

Bogotá D.C., 20 de noviembre de 2023

Honorables Magistrados  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN CUARTA -SUBSECCIÓN "A"  
Magistrada Ponente: Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez  
E. S. D.

**Referencia:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.  
**Demandada:** UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN  
**Radiación:** 25000-23-37-000-2022-00222-00  
**Actuación:** Excepciones previas y mixtas

Honorables Magistrados,

**CLAUDIA MARCELA RODRÍGUEZ ZULUAGA**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 52.621.728 de Usaquén y Tarjeta Profesional No. 106.132 del C.S. de la J., actuando como apoderada especial de ELAWA S.A.S. (antes Independence Water And Mining S.A.S. IWM) (en adelante, "ELAWA"), me permito presentar contestación al llamamiento en garantía realizado por Cenit Transporte y logística de Hidrocarburos S.A.S. (en adelante, "CENIT"), en los siguientes términos:

## I. EXCEPCIONES PREVIAS AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En atención a lo establecido en los artículos 100 y 101 del CGP, aplicable a este asunto por remisión de los artículos 180 y 306 del CPACA, y en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020 establecido como vigencia permanente por la Ley 2213 de 2022, ELAWA presenta las siguientes excepciones previas:

### 1. Falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal ante el derecho de reembolso

La jurisdicción y la competencia, definidos como el derecho a ser juzgado por la autoridad competente, hacen parte del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Por ello, la excepción previa de falta de jurisdicción o de competencia es un mecanismo procesal para evitar una vulneración a este derecho

desde la primera fase del proceso. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-685 de 2013 señaló:

***“La determinación de la jurisdicción es un elemento esencial en el marco del derecho fundamental al debido proceso, que implica la garantía de ser juzgado por el funcionario judicial a quien el ordenamiento jurídico previamente le ha atribuido dicha competencia. Su importancia es tal, que la previsión contenida en el artículo 29 de la Norma Superior, está desarrollada en el ordenamiento procesal con figuras que buscan la declaratoria de falta de jurisdicción (rechazo de la demanda, **excepciones previas**, nulidades insanables) y que imponen el deber de remitir el proceso a quien se cree es el competente.”*** (Énfasis añadido).

En el numeral 2.3 “Solicitud”, relacionada con el llamamiento en garantía, CENIT solicita al H. Tribunal se ordene a mi representada el reembolso del monto de la Estampilla y los intereses que deba pagar a la DIAN.

Respecto al derecho de reembolso que involucra las retenciones de la Estampilla que eventualmente haya dejado de practicar CENIT, se debe considerar que la DIAN ha establecido claramente que este derecho no está regulado ni por ley ni por reglamento en el ámbito de las actuaciones administrativas tributarias. Más bien, se ha determinado que el derecho de reembolso debe ser abordado desde el ámbito del derecho civil.

Al respecto, el Concepto 004357 de 2015 de la DIAN, sobre este punto establece lo siguiente:

*“Así las cosas, el derecho de reembolso de que trata la norma precitada, respecto de las sumas no retenidas, es otorgado al agente de retención una vez cumpla con la obligación tributaria ante la administración. **Sobre el particular se debe precisar que no existe procedimiento administrativo que regule el reembolso, toda vez que el asunto corresponde al ámbito civil, al cual deberá acudir para asegurar la prestación que corresponda.***

*No obstante, es importante añadir que la administración se centra en la exigibilidad del pago de las retenciones que recaen sobre los agentes retenedores y que son estos los responsables en caso de que no sean practicadas las mismas. **En este sentido, escapa de toda órbita funcional por este despacho el instruir sobre las adecuadas acciones civiles en búsqueda de obtener un derecho y hacerlo efectivo por parte de los particulares-contribuyentes.*** (Énfasis añadido).

En el referido Concepto se especifica que no existe un procedimiento administrativo que regule el reembolso, ya que este asunto corresponde al ámbito civil, por tanto, no corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa pronunciarse sobre este asunto.

Por lo tanto, en el caso concreto, CENIT, como agente retenedor, eventualmente podría solicitar a ELAWA el reembolso de las retenciones que no haya practicado, pero:

- ✚ No lo puede hacer en sede de la jurisdicción contencioso administrativa
- ✚ Debe iniciar las acciones civiles establecidas para ello

En consecuencia, esta excepción deberá ser reconocida.

## 2. Falta de Legitimación en la causa por pasiva respecto de ELAWA

La legitimación en la causa por pasiva apunta a que la persona llamada al proceso sea “[...] el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídico – procesal, por el derecho o interés que es objeto de controversia.”<sup>1</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se solicita la nulidad de los actos administrativos (Resolución No. 900027 del 9 de diciembre de 2020 y la Resolución No. 011.907 del 28 de diciembre de 2021), proferidos dentro del proceso de determinación de la obligación tributaria relacionada con la Estampilla Pro-Universidad Nacional que se adelantó en contra de CENIT por el segundo semestre del año 2015, proceso en el cual ELAWA no tuvo participación alguna, tan es así que los referidos actos se expidieron exclusivamente contra CENIT y no se notificó ni vinculó a ELAWA como presunto sujeto pasivo.

Por lo tanto, las resoluciones cuya nulidad pretende CENIT, son actos administrativos que conciernen única y exclusivamente a CENIT y no a ELAWA; configurándose así la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de mi representada.

## 3. Caducidad de la acción frente al llamamiento en garantía realizado a ELAWA

El literal d) del artículo 164 del CPACA señala:

*“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*

*(...)*

*Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.*

De acuerdo con la norma transcrita, la cual consagra términos perentorios e improrrogables, CENIT contaba con el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de la Resolución No. 011.907 del 28 de diciembre de 2021, para presentar la demanda.

Teniendo en cuenta que la Resolución No. 011.907 del 28 de diciembre de 2021 fue notificada a CENIT el 29 de diciembre de 2021, el término de 4 meses para la

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Radicado 1995-00575-01 (24677). Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

presentación de la demanda venció el 29 de abril de 2022, como en efecto lo hizo CENIT presentando oportunamente la demanda contra la DIAN.

No obstante lo anterior, respecto a las llamadas en garantías no ocurrió lo mismo. Veamos:

- ✚ El artículo 64 del C.G.P., aplicable por expresa remisión del artículo 227 del CPACA respecto a la intervención de terceros, señala que la oportunidad para su vinculación al proceso es en la demanda o dentro del término para su contestación.<sup>2</sup>
- ✚ El llamamiento en garantía no se realizó con la demanda, sino con la reforma a la demanda, esto es, el 19 de abril de 2023, cuando el término de los cuatro (4) meses señalados por la ley se encontraba vencido
- ✚ Si era interés de CENIT llamar en garantía a ELAWA debió hacerlo dentro del término de los cuatro meses y no cuando el término para este medio de control había caducado.

Al respecto el Consejo de Estado en jurisprudencia de unificación consideró:

*“La Sala Plena de la Sección Tercera consideró la existencia de una pugna, o al menos una confusión, **puesto que de una parte, se podía sostener que el demandante primigenio podía apreciar cuantas peticiones deseara sin tener en cuenta el plazo y, de otro lado, que la caducidad de la acción se configura sin importar que quien eleve una nueva solicitud haya formulado otras peticiones** con anterioridad. Razón por la cual **decidió unificar su: jurisprudencia en torno a este último entendimiento; para el efecto lo encontró adecuada al instituto de la caducidad, al derecho de acción y a los diferentes tipos de pretensiones que se pueden elevar, sumado a que garantiza la posibilidad de que los conflictos que surjan en la sociedad encuentren un punto de cierre en beneficio de la seguridad jurídica, sin que ello implique un cercenamiento irrazonable del derecho de acceder a la administración de justicia.**”*

*Para sustentar la decisión unificada, se plantearon los argumentos que se transcriben, para su mayor comprensión:*

(...).

**13.7 Teniendo en cuenta que el derecho de acceso a la administración de justicia para elevar cierto tipo pretensiones sólo puede ser utilizado dentro de un tiempo objetivo establecido por el instituto de la caducidad de la acción, sé advierte que no es posible que se presenten puntos o aspectos de contiendo que no hubiesen sido formulados en ese lapso, puesto que su finalización inhabilita la posibilidad de utilizar aquél derecho y por ende, impide ejercerlo para elevar cualquier solicitud.**

<sup>2</sup> "ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación."

**13.8 En efecto si la configuración de la caducidad de la acción equivale al fenecimiento del tiempo objetivo que tienen los administrados para accionar y por consiguiente, para elevar todas las pretensiones que deseen respecto del suceso o de la situación de la que se derivaría su interés para acceder a la administración de justicia, lapso que es determinado por el medio de control que deban usar, es evidente que cuando ese plazo objetivamente establecido se encuentra culminado, ninguno de ellos puede manifestar peticiones toda vez que se encontraría vencida la oportunidad que tenían para hacerlo.**

(...).

13.10 Es así como, a partir del debido entendimiento y relación de los conceptos de acción como derecho de acceder a la administración de justicia, de pretensión como la petición que en ejercicio de ese derecho se puede elevar ante el órgano judicial correspondiente, y de caducidad de la acción como limitador temporal del derecho de acción que inhibe su uso para elevar pretensiones una vez finaliza el tiempo objetivo establecido Por la ley para ello, la Sala advierte que la primera de las dos posturas jurisprudenciales en pugna analizadas carece de todo fundamento tanto razonable como normativo, y por el contrario, contraviene el adecuado sentido de los aspectos señalados, mientras que la segunda posición se adecua a ellos, garantiza el fin constitucional de la seguridad jurídica, y evita la paralización de la administración de justicia sin afectar irrazonablemente el acceso a la misma.

**13.11 Teniendo en cuenta que el derecho de acción no puede ser utilizado de manera permanente frente a una circunstancia particular, comoquiera que su uso se encuentra únicamente habilitado durante el interregno determinado por el instituto de la caducidad de la acción, de tal forma que después de que transcurre ese plazo no es viable que nadie eleve pretensiones, es evidente que una vez vencido el mismo no es plausible que una persona que nunca ejerció su derecho de acceso a la administración de justicia proceda a hacerlo, así como tampoco puede obrar de esa manera quien lo hubiese utilizado en tiempo pero sólo para elevar algunas de las peticiones que podía manifestar, en tanto respecto de esos dos sujetos se configura la misma situación, esto es, el intentar utilizar el derecho de acción por fuera del período en que ello les estaba permitido.**

13.13 Debido a lo anterior, y **dado que la caducidad de la acción marca la finalización del plazo en, que los administrados pueden accionar para elevar las solicitudes que quieran propias del medio de control que corresponda, se debe advertir que una vez configurado dicho instituto no es posible que a través de ningún mecanismo, sea mediante la presentación de una demanda o de su reforma en el tiempo establecido para ello, se expongan nuevas pretensiones a la jurisdicción, por lo que en ese escenario realmente no hay una diferencia entre el individuo que no demandó en ningún momento y el sujeto que si lo hizo, pero que sólo expuso parcialmente las peticiones que estaba legitimado para elevar, - puesto que a los dos les habría fenecido la oportunidad objetiva que tenían para accionar y por consiguiente, para formular ante la justicia las solicitudes que desearan en ejercicio de ese derecho.**

(...)

13.33 Como corolario de lo señalado la jurisprudencia de esta Sección se unifica en el sentido de que toda pretensión debe efectuarse dentro del término en que se puede ejercer el derecho de acceder a la administración de justicia, período que sólo puede ser suspendido pero no interrumpido, de tal forma que su contabilización continua hasta su culminación sin que sea relevante que con anterioridad a su vencimiento se presente en forma oportuna peticiones en ejercicio del derecho de acción señalado, por lo que se impone que se verifique la caducidad de toda nueva pretensión sin perjuicio de que ésta se formule al comenzar un proceso, o durante su trámite vía reformulación del libelo introductorio.

(...)”<sup>3</sup>(Énfasis añadido)

De acuerdo con lo anterior, la vinculación al proceso de ELAWA como llamada en garantía se hizo de manera extemporánea al haberse solicitado en la reforma de la demanda, cuya presentación ocurrió cuando había operado la caducidad de la acción respecto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

#### 4. Prescripción Extintiva

Como explicará a continuación, la solicitud de reembolso que pretende CENIT con el llamamiento en garantía, se encuentra evidentemente prescrita:

- ✚ El artículo 2536 del Código Civil establece que la acción de cobro prescribe en un plazo de cinco años, contados desde la fecha en que la obligación se hizo legalmente exigible.
- ✚ Igualmente, el artículo 817 del Estatuto Tributario, dispone que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribirá en cinco años, comenzando a contar desde la fecha en que se hicieron legalmente exigibles.

En el contexto de las obligaciones tributarias, estas se vuelven legalmente exigibles en el momento en el cual vence el plazo legal establecido en las normas tributarias para declarar y pagar los impuestos y retenciones correspondientes.

De la lectura del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se observa como la discusión se centra en el cobro realizado por la DIAN respecto a la retención de la Estampilla por el segundo semestre de 2015, y cuyo reembolso pretende CENIT al realizar el llamamiento en garantía mi representada respecto de los Contratos 8000000928 y 8000001413.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 25000-23226-000-2004-01705-01(35770). Ver sentencia CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: ROCÍO ARAUJO OÑATE. del 15 de noviembre de 2018, radicado 54001-23-33-000-2018-00220-01, en la que se aborda el tema de la reforma a la demanda en un asunto de otra naturaleza, pero en el que, al igual que en el radicado antes mencionado, se analizan los pormenores de la reforma de la demanda y los elementos nuevos que incluye, verificando que se presente dentro del término de caducidad del medio de control.

No obstante, han transcurrido más de cinco (5) años desde la supuesta exigibilidad de esta obligación para CENIT, por lo que la acción de reembolso se encuentra prescrita al haber transcurrido más de cinco (5) años desde la exigibilidad de la obligación.

## II. SOLICITUD

De conformidad con los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, de la manera más respetuosa solicito a los Honorables Magistrados lo siguiente:

1. **RESOLVER** en la audiencia inicial las excepciones señaladas en este escrito de conformidad con lo consagrado en el numeral 6° del artículo 180 del CPACA.
2. **PROFERIR** sentencia anticipada por configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva, la caducidad de la acción y la prescripción extintiva frente a ELAWA.

## III. ANEXOS

Los documentos que a continuación se enuncian fueron remitidos por mi representada con la contestación vía electrónica, al hacer parte del mismo expediente y en aras de evitar congestión del sistema, respetuosamente se solicita ser tenidos en cuenta:

1. Poder debidamente conferido para actuar.
2. Certificado de existencia y representación legal de **ELAWA**, emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá en fecha reciente.

## IV. NOTIFICACIONES

**ELAWA** recibirá notificaciones en la calle 100 N° 7 – 33 Torre 1, Piso 19 de la ciudad de Bogotá D.C. y en el correo electrónico [mnmarquez@independence.com.co](mailto:mnmarquez@independence.com.co) y [notificaciones@independence.com.co](mailto:notificaciones@independence.com.co)

La suscrita apoderada recibirá notificaciones en la carrera 9 número 69 – 70 de la ciudad de Bogotá D.C. y en el correo electrónico [areaprocesal@sfa.com.co](mailto:areaprocesal@sfa.com.co).

De los Honorables Magistrados, con toda atención y respeto,

**CLAUDIA MARCELA RODRÍGUEZ ZULUAGA**

C.C. No. 52.621.728 de Usaquén

T.P. No. 106.132 del C.S. de la J.