

Bogotá, 2 de junio de 2022

Señores Magistrados

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO - ORAL SECCION CUARTA

MP: MERY CECILIA MORENO AMAYA

E.S.D.

Referencia: medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Radicación: 25000233700020150049300

Demandante: Ecopetrol S.A.

Demandado: U.A.E. DIAN

LUIS ALEJANDRO RAMÍREZ ALVAREZ y ALEJANDRO BOTERO VALENCIA, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en nuestra calidad de apoderados de la sociedad Rampint SAS (en adelante Rampint) según poder que se adjunta, solicitamos a su Despacho proceda a declarar la nulidad del proceso de la referencia desde el auto admisorio de la demanda del cual se desconoce su fecha, por la configuración de la causal 8 del artículo 133 del Código General del Proceso (CGP), dado todo el trámite se surtió sin notificar a me representada a pesar de que afecta directamente sus intereses. Lo anterior, conforme las consideraciones que se exponen a continuación.

1. Causal de nulidad invocada

Por remisión expresa del artículo 208 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), a los procesos de esa naturaleza le son aplicables las causales de nulidad contempladas en la legislación procesal civil. A su turno, el artículo 133 del CGP dispone que el proceso es nulo en todo o en parte, entre otras:

“8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado. (negrilla fuera de texto)

Los hechos que configuran la anterior situación se exponen a continuación.

2. Antecedentes

1. Durante el año 2013 la DIAN profirió en contra de Ecopetrol resoluciones de determinación de contribución de obra pública respecto de 25 contratos suscritos por esa entidad en el año 2008 (deben obrar en el expediente). Lo anterior, al considerar que dichos contratos configuraron el hecho generador de la Contribución por Contratos de Obra Pública (en adelante CCOP) contemplada en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, de la cual el contratante obra como agente retenedor del tributo y, por tanto, como responsable ante la DIAN. Contra los aludidos actos de determinación Ecopetrol interpuso recursos de reconsideración, entre otros, bajo el argumento de que aquellos contratos no tienen la naturaleza de ser de obra pública sino de exploración y explotación de los recursos naturales. Dichos recursos fueron decididos negativamente durante el año 2014, por lo que la obligación tributaria quedó en firme.

2. Entre los contratos respecto de los cuales se realizó la determinación del tributo estuvo el número 4018301 del 13 de junio de 2008 suscrito entre Ecopetrol y Rampint, cuyo objeto consistió en “Obras de mantenimiento técnico de los tanques de almacenamiento Api k-948 y k-945 de la gerencia complejo Barrancabermeja de Ecopetrol S.A. ubicada en Barrancabermeja, Santander”. No obstante, para ese momento Rampint no tuvo conocimiento de la iniciación del procedimiento administrativo.

3. Ecopetrol interpuso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las 25 Resoluciones, incluida la relacionada con el contrato 4018301 del 13 de junio de 2008 con Rampint, donde solicitó que “se ordene a la DIAN declarar a ECOPETROL S.A. a paz y salvo ante la DIAN respecto de las sumas objeto de discusión y proceda al archivo de los expedientes respectivos”. De dicho proceso conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ahora es objeto de nulidad.

4. De la demanda nunca se notificó a Rampint, ni la empresa tuvo conocimiento alguno acerca de su existencia, ni fue vinculada en ninguna etapa.

5. En fallo de primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos administrativos demandados y declaró que la actora no debía suma alguna por concepto de contribución de obra pública respecto de los contratos relacionados en cada caso. Contra la sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes.

6. El 25 de febrero de 2020 la Sala Plena del Consejo de Estado dictó sentencia de unificación en un caso similar relacionado con el hecho generador de la contribución sobre los contratos de obra pública respecto de entidades con régimen especial de contratación. Allí fijó las siguientes reglas:

“1. Para determinar si se realiza el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública no es determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública, sea el general de la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. El elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado, y no de la actividad o régimen jurídico de la entidad de derecho público.

2. Los contratos de obra pública y los contratos de que trata el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 –contratos de exploración y explotación de recursos naturales, y las actividades comerciales e industriales, son dos categorías de contratos diferentes, en tanto tienen características y finalidades propias, que impiden que se trate de un mismo contrato.

3. La contribución no grava los contratos referidos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no corresponden a los contratos de obra pública que son objeto de gravamen en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006”.

7. Bajo el argumento de estar aplicando el fallo de unificación, el 27 de mayo de 2021 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia dentro del proceso 2015-493 objeto de debate y en su lugar dispuso negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, las resoluciones de determinación y que resolvieron los recursos reconsideración quedaron en firme, con lo cual Ecopetrol quedó obligado a pagar las sumas de la contribución en su calidad de agente retenedor y responsable.

8. Sumado a ello, en la misma providencia rechazó de plano una solicitud de nulidad interpuesta por Ecopetrol por la causal del numeral 8 del artículo 133 del CGP por no haberse integrado en debida forma litisconsorcio necesario con los contratistas. En el incidente señaló que el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 dispone que el sujeto pasivo y encargado de pagar la contribución es en realidad el contratista, por lo que aquel debió ser convocado el proceso. Señaló que con el precedente fijado en la sentencia de unificación los intereses de estos se ven afacetados por tener que salir a reembolsar el valor del tributo, por lo que debieron poder ejercer su derecho de defensa.

9. En el fallo de segunda instancia el Consejo de Estado rechazó de plano la solicitud de nulidad como cuestión previa al tema de fondo. Allí dijo que Ecopetrol

carecía de legitimación activa para la petición dado que el artículo 135 del CGP señala que la nulidad “sólo podrá alegarse por la persona afectada” y que esa condición sólo la tienen los contratistas. Agregó que el proceso versaba sobre la legalidad de actos proferidos por Ecopetrol como agente retenedor de la contribución, por lo que es aquel el responsable del pago, sin perjuicio del derecho de reembolso en contra de los contratistas consignado en el artículo 370 del Estatuto Tributario.

10. El 30 de Julio de 2021 Rampint recibió correo electrónico por parte del Grupo de Consultas Tributarias de Ecopetrol (Prueba 1) informando sobre el estado de las discusiones que se encuentra adelantando con respecto al pago de la CCOP. En esa oportunidad, la entidad solo relacionó otro contrato de numero 4014279 entre Ecopetrol y Rampint, pero sin hacer mención al contrato 4018301 del 13 de junio de 2008 que fue incluido dentro del proceso sobre el que ahora se pide la nulidad. Es decir, para ese momento Rampint seguía sin tener conocimiento del proceso judicial cuya nulidad ahora se solicita.

11. En el mismo correo Ecopetrol informó acerca de la sentencia de unificación que había expedido el Consejo de Estado el 25 de febrero de 2020, aduciendo que en virtud de ella existiría la obligación en cabeza de los contratistas de asumir las sumas que Ecopetrol tuviera que pagar por concepto de la CCOP. Igualmente, en el correo se indica que la empresa había solicitado la aclaración de la sentencia y que ello había sido negado el 10 de diciembre de 2020.

12. El 20 de septiembre de 2021 Rampint remitió a Ecopetrol solicitud formal de la relación de las actuaciones que hubiera adelantado Ecopetrol en contra de decisiones del Consejo de Estado que involucraran contratos de Rampint que pudieran estar afectados por la CCOP (Prueba 2). Allí se remitió un cuadro con una relación de todos los contratos suscritos entre las dos empresas para que Ecopetrol informara cuáles de aquellos podrían estar en esa situación.

13. En respuesta del 23 de septiembre de 2021 Ecopetrol enlistó los procesos en los cuales había contratos de Rampint involucrados (Prueba 3). Fue solo en ese momento en que la empresa tuvo conocimiento de que sobre el contrato número 4018301 del 13 de junio de 2008 se habían emitido resoluciones de determinación y de confirmación de la obligación de pago de la CCOP por parte de la DIAN, así como iniciado proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de aquellas por parte de Ecopetrol. En ese mismo correo fueron enviadas las sentencias de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad de las resoluciones y la de segunda del Consejo de Estado que revocó esa decisión y las dejó en firme.

14. El 07 de octubre de 2021 Ecopetrol envió correo convocando a una reunión virtual el día 21 octubre de 2021 (prueba 4). Allí reiteró lo dicho en el correo de 30 de julio de 2021, en especial que en caso de que Ecopetrol se viera obligado a pagar las sumas correspondientes a la CCOP se vería compelida a solicitar el reembolso a los contratistas.

3. Fundamento jurídico

Como fue mencionado, el numeral 8 del artículo 133 del CGP dispone que el proceso es nulo en todo o en parte, entre otras, cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas que deban ser citadas como partes o cuando no se cita en debida forma a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

A su turno, el artículo 61 del CGP consagra la figura del litisconsorcio necesario en los siguientes términos:

“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso **verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos**, la demanda deberá **formularse por todas o dirigirse contra todas**; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, **mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia**, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio. (negrilla fuera de texto)

De la norma se desprende claramente que un requisito esencial del contradictorio y garantía de validez del proceso es que todos aquellos quienes se encuentren dentro de una relación inescindible deberán poder ejercer su derecho de defensa dentro del proceso so pena de verse viciado de nulidad. En relación con la figura del litisconsorcio, en sentencia de 2019 el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

“Debe tenerse presente que la figura del litisconsorcio necesario se caracteriza, fundamentalmente, por la existencia **de una única relación jurídica o de un acto jurídico respecto de los cuales existe pluralidad de sujetos** o, dicho en otros términos, **hay litisconsorcio necesario cuando el asunto objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción reclama una decisión uniforme para todos los litisconsortes, titulares de la misma relación jurídica o del mismo acto jurídico que es objeto de controversia.** Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandantes (litisconsorcio por activa) o demandados (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una **única relación jurídico sustancial.** En este caso y por expreso mandato de la ley, **es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos**, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos.”¹

En otro asunto similar, la Alta Corporación señaló los efectos anulatorios que tiene el adelantamiento del proceso sin la debida conformación de litisconsorcio. Al respecto dijo:

“La noción procesal de parte no se identifica con el número de sujetos que intervienen en la actuación judicial sino por cada centro de imputación jurídica que surge de la relación procesal, los cuales son integrados por uno o más sujetos de derecho. Así pues, cada centro de imputación principal del proceso (parte demandante y parte demandada) es uno solo, con independencia del número de sujetos que integran cada una de ellas. Ahora bien, cuando una parte es integrada por varios sujetos de derecho se presenta el **litisconsorcio**, el cual puede ser **necesario**, facultativo o cuasinecesario; definidos en los artículos 60 a 62 del CGP.

El primero **se presenta cuando la relación sustancial entre varios sujetos de derecho hace obligatoria su presencia en el proceso, so pena de la nulidad de la sentencia.** Por el contrario, el litisconsorcio

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Auto del 22 de abril de 2019. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Radicación número: 25000-23-36-000-2017-00335-01(61590).

facultativo opera cuando la relación sustancial entre cada sujeto con la contraparte es independiente o escindible, de manera tal que es viable adelantar una actuación judicial distinta por cada uno de ellos; sin embargo, por razones de economía procesal acuden voluntariamente a uno solo.²

De esta manera, la principal característica del litisconsorcio necesario “consiste en la obligatoriedad de la presencia en el proceso de la totalidad de los sujetos, bien sea por la parte activa o pasiva, que tengan una relación sustancial, sin los cuales no existe posibilidad alguna de emitir fallo so pena de incurrir en una causal de nulidad de la sentencia».³ En ese sentido, en auto de 2021 que resolvió un incidente de nulidad, esa misma autoridad indicó que “la nulidad de que trata el artículo 133 del CGP numeral 8° se configura cuando no se integra adecuadamente el contradictorio, citando a los litisconsorcios necesarios, esto es, a quienes deben obligatoriamente estar vinculados al proceso por ser titulares de la relación sustancial a la cual se le harán extensivos los efectos jurídicos de la sentencia.⁴

Como fue explicado en el acápite de antecedentes, el proceso del cual se solicita la nulidad se refiere a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por Ecopetrol respecto de unas resoluciones en las cuales se determinó y confirmó el pago de la CCOP por parte de esa empresa. Dicha contribución se refiere a la consignada en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, la cual a su vez fue prorrogada por las leyes 1421 de 2010, 1738 de 2014 y 1941 de 2018. El inciso 1° de dicho artículo 6 contempla la CCOP en los siguientes términos:

“Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán **pagar a favor de la Nación**, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante **una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.** (negrilla fuera de texto)

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, 22 de agosto de 2016, radicado número 2014-00598-01(22300), actor: 3M COLOMBIA S.A., demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

³ Consejo de Estado. Sección Primera, radicado número 13001-23-33-000-2013-00071-01. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CP: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Auto de cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00368-01.

Ahora, el artículo 121 de la Ley 418 de 1997 dispuso que frente a la referida contribución la entidad contratante tenía la condición de agente retenedor y por ende responsable del tributo ante la DIAN, así:

Artículo 121. (prorrogado por las leyes Ley 1941 de 2018, 1738 de 2014, 1430 de 2010, 1421 de 2010, 1106 de 2006). Para los efectos previstos en el artículo anterior, **la entidad pública contratante descontará** el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista.

El valor retenido por la entidad pública contratante **deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale**, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente.

Copia del correspondiente recibo de consignación deberá ser remitido por la entidad pública al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales o la respectiva Secretaría de Hacienda de la entidad territorial, dependiendo de cada caso. Igualmente las entidades contratantes deberán enviar a las entidades anteriormente señaladas, una relación donde conste el nombre del contratista y el objeto y valor de los contratos suscritos en el mes inmediatamente anterior. (negrilla fuera de texto)

Esto, de hecho, fue reconocido en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 25 de febrero de 20208, donde se precisó que “la entidad de derecho público contratante - como en este caso ECOPETROL S.A.- es la responsable del este tributo [ley 418 de 1997 artículo 121], es decir, la encargada de retener y consignar la contribución en la cuenta especial señalada para ello.”

Ahora, la cuestión que pone en entredicho la validez del proceso adelantado deriva de que el artículo 370 del Estatuto Tributario señala que “[n]o realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquél satisfaga la obligación”.

Es como consecuencia de la **condición de sujeto pasivo** de la obligación tributaria y del derecho de reembolso que tendría Ecopetrol en contra de Rampint de donde se deriva la condición de litisconsorcio necesario en el presente asunto. En efecto, de dichos elementos surge una única relación jurídica consistente en que la decisión adoptada en el proceso indefectiblemente va a implicar, no solo para Ecopetrol, sino para los contratistas cuyos contratos están involucrados en las resoluciones demandadas, la obligación de tener que pagar una suma o de quedar exonerado de hacerlo. En otras palabras, si se accede a las pretensiones de la

demanda, la decisión beneficia a los contratistas que evitarán tener que debatir con Ecopetrol sobre el reembolso de las sumas; pero si se niegan, aquellos se verán compelidos a defenderse de un cobro de reembolso de la contribución pagada por Ecopetrol. Dicho escenario constituye justamente el presupuesto del numeral 8 del artículo 133 invocado.

4. Pretensión

Con fundamento en los antecedentes y sustento jurídico narrado, de manera atenta solicito se declare la nulidad del proceso con radicado 25000-23-37-000-2015-00493-01 [23853] desde el auto admisorio de la demanda por la causal del numeral 8 del artículo 133 del CGP, por no haberse vinculado a Rampint al proceso a pesar de que una de las resoluciones allí demandadas tiene que ver con un tributo respecto del cual la empresa se puede ver compelida a reembolsar a Ecopetrol las sumas que esta deba pagar como agente retenedor y responsable.

5. Pruebas

Solicito sean tenidas como documentales las siguientes:

1. Correo electrónico del 30 de Julio de 2021 donde Ecopetrol informa a Rampint sobre el estado de las discusiones que se encuentra adelantando con respecto al pago de la CCOP.
2. Correo electrónico del 20 de septiembre de 2021 donde Rampint remite a Ecopetrol solicitud formal de la relación de actuaciones que involucren a la empresa.
3. Correo electrónico del 23 de septiembre de 2021 donde Ecopetrol enlistó los procesos en los cuales había contratos de Rampint involucrados.
4. Correo electrónico del 7 de octubre de 2021 donde Ecopetrol convoca a reunión virtual para el día 21 octubre de 2021.

6. Anexos

1. Lo señalados en el acápite de pruebas
2. Poder para actuar

7. Notificaciones

Recibiremos notificaciones en los correos electrónicos:

- ramirezalvarez.abogado@gmail.com
- alejobotero@gmail.com

De los señores magistrados



Luis Alejandro Ramírez Álvarez

CC: 81.717.376 de Bogotá

TP: 185084 del C.S de la J.



Alejandro Botero Valencia

CC: 8.163.423 de Envigado

TP: 152319