria de declarar. El pago es, entonces, una condición concomitante con la obligación de declarar la retención en la fuente” [Énfasis añadido]

En este punto es de precisar que la norma analizada dispone claramente que la eficacia de la declaración de retención en la fuente se debe, concomitantemente a su presentación, realizarse el pago total de las sumas declaradas, pues de no ser así, no se configuraría el pago total.

Lo anterior se ratifica con lo manifestado por el Alto Tribunal Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 580(1) del ET, al indicar que:

“(…) Es decir, para que se entienda que los sujetos de la norma cumplieron con su obligación de declarar la retención en la fuente debieron haberla presentado con el pago total de las sumas declaradas (…)” [Énfasis añadido]

Dicha condición de eficacia no es nada distinto a la manifestación que realiza el Legislador, en su amplio margen de configuración no sólo para fijar los distintos elementos del tributo, e imponer obligaciones tributarias formales y sustantivas, sino para disponer la manera de hacer el recaudo.

Así, por ejemplo, con fundamento en este amplio margen de configuración, la Corte Constitucional ha establecido que los requisitos exigidos por el Legislador para que se entienda presentada la declaración tributaria son un medio para que la administración posea la información necesaria para garantizar el principio de eficacia tributaria, que a su turno permite la realización de una serie de objetivos constitucionales. En efecto, en Sentencia C-884 de 1999, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional precisó:

“Para la Corte, es claro que la información tributaria es el medio por el cual la Administración puede controlar el cumplimiento de los deberes ciudadanos para con el fisco y por ende, obtener el real recaudo de los dineros provenientes del pago de los impuestos, tasas y contribuciones, con los cuales se atiende el funcionamiento del aparato estatal y la satisfacción de las necesidades públicas, por lo que, la obligación formal de los contribuyentes, de suministrar a la Administración de Impuestos, la información de naturaleza fiscal que ésta requiera para el cumplimiento de sus funciones, deriva de la potestad impositiva del Estado y del consiguiente deber de

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Operativa de Grandes Contribuyentes
Cra. 20 N° 83 - 20 Edificio Neo Point PBX (571) 7428408 - 3103158116
Código postal 110221
www.dian.gov.co

Expediente: 2500023370002020-00495-00
 Demandante: REDETRANS S.A.
 Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
 Actuación: Contestación Demanda

tributación, los cuales se fundamentan en los artículos superiores 150-12, 338 y 363 en concordancia con el 95-9 ibídem.”

De esa manera, la Corte Constitucional determinó que es válido y proporcional restar eficacia a las declaraciones de retención en la fuente que se presentan sin pago total, por cuanto la *“obligación de pagar que resulta exigible de los agentes retenedores se refiere a una obligación propia del desarrollo de una función pública que la ley les encomienda, que es la de retener para el fisco los impuestos pagados en la fuente por tales contribuyentes”* y la proporcionalidad se sustenta en el hecho que:

“(…) Como lo ha sostenido esta Corporación desde sus inicios, tal forma de recaudo anticipado de los impuestos persigue un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional. Tal objetivo consiste en permitirle al Estado tener una fuente continua de ingresos durante todo el año para sufragar todos los gastos del Estado. De lo contrario, el Estado tendría necesidad de esperar a la terminación del respectivo año fiscal para que las obligaciones tributarias se hicieran exigibles, para luego cobrarlas directamente a los contribuyentes. La liquidez del Estado durante el transcurso de la respectiva vigencia fiscal depende en una medida significativa del pago oportuno de las sumas que los agentes retenedores cobran por anticipado a los contribuyentes, y que se retienen ellos mismos sobre sus ingresos. (...)

El recaudo efectivo y eficiente de la retención en la fuente es de vital importancia desde el punto de vista constitucional. Tanto es así, que no sólo justifica la imposición de la carga a los particulares de retener impuestos a nombre del Estado, sino que además amerita que el legislador tipifique penalmente su incumplimiento. (...)

*Como se observa, entonces, con el pago el agente está en realidad cumpliendo una función pública como cualquier servidor público que maneja fondos estatales. De tal modo, **el no pago constituye no sólo el incumplimiento de una función pública que le ha sido encomendada, sino una apropiación de dineros públicos sobre los cuales no puede reclamar ningún tipo de derecho** (...)*

En esa medida, teniendo en cuenta que: 1) el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para establecer los medios a través de los cuales se efectúa el recaudo, para garantizar su eficacia y eficiencia, 2) la retención en la fuente constituye un mecanismo de recaudo y una función pública que sirve un objetivo de especial importancia constitucional, 3) la obligación de pago total de la retención en la fuente no recae sobre dineros del agente obligado sino de dineros públicos, y 4) el agente de todos modos tiene la obligación legal de pagarlos a tiempo a su legítimo propietario – cuyo incumplimiento es incluso sancionable penalmente-, resulta razonable y proporcionado que el pago total sea considerado como condición de eficacia de la declaración de retención, así se trate de obligaciones diferentes.” (Corte Constitucional. Sentencia C-102 de 2015. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ésta sentencia analizó la constitucionalidad del artículo 580-1 del Estatuto Tributario.) [Énfasis añadido]

Por lo tanto es claro que el hecho de no cancelar –concomitantemente con la declaración respectiva- las sumas incorporadas en las declaraciones de retención en la fuente, le resta eficacia jurídica a dichas declaraciones; en ese sentido, el contribuyente persiste en la omisión referida a la presentación de las declaraciones de retención en la fuente, cumpliendo con el supuesto de hecho señalado en el artículo 643(3) del ET., lo cual se justifica teniendo en cuenta que el recaudo efectivo y eficiente de la retención en la fuente, es de vital importancia desde el punto de vista constitucional. Tanto es así, que no sólo justifica la imposición de la carga a los particulares de retener impuestos a nombre del Estado, sino que además amerita que el Legislador tipifique penalmente su incumplimiento.

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Operativa de Grandes Contribuyentes
 Cra. 20 N° 83 - 20 Edificio Neo Point PBX (571) 7428408 - 3103158116
 Código postal 110221
 www.dian.gov.co

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

Lo anterior permite concluir que la omisión en el pago puntual de las sumas declaradas en los denuncios de retención en la fuente, constituye un hecho de suma gravedad y de gran impacto constitucional, por lo que se genera un daño al recaudo nacional por cuanto el Estado no cuenta con los dineros –que valga la pena precisar no son pagados por el declarante, sino por quien es objeto de la retención- desde el preciso momento en que ha considerado adecuado, por políticas públicas, obtenerlo.

Ahora bien, frente a lo manifestado por la demandante respecto del plazo solicitado para el pago de la declaración de retención que presentó, y la cual se entiende ineficaz en virtud de la ley, se debe precisar lo que el artículo 580-1 del ET. consagra al respecto:

“Art. 580-1. Ineficacia de las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total. Las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producirán efecto legal alguno, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare. (...)

La declaración de retención en la fuente que se haya presentado sin pago total antes del vencimiento del plazo para declarar, producirá efectos legales, siempre y cuando el pago total de la retención se efectúe o se haya efectuado a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo para declarar. Lo anterior sin perjuicio de la liquidación de los intereses moratorios a que haya lugar. En todo caso, mientras el contribuyente no presente nuevamente la declaración de retención en la fuente con el pago respectivo, la declaración inicialmente presentada se entiende como documento que reconoce una obligación clara, expresa y exigible que podrá ser utilizado por la Administración Tributaria en los procesos de cobro coactivo, aun cuando en el sistema la declaración tenga una marca de ineficaz para el agente retenedor bajo los presupuestos establecidos en este artículo.”. [Énfasis añadido]

Se tiene entonces que, por regla general, las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producen efecto legal alguno, excepto cuando estas declaraciones sean presentadas sin pago de manera oportuna, pero siempre y cuando el pago total de la retención se efectúe o se haya efectuado a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo para declarar; precepto normativo cuya aplicación y plazo concedido, no es facultativo o discrecional por parte de la Autoridad Tributaria, razón por la cual conceder un plazo por fuera de su competencia, constituiría claramente una concesión a un particular contraria a la Ley.

En otras palabras, los requisitos para que las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago se consideren eficaces son: (i) que la presentación de la declaración de retención en la fuente se haya realizado de manera oportuna; y (ii) que el pago total se realice dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar. Situación que no aconteció en la medida que dos años después del origen de la obligación sustancial, la sociedad responsable al ser admitida al proceso de reorganización, solicita un plazo que puede ser considerado con fecha incierta.

Así las cosas, de conformidad con el Decreto 2623 del 2014, el plazo para presentar las declaraciones de retención en la fuente del periodo 12 del año gravable 2015 de los contribuyentes cuyo último dígito del NIT termina en 7, como en este caso, vencía el 21 de enero de 2016; de manera que, al estar probada la omisión de la declaración de retención, debido a la falta de pago oportuno, esta se tiene como no presentada, con lo cual es procedente la sanción impuesta.

Por otra parte, en cuanto a que a la sociedad fue admitida en proceso de reorganización por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No. 400-011872 del 30 de agosto del 2018, y que las cuentas se encontraban embargadas y los dineros retenidos, situación que impidió cumplir las obligaciones, se debe aclarar a la demandante, que la retención en la fuente no

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

es un impuesto, es un mecanismo anticipado de recaudo, por lo tanto, el agente retenedor no actúa como contribuyente sino como auxiliar de la función recaudadora de la Administración Tributaria, obligación que debió ser cumplida en el mes de enero del año 2016, por lo que el argumento expuesto pierde relevancia, en la medida que la sociedad fue admitida al proceso de reorganización en agosto del año 2018, es decir dos años y seis meses después del vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación que aquí se discute.

Así, el recaudo representa un eventual crédito fiscal en cabeza de un tercero, quien debe soportar la retención en la fuente, pero no es -desde ninguna perspectiva- un derecho o bien propio del agente retenedor, quien, se insiste, es un vehículo del recaudo y su obligación frente a las sumas que retiene es solo una: consignarlas a la Administración Tributaria.

Desde otra perspectiva, si un contribuyente omite la obligación de consignar lo retenido, está apropiándose de recursos públicos, conducta cuya gravedad es tal que la Legislación la contempló en el artículo 402 del Código Penal como delito denominado «omisión del agente retenedor o recaudador»- pues son dineros del Estado que se le encargan de recaudar a los agentes retenedores, y por ende deben declararlos y pagarlos oportunamente.

En el caso concreto de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta, las normas atinentes del ET., prevén:

“Artículo 382. Obligación de declarar.

Los agentes de retención en la fuente deberán presentar declaración mensual de las retenciones que debieron efectuar durante el respectivo mes, de conformidad con lo establecido en los artículos 604 al 606, inclusive.”

“Artículo 604. Período fiscal.

El período fiscal de las retenciones en la fuente será mensual.

En el caso de liquidación o terminación de actividades, el período fiscal se contará desde su iniciación hasta las fechas señaladas en el artículo 595.

Cuando se inicien actividades durante el mes, el período fiscal será el comprendido entre la fecha de iniciación de actividades y la fecha de finalización del respectivo período.”

En estos términos, habida cuenta que según la demandante realizó retenciones durante el periodo 12 del año 2015, tenía la obligación de presentar y pagar la declaración de retención en la fuente, dando cumplimiento a los artículos 375, 376 y 382 del ET., por ser agente de retención con las siguientes obligaciones:

“Artículo 375. Efectuar la retención.

Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción.”

“Artículo 376. Consignar lo retenido.

Las personas o entidades obligadas a hacer la retención, deberán consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señale el Gobierno Nacional.”

“Art. 382. Obligación de declarar.

Los agentes de retención en la fuente deberán presentar declaración mensual de las retenciones que debieron efectuar durante el respectivo mes, de conformidad con lo establecido en los artículos 604 al 606, inclusive.”

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

No obstante, la demandante solo presentó la declaración de retención del periodo 12º del año 2015 una vez proferido y notificado el emplazamiento para declarar nro. 312382018000105 del 10 de septiembre de 2018, sin pago, por lo que la mencionada declaración no produjo efectos jurídicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 580(1) del ET.

Recordemos que el deber formal el presentar las declaraciones tributarias, entre ellas, la retención en la fuente es de suma trascendencia para los sujetos obligados (contribuyentes, responsables y agentes de retención en la fuente), la cual debe realizarse dentro de los plazos que cada año fija el Gobierno Nacional mediante decreto, en los formularios indicados para tal fin. Por eso, los artículos 571 a 573 del ET., establecen quienes deben cumplir las obligaciones formales.

Por lo tanto, al presentarse el incumplimiento por parte del contribuyente, la Administración Tributaria debe proceder a dar aplicación a los artículos 715 y 716 del ET, que consagran el emplazamiento previo por no declarar, y la consecuencia de la no presentación de la declaración con motivo del emplazamiento, normas que disponen:

“Artículo 715. Emplazamiento previo por no declarar.

Quienes incumplan con la obligación de presentar las declaraciones tributarias, estando obligados a ello, serán emplazados por la Administración de Impuestos, previa comprobación de su obligación, para que lo hagan en el término perentorio de un (1) mes, advirtiéndoseles de las consecuencias legales en caso de persistir su omisión.

El contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que presente la declaración con posterioridad al emplazamiento, deberá liquidar y pagar la sanción por extemporaneidad, en los términos previstos en el artículo 642.”

“Artículo 716. Consecuencia de la no presentación de la declaración con motivo del emplazamiento.

Vencido el término que otorga el emplazamiento de que trata el artículo anterior, sin que se hubiere presentado la declaración respectiva, la Administración de Impuestos procederá a aplicar la sanción por no declarar prevista en el artículo 643.” [Énfasis añadido]

En este caso, el 27 de septiembre de 2018 la demandada presentó sin pago, la declaración de retención en la fuente del periodo 12 del año 2015, mediante el formulario No. 3509663057881 y No. electrónico 91000578373960, en la que liquidó un total de retenciones más sanciones por valor de \$353.860.000, por lo que la misma es ineficaz.

En consecuencia, la Administración lo que debe hacer es asegurar el efectivo cumplimiento de las normas tributarias mediante todas las diligencias y actuaciones necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos y las sanciones, pues en este caso es claro que la demandante, debió cumplir la mencionada obligación para no ser sometido al procedimiento y régimen sancionatorio del ET.

De lo hasta aquí señalado, se puede colegir que no le asiste razón a la demandante al señalar que, por haber presentado la declaración sin pago, su conducta no se encuentra en el supuesto de hecho del artículo artículo 643(3) del E.T. por cuanto existió siempre la voluntad de cumplir con su obligación por la imposibilidad para cumplirla por falta de liquidez, toda vez que, al no darse el pago total, la Administración no puede dejar de cumplir con lo dispuesto en la norma tributaria y su deber de iniciar el proceso sancionatorio, pues como se ha señalado en precedencia, la falta de pago se tornó ineficaz de pleno derecho.

De igual manera, era inviable a la luz del ET. conceder un plazo de dos (02) meses después del levantamiento de las medidas cautelares de la sociedad, para el pago correspondiente, bajo el argumento de que la sociedad fue admitida en proceso de reorganización, ya que dicho

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

proceso fue aprobado dos años después del momento en que debió cumplir la obligación del giro de los recursos que se habían recaudado y consolidado dado que es el mismo ET. en el artículo 580(1) que señala que la declaración producirá efectos legales, siempre y cuando el pago total de la retención se efectúe o se haya efectuado a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo para declarar.

Así mismo, el Art. 32 de la Ley 1429 de 2010, exceptúa del proceso de reorganización las obligaciones por retenciones en la fuente a favor de la DIAN, así como las consecuencias que se derivan por el incumplimiento, tanto de la presentación de la declaración (obligación formal) como de su pago (obligación sustancial), norma que es coherente con el hecho de que las obligaciones fiscales por retenciones en la fuente son dineros fiscales recibidos de terceros por el contribuyente, que hacen parte de un mecanismo de recaudo anticipado del impuesto y por lo tanto una vez percibidos deben ser trasladados a la administración.

En ese sentido, tampoco es adecuado a la realidad fáctica y jurídica del proceso sancionatorio adelantado, señalar que los actos administrativo que hoy son cuestionados ante el honorable despacho, se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, puesto que los mismos fueron expedidos en correspondencia con el principio de legalidad, en el sentido de que la Autoridad Tributaria planteó a la sociedad en vía administrativa, todos los motivos que la llevaron a imponer la sanción por no declarar, con el respectivo sustento fáctico y jurídico para garantizarle al contribuyente el derecho de defensa y contradicción, e igualmente la DIAN tuvo en cuenta para la toma de la decisión de sancionar, todos los hechos planteados y acreditados en debida forma por el contribuyente.

En razón a lo señalado, solicito al honorable magistrado desestimar el primer cargo formulado por la parte demandante.

5.2. Al segundo cargo. La base con la cual se determinar la sanción no está errada, al estar ajustadas conforme al artículo 643 (3) del E.T.

En este cargo, la sociedad demandante presenta en el litigio, una argumentación nueva que versa sobre el monto de la sanción, aspecto que no controvertió en sede administrativa, lo que impidió a mi representada, manifestarse al respecto, esta circunstancia estaría sin que se hubiera agotado la vía administrativa.

Sustenta su cuestionamiento en la medida que, al determinarse los costos y gastos relacionados relacionados en el balance de comprobación del mes de diciembre de 2015, la base para fijar la sanción estableció el valor de \$12.850.800.365, incluyendo otros conceptos, mientras que la provisión que presentó la sociedad para los impuestos de renta y patrimonio del año 2015, era la suma de \$788.175.254 dentro del cual están los costos y gastos de la sociedad para el periodo 12 de diciembre de 2015.

Este nuevo motivo de inconformidad, se encuentra ausente en el texto del recurso de reconsideración presentado por la sociedad en sede administrativa, donde tampoco se solicitó la declaratoria de nulidad o ilegalidad del acto acusado por las razones que hoy se exponen en la demanda; por dicha razón, no obra en la "Resolución No. 99223202000018 del 12 de marzo de 20218, en el cual se resolvió recurso de reconsideración confirmando la "Resolución Sanción No. 312412019000040 del 21 de marzo de 2019, pronunciamiento alguno respecto de dicho hecho por parte de la Autoridad Tributaria.

En ese sentido no es procedente para la demandante, a efectos de mantener incólume el principio de seguridad jurídica, que en sede judicial se presenten hechos nuevos, pues lo mismo desconocería el derecho de defensa y de contradicción que también le asiste a mi representada para defender sus propios actos administrativos, y explicar el procedimiento realizado al contribuyente, sustentando su decisión en la información contable debidamente incorporada en la actuación administrativa.

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Operativa de Grandes Contribuyentes
Cra. 20 N° 83 - 20 Edificio Neo Point PBX (571) 7428408 - 3103158116
Código postal 110221
www.dian.gov.co

Expediente: 2500023370002020-00495-00
 Demandante: REDETRANS S.A.
 Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
 Actuación: Contestación Demanda

Al respecto, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente argumentos nuevos, con hechos nuevos, para señalar que aunque al demandante, le es posible presentar nuevos o mejores argumentos bajo por ejemplo, un cargo de nulidad de los actos administrativos acusados, referenciado en el marco normativo objeto de vulneración; no obstante, no le es posible plantear hechos nuevos diferentes a los planteados en vía administrativa, pues implicaría claramente la violación al debido proceso de la Autoridad Tributaria.

En Sentencia del 8 de febrero de 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dentro del expediente con radicación número: 08001-23-31-000-2012-00516-01(22060) en la que se demandó la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, la consejera ponente Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, señaló:

“La Sección en forma reiterada ha expresado que <<al contribuyente le es dable alegar "argumentos nuevos" en la etapa jurisdiccional, es decir, no planteados en la etapa gubernativa, si lo pretendido es la 'nulidad' de los actos administrativos, en razón a que el examen de legalidad del acto acusado debe efectuarse respecto de los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, que a su vez deben concretarse a las causales de nulidad previstas en el Estatuto Tributario y las generales a que se refiere el inciso 2o del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo>>. Y ha precisado que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos -diferentes a los invocados en sede administrativa-, aunque sí mejores o nuevos argumentos y fundamentos de derecho respecto de los planteados en los recursos interpuestos en la vía gubernativa. Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración. En este orden de ideas, el administrado debe aducir en sede administrativa los motivos y fundamentos de su reclamación, lo que no obsta para que en oportunidad posterior, en sede judicial, pueda exponer nuevos o mejores argumentos, a fin de obtener la satisfacción de su pretensión, previamente planteada ante la Administración. En consecuencia, si la pretensión de la parte demandante es la misma, esto es, la nulidad del acto definitivo, como ocurre en el caso, en la medida en que en sede administrativa y jurisdiccional se invocó la ilegalidad de los actos por los cuales se le impuso sanción por no enviar información, el Juez debe analizar los cargos de la demanda así no hayan sido expuestos con ocasión del recurso de reconsideración”. [Énfasis añadido]

En gracia de discusión honorable magistrada y respecto del hecho nuevo que plantea el demandante, al revisar la actuación administrativa desplegada por la Autoridad Tributaria, y soportada en el expediente allegado al despacho el día 5 de abril del 2022, se observa que mi representada siguió las pautas previstas del numeral 3º del artículo 643 del ET., que prevé la sanción por no declarar y las bases para efectos de imponer la sanción.

Para mejor comprensión se presentan los conceptos, las bases, la tarifa, la proyección de la sanción, y la identificación de los folios que numeran el soporte probatorio incorporado a la actuación sancionatoria, que fueron comunicados al contribuyente en su momento, atendiendo las reglas previstas del procedimiento tributario así:

CONCEPTO	BASE	TARIFA	SANCIÓN	FOLIOS
El 10% de los cheques girados durante el mes de diciembre de 2015	\$3.566.563.190	10%	\$356.656.319	178
10% de los costos y gastos, según el balance de prueba del mes de diciembre de 2015.	\$12.850.800.365	10%	\$1.285.080.000	178
100% de las retenciones de la última declaración presentada. Período (8) de 2015, con declaración nro.91000434430877 de fecha 30 de junio de 2017	\$162.118.000	100%	\$162.118.000	160
BASE DETERMINADA POR NO DECLARAR			\$1.285.080.000	

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Operativa de Grandes Contribuyentes
 Cra. 20 N° 83 - 20 Edificio Neo Point PBX (571) 7428408 - 3103158116
 Código postal 110221
 www.dian.gov.co

Expediente: 2500023370002020-00495-00
 Demandante: REDETRANS S.A.
 Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
 Actuación: Contestación Demanda

Tal como se puede evidenciar, mi representada tomó el mayor valor como base para imponer la sanción, es decir, los costos y gastos según el balance de prueba del mes de diciembre del año 2015, debidamente certificado y firmado por el revisor fiscal, el cual reposa a folios 150 al 158, 176-177 de la actuación administrativa allegada en su oportunidad al despacho.

Al hacer una revisión detallada de dicho balance de prueba, la División de Gestión y Fiscalización consolidó la información de los costos y gastos de la sociedad durante el periodo de diciembre del año 2015, concluyendo el saldo inicial, el débito, el crédito, el saldo final y el movimiento del mes de las cuentas de gastos y costos de ventas de la demandante:

178

DIVISION DE GESTION FISCALIZACION								
HOJA DE TRABAJO								
EXPEDIENTE OE 2015 2018 001032								
CONTRIBUYENTE RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE REDETRANS S.A.								
NIT 830 038 007								
IMPUESTO RETENCION EN LA FUENTE								
PERIODO DICIEMBRE DE 2015								
RELACION DE COSTOS Y GASTOS DURANTE EL PERIODO DE SEPTIEMBRE DE 2015 (ARTICULO 643 DEL E.T.)								
CUENTA	NOMBRE	SALDO INICIAL	DEBITO	CREDITO	SALDO FINAL	MOVIMIENTO DEL MES	10%	FOLIOS
8	GASTOS	29.661.794.844	7.945.066.814	1.574.427.425	36.032.434.233	6.370.639.389		150 al 158
8	COSTOS DE VENTAS	21.623.150.300	6.962.545.460	4.034.331.146	24.551.364.614	2.928.214.314		
7	COSTOS DE VENTAS	38.973.650.538	5.636.831.819	2.084.885.157	42.525.597.200	3.551.946.662		
TOTAL COSTOS Y GASTOS DEL MES DE DICIEMBRE DE 2015		\$90.218.595.682	\$20.544.444.093	\$7.693.643.728	\$103.195.396.047	\$12.850.006.369	1.285.000.037	
RELACION DE CHEQUES GIRADOS DURANTE EL PERIODO DE DICIEMBRE DE 2015 (Art. 643 del E.T.)								
TOTAL CHEQUES GIRADOS MES DE DICIEMBRE DE 2015						3.566.563.190	356.656.319	41 al 62
extractos bancarios								63 al 149
VALOR DE LAS RETENCIONES RENGÓN 83 ULTIMA DECLARACION PRESENTADA PERIODO AGOSTO DE 2015								
DECLARACION DE RETENCION EN LA FUENTE ULTIMA VALIDA ACTIVA						162.118.000	100%	


 MIRYAN FRANCO CEPEDA
 AUDITOR TRIBUTARIO
 GESTOR II
 C.C. 37625378

En razón a lo expuesto en precedencia y en el acápite de excepciones, solicito al honorable despacho, desestimar el cargo formulado por cuanto no se cumple el presupuesto procesal del agotamiento del recurso previsto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, que establece la obligación de ejercer y decidir los recursos que sean obligatorios de acuerdo con la Ley, siempre que se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter particular.

IX. Petición

A partir de lo expuesto, es claro que los actos demandados fueron proferidos con observancia del ordenamiento jurídico aplicable. Contrario a lo señalado en la demanda, no se vulneraron derechos ni preceptos normativos, razones suficientes para declarar su legalidad.

Por esto, solicito respetuosamente a la Honorable Magistrado declarar que los actos administrativos demandados, a saber, resolución sanción por no declarar n.º 312412019000040 del 21 de marzo de 2019 y la "Resolución No. 992232020000018 del 12 de marzo; que confirma la sanción se encuentran ajustadas a derecho.

En consecuencia, solicito que se denieguen en su totalidad las suplicas de la demanda. Esto, una vez sean analizadas las pruebas que obran en el expediente y los argumentos de hecho y de derecho expuestos, que serán ampliados y fundamentados en las siguientes etapas procesales.

X. Solicitud reconocimiento costas procesales a favor de la entidad

Se solicita reconocimiento de costas procesales, toda vez que, en lo relacionado a las agencias en derecho, es evidente que, por su naturaleza, estas se causan por el simple hecho

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Expediente: 2500023370002020-00495-00
Demandante: REDETRANS S.A.
Concepto: Retención en la fuente periodo 12 del 2015
Actuación: Contestación Demanda

de comparecer como parte al proceso judicial, lo cual se documenta en las actuaciones que obran en el expediente del proceso. Lo anterior se fundamenta en el Artículo 188 del CPACA y en concordancia con los artículos 361, 365 y 366 del CGP en lo relacionado con las erogaciones a título de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho, esta última, como los gastos que la entidad incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro del trámite judicial.

XI. Pruebas

En cumplimiento de lo previsto en el parágrafo 1 del Artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, en la oportunidad legal respectiva, a través de correo electrónico el 5 de abril de 2022, la Dian remitió copia auténtica del expediente administrativo OE20152016001202, contenido de los antecedentes los Actos Administrativos Resolución No. 31241201900040 de fecha 21/03/2019 y Resolución Decide Recurso Reconsideración No. 992232020000018 de fecha 12/03/2020, de tal manera que solicito que sean tenidos en cuenta como prueba en el presente proceso.

XII. Derecho

Fundamento mis peticiones en la facultad consagrada en los artículos 172, 175 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Artículo 612 del Código General del Proceso.

XIII. Personería

De manera atenta solicito a la Honorable Magistrado, reconocermé personería para actuar en el presente proceso, en representación de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

XIV. Documentos anexos

- Poder para actuar y documentos que lo soportan

XV. Notificaciones

Mi representada recibirá las notificaciones personales y/o comunicaciones procesales a que haya lugar en la página web www.Dian.gov.co-Portal Web-Servicios a la Ciudadanía en la opción de Notificaciones Judiciales o en el correo electrónico notificacionesjudicialesDian@Dian.gov.co.

La suscrita recibiré las notificaciones a que haya lugar aal correo electrónico cgiraldog@Dian.gov.co.

Atentamente,



Claudia Cristina Giraldo Gallo
C.C. 24.367.043 de Aguadas (Caldas)
T.P. 110.094 del C.S. de la J
Apoderada de la UAE Dian

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Operativa de **Grandes Contribuyentes**
Cra. 20 N° 83 - 20 Edificio Neo Point PBX (571) 7428408 - 3103158116
Código postal 110221
www.dian.gov.co