

Bogotá, noviembre 21 de 2023

HONORABLE MAGISTRADA

AMPARO NAVARRO LOPEZ

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTE: 25000-23-37-000-2021-00423-00

DEMANDANTE: ANDINA INGENIERIA S.A.S.

DEMANDADO: U.A.E. DIAN

**REFERENCIA INTERONGO RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO
APELACION CONTRA SU AUTO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2023**

RESPETADA SEÑORA MAGISTRADA:

Respetuosamente, me permito presentar recurso de reposición y en subsidio de apelación, el numeral tercero del auto de la referencia, que dispuso: " NEGAR el decreto y la incorporación de medio de prueba pericial aportado por la parte demandante, conforme a los términos expuestos en esta providencia."

Las razones que invoca su H Despacho, para rechazar el dictamen pericial aportado como prueba es el siguiente:

“ La demandante presentó dictamen pericial rendido por NIXON RICHARD POVEDA DAZA, Perito Grafólogo Forense – Abogado, especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses, Documentología y Lofoscopia de la Universidad Católica de Colombia, con el fin de establecer si las firmas impuestas en la constitución del Consorcio Boquerón ante la Alcaldía del Municipio de San José de Guaviare y la constitución del Consorcio Acacias 2013 ante la Empresa de Energía Eléctrica del Departamento del Guaviare son atribuibles a Martín Sánchez Cuellar en calidad de representante legal de la empresa demandante.

Al respecto, considera el Despacho que, la citada solicitud no será decretada e incorporada al proceso, en razón a que es inconducente e innecesaria, pues el objeto del presente proceso es determinar la validez de la Liquidación Oficial de Revisión No. 32241202100024 de marzo 19

de 2021 y, el contenido del dictamen pericial aportado no versa sobre la determinación del tributo objeto de análisis.

Del mismo modo, se tiene que la parte demandante solo hasta la presente demanda alega el desconocimiento de la firma en dichos contratos, escenario que nunca fue expuesto ni alegado durante el proceso de fiscalización y omisión detectada por la demandada, además que, tampoco se observa prueba penal en donde se indique la existencia de una suplantación o fraude, a efectos de considerar el desconocimiento de la constitución del Consorcio Boquerón ante la Alcaldía del Municipio de San José de Guaviare y la constitución del Consorcio Acacias 2013 ante la Empresa de Energía Eléctrica del Departamento del Guaviare.

En síntesis, como líneas atrás quedó expuesto, el dictamen pericial aportado con la demandada no será decretado e incorporado como medio de prueba.”

Respetada Señora Magistrada, el aporte probatorio negado por su H. Despacho, no es una prueba innecesaria ni inconducente, a la luz del fin de esta, como explicare a continuación y que además ha sido esgrimida como tal, tanto en la vía gubernativa, como en el texto de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, que se tramita ante su Despacho.

Las razones que me permiten insistir, en la necesidad de que la prueba aportada y negada, sea aceptada por su Despacho, como elemento material y fundamental en la litis trabada, son las siguientes:

1. Su H Despacho ha señalado que la litis se fija en los siguientes términos:
2. “3.2.1. Establecer si los elementos probatorios aportados por la parte demandante en el proceso administrativo fueron idóneos para acreditar la invalidez del acto administrativo demandado. 3.2.2. Analizar si los actos demandados se encuentran viciados de nulidad, debido a la ausencia de inspección contable por parte de la entidad demandada.”

Dentro de los elementos probatorios aportados, hemos establecido que el acto administrativo demandado basa su pretensión en el hecho de adicionar los a.-Ingresos brutos operacionales de la empresa ANDINA DE INGENIERIA de \$2.358.750.0000 que fue la suma declarada en su denuncia rentístico, a la suma de \$5.473.072.000

3. ¿De donde surge la diferencia, que la DIAN pretende adicionar señora Magistrada?, de los ingresos que según la DIAN recibió de una presunta participación de ANDINA DE INGENIERIA en los consorcios BOQUERON Y ACACIAS.
4. Es decir que el núcleo de la liquidación oficial demandada esta en demostrar, si la adición de ingresos que alega la DIAN, no fueron declarados por ANDINA DE INGENIERIA, realmente corresponden a omisión de ingresos o como se prueba con el peritaje, de una ausencia total de los mayores ingresos pretendidos por la DIAN, ya que nunca fueron recibidos ni causados por ANDINA DE INGENIERIA, por la sencilla razón de que ANDINA DE INGENIERIA, no participo e dichos consorcios ya que su firma fue falsificada.
5. Mi poderdante, en todas las instancias Señora Magistrada, ha sostenido con absoluta claridad, que el como representante legal de la empresa ANDINA DE INGENIERIA, no suscribió ningún contrato para ejecutar las actividades a las que se comprometió el consorcio y que por lo tanto no recibió un solo peso de ingresos por su presunta participación en los consorcios BOQUERON Y ACACIAS.
6. Lo que se presentó realmente fue una falsificación de la firma del representante legal de ANDINA DE INGENIERIA, en la suscripción de los citados consorcios, situación que probada por el contribuyente en la contestación del requerimiento especial y de la liquidación oficial con base en la prueba grafológica.
7. Señora Magistrada, para construir la prueba grafológica, pieza fundamental del proceso, el representante legal de ANDINA DE INGENIERIA, elevo derechos de petición a las autoridades que habían suscrito los consorcios solicitando copia autentica de los documentos supuestamente suscritos por el señor MARTIN SANCHEZ.
8. En relación con ambos consorcios se solicitó (i) COPIA AUTENTICA DEL CONTRATO DE OBRA (ii) AUTORIZACION, PARA QUE UN PERITO GRAFOLOGO, contratado por ANDINA DE INGENIERIA, tuviera ACCESO AL DOCUMENTO ORIGINAL.
9. Practicada en debida forma, la experticia pericial, se estableció que la firma que se había incorporado a los contratos era una simulación, una falsificación de la firma verdadera del señor MARTIN SANCHEZ.

Si lo que se va entonces a determinar por su Despacho, es la legalidad de la liquidación oficial, que se basa en una adición de ingresos, que el contribuyente rechaza porque los ingresos deprecados en la DIAN, NO EXISTIERON, valorar la prueba pericial aportada resulta fundamental para definir la litis.

¿Ahora bien es la prueba pericial aportada necesaria dentro del presente proceso?, a la luz del Código General del Proceso, Señora Magistrada, si lo es si nos atenemos al contenido del artículo 164, de dicho código, que establece que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

De conformidad con lo anterior, ninguna sentencia emanada de un juez se podría dictar sin llevar a cabo el proceso de recepción, análisis, revisión y apreciación de cualquier medio probatorio, en el presente caso el medio probatorio arrimado, no es precario, está sustentado, por un perito certificado, independiente y que tuvo acceso a los documentos de manera directa, lo que le permite ratificar con nivel de certeza que la firma incorporada a los contratos, de donde la DIAN, extrae unos presuntos ingresos omitidos por mi defendida, no es del representante legal de ANDINA DE INGENIERIA y en consecuencia es falso que la empresa haya recibido alguna suma de dinero de dichos contratos y que lo haya omitido como lo señala la DIAN.

Negarse a aceptar esta prueba aportada, Señora Magistrada, iría en contravía del principio fundamental al debido proceso (Art. 29 CN.), principio que se convierte en garantía de transparencia e igualdad.

La Corte Constitucional ha dicho que: “las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique al ordenamiento positivo a los casos concretos”.

Por su parte la Sala de Casación civil, agraria, comercial y de familia de la Corte Suprema de Justicia señala: “el fin de la prueba es, entonces, llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente para que pueda decidir con certeza el asunto materia del proceso”.

En el presente caso la prueba rechazada, se requiere ineludiblemente la prueba aportada para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho del contribuyente a no incorporar a su denuncia rentístico, sumas de dinero que nunca recibió porque nunca celebro los contratos deprecados por la DIAN.

Como lo señala el profesor GIACOMETO FERRER, A, en su libro “Teoría general de la prueba”, Tercera edición, Editorial Ibáñez 2015. P 142-146. lo que no esté probado en el mundo del proceso no puede existir realmente para el mundo de la inteligencia del juez, porque es la única forma de garantizar el debido proceso y específicamente el derecho de defensa de los asociados envueltos en un asunto de carácter judicial. Las pruebas son en sí, una vez más, un instrumento que da pie para la debida eficacia del debido proceso”⁹¹.

Resulta procedente la prueba aportada, Señora Magistrada, a la luz del Art. 226 C.G.P., por cuanto el objetivo de esta se centra en verificar hechos que interesen al proceso; su necesidad, que se requieran de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; y como requisito, su elaboración sólo estará a cargo de un perito certificado.

Siguiendo el mandato del artículo 226 del CGP, encontramos claramente establecida la pertenencia y necesidad de la prueba deprecada, porque en el presente caso, el peritaje no versa sobre puntos de derecho, el dictamen al estar firmado se entiende presentado bajo la gravedad del juramento y porque el perito aportó los documentos que: *i)* acrediten su idoneidad y experiencia, y, *ii)* los que le sirvieron de fundamento para el dictamen.

Igualmente, como se observa en el contenido del peritaje, el dictamen es claro, preciso, exhaustivo y detallado, además de explicar con claridad los fundamentos que se tuvieron en cuenta para llegar a las conclusiones a que llegó sobre la falsedad de la firma incluida en los contratos como del representante legal de la empresa, ANDINA DE INGENIERIA.

De otro lado, la validez del dictamen aportado se sujeta Señora MAGISTRADA, a lo previsto en el artículo 227 del C.G.P., que señala que, “El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado”.

Pero si existe alguna duda sobre la validez del peritaje aportado, usted misma dentro de la audiencia, podrá interrogar sobre su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

De esta manera Su Señoría, dejo sustentado en debida forma y dentro del término legal el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, con el fin de que se reforme su decisión y se acepte la prueba pericial aportada, que se constituye en el elemento fundamental para establecer quien tiene la razón y la verdad en el presente proceso.

Respetuosamente.

GUILLERMO FINO SERRANO
ABOGADO
T.P. 35.932 C.S.J.