

Señores Magistrados

HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION CUARTA SEBSECCION "B"
MAGISTRADA PONENTE DOCTORA

GLORIA ISABEL CACERES MARTINEZ

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE	25000-23-37-000-2021-00362-00
DEMANDANTE	CONSORCIO AGB Y SU UNICO CONSORCIADO CONSTRUCTORA SAN LORENZO S.A.S.
DEMANDADO	UAE-DIAN

RECURSO DE APELACION, contra AUTO que rechaza la demanda.

E. S. D.

FIDEL CARDONA ARIAS, con Tarjeta Profesional de Abogado No. 118.707 del Consejo Superior de la Judicatura, mayor de edad y vecino de Bogotá D.C., obrando como apoderado especial del **CONSORCIO ABG** y de su único consorciado (en adelante **EL CONSORCIO ABG**), domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., de acuerdo con los términos del poder que me ha sido otorgado por el representante legal y por el único consorciado, y cuya personería ya ha sido reconocida en este proceso, con el mayor respeto PRESENTO RECURSO DE APELACION CONTRA EL AUTO DE FECHA 17 DE MARZO DE 2022 QUE RECHAZA LA DEMANDA.

1. Procedencia del Recurso:

El recurso se interpone de manera oportuna, toda vez que el AUTO recurrido fue notificado por estado, enviado por correo electrónico el día 18 de marzo del año 2022 y el termino de los tres días vence el próximo jueves 24 de marzo del año 2022, y se fundamenta en los artículos 243 y 244 del CPACA

***ARTÍCULO 243. APELACIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:>
Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:*

1. ***El que rechaza la demanda** o su reforma, y el que.....*
(subrayado y resaltado fuera de texto).

***ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS.** <Artículo modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La interposición y*

decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1. (...)

2. (...)

3. *Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito ante quien lo profirió, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación o a la del auto que niega total o parcialmente la reposición. En el medio de control electoral, este término será de dos (2) días.*

(...)

2. Sustentación del Recurso:

I. HECHOS:

1. Previa solicitud de devolución del saldo a favor o pago de lo no debido, la Administración Tributaria profiere la Resolución Negando solicitud por Improcedente **No. 609-13 del 30 de mayo de 2011.**
2. Mediante Sentencia de primera instancia proferida por este Honorable Tribunal el 22 de enero de 2015 resolvió: (1) Declarar la nulidad de la Resolución **No. 609-13 del 30 de mayo de 2011**, (2) ordenar la devolución de la suma de \$ 2.668.211.274 a favor del CONSORCIO ABG y (3) ordenar el reconocimiento de **intereses moratorio a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia según lo establecido en el artículo 192 de CPACA.**
3. Mediante Sentencia de segunda instancia proferida el 25 de septiembre de 2019 dentro del expediente 25000-23-37-000-2012-00424-01 (21778) se ORDENA a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN devolver al CONSORCIO ABG NIT 900.130.140-5 la suma de DOSMILCUATROCIENTOS DIECINUEVE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$2.419.000.000), junto con los intereses corrientes y moratorio, conforme lo previsto en el artículo 863 del Estatuto Tributario, **según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.** (he resaltado y subrayado)

En la parte motiva de la sentencia, pagina 12 párrafo 3 dice textualmente el Consejo de Estado "Ahora bien, se advierte que **le asiste razón al demandante en cuanto afirma que sobre la suma que se ordenó devolver se han de reconocer intereses corrientes y moratorios con base en lo dispuesto en los articulo 863 y 864 del ET y no con**

base en los artículos 187 y 192 del CPACA. Lo anterior en cuanto la normativa tributaria contempla de manera especial los intereses que se derivan de la devolución del pago de lo no debido según lo dispuesto en el artículo 863 del Estatuto Tributario" (he resaltado y subrayado).

En la parte motiva de la sentencia, pagina 12 párrafo 5 dice textualmente El Consejo de Estado, refiriéndose al artículo 863 del Estatuto Tributario: " De acuerdo con la disposición antes indicada, **los intereses corrientes proceden a partir de la fecha de notificación de la resolución 609-13 del 30 de mayo de 2011**, acto que negó la devolución, hasta la ejecutoria de esta sentencia, e **intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la presente providencia hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación**" (he subrayado y resaltado).

4. En cumplimiento de la anterior providencia judicial la DIAN expidió la Resolución de Devolución No. 608-4799 del 8 de noviembre de 2019, ordenando la devolución de la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL PESOS M/CTE (\$2.419.118.000) al CONSORCIO AGB mediante TIDIS.
5. Dentro de la oportunidad legal, mediante radicado 032E2020003349 de fecha 2020-01-24 el CONSORCIO ABG interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 608-4799 expresando su inconformidad por el no reconocimiento de los intereses y anunciando que aceptaba el pago, como un pago parcial en los términos del artículo 1653 del Código Civil.
6. La Administración tributaria profiriere Resolución que Rechaza Recurso de Reconsideración por Improcedente No. 000911 el 21 de febrero de 2020.
7. La DIAN, mediante Resolución 628-32-000882 del 24 de enero de 2021 reconoce el pago de la suma de TRES MIL DOCIENTOS TREINTA MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL PESOS M/CTE, a favor del CONSORCIO ABG., actuación administrativa contra la cual no se concede recurso alguno y que es objeto de la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
8. El 29 de junio del año 2021 el CONSOCIO AGB presenta Demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
9. Mediante AUTO del 17 de marzo del año 2022, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca RECHAZA la demanda de nulidad, que ahora es objeto del presente recurso de APELACION.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Si bien es cierto, como lo advierte el Tribunal, que en la Resolución No. 608-32-000882 del 24 de febrero de 2021, la parte demandada invoca que acata lo dispuesto en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta del 25 de septiembre de 2010 expediente 25000-23-37-000-201-00424-01 (21778), como lo expondremos a continuación, hace un acatamiento amañado defraudando a la misma justicia encarnada en el mas alto Tribunal de lo Contencioso y en detrimento patrimonial del CONSORCIO ABG causándole daños irreparables que solo este Tribunal puede reparar mediante la ACCION DE NULIDAD Y REESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que se pretende entablar, veamos uno a uno los hechos que son ostensibles y resaltan a la vista sin mayor formula de análisis.

1. De manera deliberada la DIAN no reconoce los intereses corrientes en los términos claros y expresos señalados por el Honorable Consejo de Estado: En la parte motiva de la sentencia, página 12 párrafo 5 dice textualmente El Consejo de Estado, refiriéndose al artículo 863 del Estatuto Tributario: *" De acuerdo con la disposición antes indicada, **los intereses corrientes proceden a partir de la fecha de notificación de la resolución 609-13 del 30 de mayo de 2011**, acto que negó la devolución, hasta la ejecutoria de esta sentencia, e **intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la presente providencia hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación**"* (subrayado y resaltado).

La DIAN, para reconocer los intereses, tal como reza en la página 4, en el primer párrafo de la Resolución 608-32-000882 dice "... consultado el informe del Acto Administrativo, se observa que la fecha de ejecutoria de la Resolución 684-1027 del 26 de junio de 2012, corresponde al 25 de julio de 2012, según la norma mencionada hasta la ejecutoria del acto (sentencia)..."

Esto no fue lo que ordenó el Consejo de Estado, los intereses se liquidan desde la ejecutoria de la resolución 609-13 del 30 de mayo de 2011 que negó por improcedente la devolución del pago de lo no debido, no la que amañadamente toma la DIAN que es la Resolución que confirma, cuya fecha es posterior.

De esta manera se están dejando de liquidar y pagar intereses corrientes desde el 1 de junio del año 2011 hasta el 24 de julio del año 2012, que hemos tasado en la demanda en la suma de \$ 510.676.470.

2. Nuevamente de manera deliberada y ahora muchos más ostensible la DIAN reconoce los intereses moratorios con fundamento en el articulo 192 del CPACA, asunto que precisamente fue revocado en segunda instancia

omitiendo hacerlo como lo dice el Estatuto Tributario y como con toda sensatez lo ordenó el Consejo de Estado en su proveído.

En la parte motiva de la sentencia, pagina 12 párrafo 3 dice textualmente el Consejo de Estado "Ahora bien, se advierte que **le asiste razón al demandante en cuanto afirma que sobre la suma que se ordenó devolver se han de reconocer intereses corrientes y moratorios con base en lo dispuesto en los articulo 863 y 864 del ET y no con base en los artículos 187 y 192 del CPACA.** Lo anterior en cuanto la normativa tributaria contempla de manera especial los intereses que se derivan de la devolución del pago de lo no debido según lo dispuesto en el artículo 863 del Estatuto Tributario" (he resaltado y subrayado).

Ver párrafo primero de la hoja 6 de la Resolución No. 608-32-000882 donde de manera más arbitraria y apartándose de la ley y la Sentencia la DIAN liquida los intereses de mora al DTF (como lo dice el CPACA), no con fundamento en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario liquidando la suma de \$ 8.286.000.

De esta manera se están dejando de liquidar y pagar intereses moratorios por la suma de \$ 858.505.442, cifra que está plenamente sustentada en la demanda.

3. Cumplimiento parcial de la Sentencia: para cumplir la Sentencia la DIAN primero profiere la Resolución No. 608-4799 de fecha 8 de noviembre de 2019 ordenando devolución del pago de lo no debido (capital) por la suma de \$ 2.419.118.000, sin que en ella se diga nada del reconocimiento de los intereses corrientes y moratorios. Posteriormente, profiere la Resolución No. 608-32-000882 de fecha 24 de febrero de 2021, reconociendo el pago de unos intereses corrientes y moratorios por valor de \$ 3.230.587.000.

Es apenas natural que para el cumplimiento de cualquier obligación se deba satisfacer está en su totalidad, es decir devolver en este caso íntegramente las sumas equivalentes al pago de lo no debido (capital) más los intereses corrientes y moratorios.

Como el Estatuto Tributario no establece una norma especial sobre la imputación de los pagos cuando estos los realiza el la DIAN hacia el contribuyente (pero si regla cuando el pago es del contribuyente a la DIAN) entonces debemos acudir a las normas de jerarquía de las leyes y demás disposiciones que regulan la materia y encontramos que el artículo 1653 del Código Civil, regula el tema en cuestión

"Artículo 1653. imputación del pago a intereses. Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital. Si el acreedor otorga carta de capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados".

Carente de lógica y de cualquier argumento jurídico para el pago de la sentencia la DIAN comete un sin número de arbitrariedades que resumo así: 1. No liquida los intereses corrientes desde la fecha que ordena el Consejo de Estado. 2. No liquida los intereses moratorios conforme lo dispone el Estatuto Tributario y lo ordenó el Consejo de Estado, sino que sin formula de juicio acude a lo que dispone el CPACA y 3. Sin ningún argumento apartándose de la ley y de los mas elementales conceptos de la economía hace primero el pago del "capital" y un año mas tarde paga los intereses, sabiendo que el deber ser es, y la prelación de imputación de pagos dictan, que primero se pagan los intereses moratorios, luego los intereses corrientes y finalmente el "capital" (entiéndase la expresión "capital" como devolución del pago de lo no debido), como lo ordena la norma citada del Código Civil

Así las cosas, los pagos totales recibidos son los siguientes

Resolución 608-4799 del 8 de noviembre de 2019	\$ 2.419.118.000
Resolución 628-32-000882 del 24 de febrero de 2021	\$ 3.230.587.000
Total, pagado en cumplimiento de la providencia	\$ 5.649.705.000

Que imputados conforme a la regla del artículo 1653 del Código Civil daría el siguiente resultado:

INTERESES MORATORIOS	\$ 858.505.442
INTERESES CORRIENTES	\$ 4.068.897.187
PAGO DE LO NO DEBIDO	\$ 2.419.118.000
TOTAL, ADEUDADO	\$ 7.346.520.269
PAGOS PARCIALES RECIBIDOS	\$ 5.649.705.000
SALDO INSOLUTO	\$ 1.696.815.629

Para mantener vigentes los principios de justicia y equidad que rigen el sistema tributario y para prevenir un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, debe hacerse la imputación de los pagos recibidos por el acreedor en la forma que lo señala el artículo 1653 del Código Civil.

CONCLUSION.

Como ampliamente lo hemos demostrado la actuación administrativa plasmada en la Resolución 628-32-00082 del 24 de febrero de 2021, formalmente es de trámite, pero en el fondo está decidiendo y modificando lo ordenado en la Sentencia de cierre proferida por el Honorable Concejo de Estado, convirtiéndose en un acto definitivo de reconocimiento, con lo cual le esta cambiando su naturaleza dejando de ser en la práctica por su contenido una mera actuación formal de trámite y convirtiéndose en una actuación que de manera definitiva decide el fondo del asunto, de una manera abiertamente contraria a la providencia judicial.

Así las cosas, observamos que si se cumple lo señalado en las consideraciones del AUTO recurrido. En cuanto a los "actos susceptibles de control judicial" dice el AUTO:

"2.1 De acuerdo con el artículo 43 del CPACA los actos definitivos susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, son los que "decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación".

Obsérvese que la cita Resolución 628-32-00082 deja de ser de mero trámite porque no se limita al cumplimiento de lo ordenado claramente en la sentencia, acude a argumentos diferentes a los del fallo y de manera omnímoda decide el fondo del asunto apartándose del proveído y tomando otras decisiones contrarias a lo ordenado decidiendo de manera directa sobre el fondo del asunto haciendo imposible para el contribuyente pedir de manera directa ante la administración el cumplimiento cabal de lo ordenado en la sentencia, haciendo por tanto necesario acudir a la jurisdicción.

Las decisiones tomadas en esta Resolución, que en principio como ya lo hemos dicho es de mero trámite, contrarias a la Sentencia son 1. De manera arbitraria decide cambiar la fecha de liquidación de los intereses corrientes, ordena el proveído que deben liquidarse desde el 30 de mayo de 2011, pero la DIAN los liquida desde el 25 de julio d 2012, es decir deja de liquidar intereses de algo más de un año. 2. De manera arbitraria decide cambiar la tasa de liquidación de los intereses moratorios, ordena el proveído que debe hacerse con fundamento en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario, pero la DIAN los liquida usando el DTF, que es lo que indica el CPACA y que fue precisamente objeto de modificación en la sentencia de segunda instancia. 3. Violando toda normatividad vigente y los más elementales principios económicos paga primero el capital (mediante resolución del 8 de noviembre del año 2019), para sustraerse del pago de los intereses moratorios y finalmente los intereses, (mediante resolución del 24 de febrero de 2021), casi 16 meses después del pago del capital.

Así las cosas, la conclusión evidente es que es una resolución que ha tomado decisiones de fondo resolviendo el asunto además de una manera contraria a lo

dispuesto en la Sentencia que esta llamada a acatar conforme a lo dispuesto en el fallo, sin lugar a interpretaciones subjetivas y amañadas.

Y continúa diciendo el AUTO:

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 una decisión judicial o administrativa, sin que pueda a firmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado"

Obsérvese de nuevo que la tantas veces citada Resolución 628-32-000882 ha dejado de ser una declaración de voluntades por parte de la DIAN para dar cumplimiento al fallo y ha dejado de ser una actuación de simple ejecución entrando a crear, modificar y extinguir de manera definitiva situaciones jurídicas que ya estaban consolidadas con la sentencia, a nuestro juicio excediendo los límites de sus facultades que deberían limitarse pacíficamente al cumplimiento de lo ordenado por el Alto Tribunal.

Ya en varias Ocasiones el Honorable Consejo de Estado ha producido fallos ocupándose de demandas que han pedido la nulidad de actuaciones que aparentemente son de mero trámite pero que han dejado de serlo por estar decidiendo asuntos de fondo de manera definitiva, nos referimos a las Sentencias Exp 24080 del 27 de agosto del 2020 CP Milton Chaves García, donde se declara la nulidad de una auto proferido por la DIAN que inadmite un recurso de reconsideración y la sentencia Exp. 24946 del 11 de marzo de 2021 CP Milton Chaves García.

3. Peticiones:

1. Que se revoque el AUTO que RECHAZA la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de marzo de 2022.
2. Como consecuencia de lo anterior dar curso a la DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO presentada.

Atentamente,



FIDEL CARDONA ARIAS

C.C. 15.956.433 de Salamina Caldas

T.P. 118.707 del Consejo Superior de la Judicatura

Apoderado Especial