

Bogotá, D.C., 11 de diciembre de 2020.

Señora Magistrada

AMPARO NAVARRO LOPEZ

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sección Cuarta

Número	25000233700020180033800
Demandante	OSC TELECOMS & SECURITY SOLUTIONS SAS.
NIT	830065948
Demandado	U.A.E DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN
Actos	Liquidación Oficial de Revisión 322412017000171 del 22 de noviembre de 2017
Demandados	/ Auto Inadmisorio 99223201800008 del 14 de febrero de 2018.
Concepto	Impuesto Renta y Complementarios 2015
Cuantía	\$ 3.499.367.000
Actuación	Contestación Demanda

KAREN JULIETH GUATIBONZA PINZÓN, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.010.211.754 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional de abogada número 288.454 del Consejo Superior de la Judicatura, solicito el reconocimiento de personería adjetiva para actuar como apoderada de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Una vez reconocida la personería solicitada, en los términos del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presento contestación a la demanda, oponiéndome a sus pretensiones y solicitando la confirmación de la legalidad de los actos administrativos demandados.

I. LA DEMANDA

Actuando a través de apoderado constituido para el efecto, la sociedad OSC TELECOMS & SECURITY SOLUTIONS SAS., NIT 830065948, solicita la declaratoria de nulidad de:

“La liquidación oficial (sic) No 322412017000171, dentro del expediente No AD20152016004157, concepto RENTA 2015 periodo 1 y la nulidad del Acto Administrativo No 108 de 2018, de fecha 14 de febrero de 2018, le (sic) cual declaró extemporáneo el recurso de reconsideración interpuesto en contra de esta liquidación oficial.

Que como consecuencia de lo anterior quede en firme la declaración privada presentada el día 26 de abril de 2016, con formulario 1111603223323 y radicado 91000353200049 de la sociedad contribuyente OSC TELECOMS & SECURITY SOLUTIONS S.A.S. identificada con NIT 830.065.948-7, y corregida mediante declaración N° 91000385934828 del 19 de octubre de 2016, lo cual arrojó un saldo a favor de \$1.952.745.000.”

II. PRONUCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTUAVO, NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMO PRIMERO, DÉCIMO TERCERO, DÉCIMO CUARTO Y DÉCIMO QUINTO HECHO: SON CIERTOS, conforme a los antecedentes administrativos.

DÉCIMO SEGUNDO: ES CIERTO, en relación a que la administración tributaria profirió Liquidación Oficial de Revisión No 322412017000171 del 22 de noviembre de 2017, conforme a los antecedentes administrativos.

III. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la sociedad demandante dentro de su escrito de demanda indica que los actos administrativos proferidos por la administración vulnerarían el artículo 83 de la Constitución Política, toda vez que se habría modificado la liquidación privada del año gravable de 2015 con argumentos tales como que las transacciones se realizaron de manera simulada lo que conllevó a un fraude fiscal, presumiéndose la mala fe de manera objetiva sin tener en cuenta los elementos probatorios que determinarían la veracidad de sus transacciones que habrían dado lugar a los costos reflejados.

De la misma manera manifiesta que la sociedad ITS SAS es un proveedor que trabaja exclusivamente con OSC TELECOMS & SECURITY SOLUTION SAS y la DIAN desconoce esto por el hecho de no haber formalizado el contrato por escrito, desconociendo costos y gastos de la operación, vulnerando así el principio de buena fe.

Se vulnera el artículo 84 de la Constitución Política ya que la administración tributaria exige otro tipo de requisitos a los exigidos por las normas tributarias en materia probatoria.

Se violarían los Artículos 771-2 y 617 del E.T., ya que no existe razón legal que impida tener como prueba las facturas expedidas por cada proveedor cuando cada uno cumple con lo establecido en la norma.

Se vulneraría el Decreto 2649 de 1993, ya que no se habría dado valor probatorio a la contabilidad, registros, asientos y soportes legales, de tal manera no se puede hablar de una simulación toda vez que no se verificó toda la información disponible.

Igualmente señala una presunta violación del artículo 29 de la Constitución Política toda vez que el proceso de determinación del impuesto adelantado se encuentra viciado desde el momento en que inicio la investigación y con la modificación de la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios.

En la misma forma indica que se violarían los principios constitucionales respecto del fraude fiscal toda vez que no existen indicios ni pruebas de que las transacciones realizadas por la demandante sean inexistentes o que los proveedores sean ficticios.

Vulneración del artículo 647 del E.T. respecto de la sanción por inexactitud, la cual no es procedente toda vez que en la investigación no se determinó la existencia de datos falsos ni incompletos.

IV. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES Y LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

En cumplimiento de lo señalado en el numeral 2° del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, como quiera que los actos administrativos demandados, Liquidación Oficial de Revisión 322412017000171 del 22 de noviembre de 2017 y el Auto Inadmisorio 99223201800008 del 14 de febrero de 2018, se profirieron de conformidad con las normas que facultan a la Administración Tributaria a determinar el impuesto e imponer las respectivas sanciones.

Los antecedentes administrativos constituyen el soporte de la validez de la actuación de la Administración como quiera que quedó acreditado que se desplegaron en debida forma las facultades de fiscalización hasta determinar que la operación del contribuyente no corresponde en su veracidad a lo consignado en su declaración tributaria.

Por tanto, los actos administrativos, fueron expedidos con apego y sujeción tanto a las normas superiores como especiales, partiendo de la información consignada en la declaración Renta y Complementarios del año gravable 2015, presentada por la sociedad demandante OSC TELECOMS & SECURITY SOLUTIONS SAS, glosas que, no fueron controvertidas por la misma con las pruebas allegadas.

EXCEPCIÓN INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 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 obligatorio:

ARTICULO 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. (Subrayado fuera de texto).

(...)

En Auto del 26 de septiembre de 2017, Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrado Ponente José Ascención Fernández Osorio, indica:

“Si bien es cierto que el artículo 161.2 del CPACA, se refiere a una de las etapas del procedimiento administrativo, esto es, la interposición de recursos, también es cierto, que a partir de la misma y con base en el denominado “privilegio de la decisión previa”, es necesario que el administrado obtenga el pronunciamiento de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que “la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio

contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”

En sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodriguez, Rad 23176, del 29 de agosto de 2018, indica:

“(…) Por otro lado, el artículo 161 del CPACA establece que la presentación de la demanda que pretenda la nulidad de un acto particular está sujeta, entre otros requisitos, a que se hayan ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley sean obligatorios.

Conforme la Sala lo ha precisado, acudir ante la administración para que esta revise su actuación antes de que sea llevada a juicio es un privilegio para la misma autoridad pues le permite reconsiderar su decisión, modificarla o revocarla, antes de ser llevada ante la jurisdicción. Este proceder también constituye una garantía al derecho de defensa del administrado, pues puede expresar su inconformidad con el acto ante la autoridad que lo creó (Auto del 2 de julio de 2015, exp. 20675, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas).(…)” (fuera de texto).

Se trata entonces de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta jurisdicción el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendida.

Así mismo, dicho requisito puede concebirse en dos sentidos: 1) como una garantía y 2) como una obligación. Lo primero porque constituye un instrumento del cual goza el administrado para que las decisiones adoptadas por la administración, a través de un acto administrativo particular que perjudique sus intereses, sean reconsiderados por ella misma sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, se busca que la Administración pueda enmendar los posibles errores subyacentes en sus propios actos administrativos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Con ello se busca garantizar los derechos de los administrados en cumplimiento de los principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política y 3 del CPACA.

Ahora bien, el artículo 720 del Estatuto Tributario señala de manera precisa que contra las liquidaciones oficiales procede el recurso de reconsideración que deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la notificación del mismo.

La única excepción establecida por la norma se encuentra contemplada en el párrafo del artículo 720, esto es, que al haberse atendido en debida forma el requerimiento especial el contribuyente podrá prescindir del recurso de reconsideración y acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En el presente asunto, el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad demandante fue presentado de manera extemporánea, por lo cual procedió su inadmisión, determinación que tampoco fue recurrida en su momento y que determina que para efectos

de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa no se ejercieron los recursos en sede administrativa en debida forma, por lo cual no se encuentra cumplido el requisito señalado en el artículo 161 del CPACA.

Al no haberse presentado dentro del término de ley el recurso de reconsideración en contra de la liquidación oficial de revisión demandada, la consecuencia de esta falencia consiste en imposibilitar a la sociedad demandante a acudir ante la jurisdicción, ya que la extemporaneidad en este caso se equipara a su no presentación.

Tal como lo señalan los artículos 726 y 728 del ET, en contra el auto que inadmite el recurso procede el recurso de reposición y de conformidad con el parágrafo final del artículo 728 la vía gubernativa quedará agotada al momento de la notificación del auto que confirma la inadmisión del recurso.

Por lo tanto, en materia tributaria es un requisito para agotar lo que se denominaba vía gubernativa la interposición del recurso de reposición en contra del auto que inadmite el recurso de reconsideración.

De esta manera es claro que frente al auto inadmisorio tampoco se cumple con el presupuesto procesal para acudir ante la jurisdicción contenciosa debiéndose declarar la procedencia de la excepción planteada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante destacar que el recurso de reconsideración fue inadmitido por ser extemporáneo, sin embargo, el apoderado de la parte demandante, no recurrió el mismo, con el simple argumento de que la sociedad demandante se encontraba en termino para presentar el recurso de reconsideración, en este sentido procedió a demandar en vía judicial los actos administrativos sin agotar todos los recursos en vía administrativa.

Bajo el anterior entendido, es clara la procedencia de la excepción planteada por lo cual no se cumplieron los requisitos para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa y por lo tanto no puede seguirse adelante con el trámite del proceso.

V. FUNDAMENTOS OPOSICIÓN AL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se presentan los siguientes problemas jurídicos que deben ser resueltos con el fin de establecer la legalidad de los actos administrativos:

- Si es procedente el desconocimiento del renglón 49, costo de ventas y prestación de servicios.
- Si es procedente la sanción por inexactitud.

1. DESCONOCIMIENTO DE COSTOS DE VENTAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

En primera medida es importante manifestar que para el año gravable 2015, objeto de discusión el único proveedor de la sociedad demandante fue la sociedad ITS.

En este sentido, al revisar los antecedentes administrativos en relación a las operaciones realizadas con el proveedor ITS, se logra constatar que existen serios indicios probados por la Administración, que siendo analizados en conjunto permiten inferir de manera acertada que las operaciones de compra con el proveedor ITS son inexistentes, por lo tanto, ante la certeza de la inexistencia material de estas operaciones resulta procedente el rechazo de los costos declarados por el contribuyente basados en hechos irreales o simulados.

Hay que precisar que las personas obligadas a llevar contabilidad en Colombia deben aplicar el reglamento de la contabilidad, los principios y normas de contabilidad contenidos en el Decreto 2649 del 29 de diciembre de 1993, por lo que, la contabilidad debe ceñirse a los objetivos y cualidades de la información contable, así como las normas básicas y técnicas señaladas en el Decreto.

Por lo tanto, los documentos soporte son esenciales para la comparación de las transacciones y constituyen una prueba íntegra para la verificación de las operaciones, por esta circunstancia es fundamental que la información contable sea comprensible, útil y confiable, condición expresamente contemplada en el artículo 5 del Decreto ya mencionado. Es de aclarar que, para el caso de estudio, la sociedad demandante, no logró probar con soportes idóneos la realidad económica de los costos de ventas y prestación de servicios declarados en su denuncia rentística por el impuesto de Renta y Complementarios del año gravable 2015.

Por lo tanto, al haberse probado verdaderos indicios para el desconocimiento de los costos y prestación de servicios, la carga de la prueba se invirtió hacia el contribuyente, encontrándose que el contribuyente no presentó prueba alguna que desvirtuara lo manifestado por la DIAN. En este sentido no allegó prueba de la ocurrencia real, sustancial o material del hecho económico de las operaciones realizadas durante el año gravable 2015, con el único proveedor ITS, por concepto de servicios técnicos de telecomunicaciones, más allá de la mera formalidad basada en su contabilidad y documentos soportes como las facturas.

Si bien es cierto que las facturas de ventas con el lleno de los requisitos formales exigidos por el ordenamiento jurídico tributario, constituyen en primera media prueba idónea para soportar en materia fiscal la procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables, no se puede dejar de lado, que una vez desvirtuada la realidad material de las transacciones económicas que se reflejan en dichas facturas, estas pierden su valor probatorio para demostrar la existencia de las operaciones imputadas en la declaración.

En sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Magistrada Ponente Mery Cecilia Moreno Amaya, No proceso 25000233700020170039400, del 24 de septiembre de 2020, indicó:

“Así mismo, como ha sido reiterado por la jurisprudencia⁴ el llevar de manera correcta la contabilidad no limita la facultad comprobatoria de la autoridad fiscal, quien en ejercicio de sus facultades de fiscalización puede verificar dichas transacciones y, si es del caso, proceder a su rechazo, pues la facultad fiscalizadora persigue comprobar la certeza, la

veracidad o la realidad de los hechos que justifican las declaraciones del contribuyente y el cumplimiento de los presupuestos que la ley dispone para legitimar el tributo declarado. Para ello, la Administración cuenta con los medios de prueba señalados en la normativa fiscal o en la legislación civil, en cuanto sean compatibles con la primera⁵.

Lo anterior significa que la eficacia probatoria de las facturas no es absoluta, pues está sujeta a la verificación de la autoridad fiscal, quien en desarrollo de sus facultades de fiscalización puede desvirtuarla a través de medios de prueba aludidos. En ese sentido, una vez la DIAN controvierte la realidad de los documentos que sirven de soporte de las operaciones, la carga de la prueba le corresponde al contribuyente, quien debe aportar de manera adicional los elementos demostrativos que acrediten la existencia del hecho económico.

En este contexto, la carga probatoria de desvirtuar la existencia de las operaciones corresponde en principio a la DIAN, y se traslada al contribuyente cuando las mismas son objeto de comprobación especial o cuando la ley la exige, bajo el supuesto de que «Los convenios entre particulares sobre impuestos, no son oponibles al fisco⁶».

Lo mismo ocurre con la contabilidad, porque si bien el artículo 772 del Estatuto Tributario establece que los libros de contabilidad constituyen prueba a favor del contribuyente cuando se llevan en debida forma⁷, el numeral 4 del artículo 774 ejusdem precisa que serán prueba suficiente, siempre y cuando no hayan sido desvirtuados «por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley».

Entonces, para la procedencia de costos, la eficacia probatoria de las facturas y de la contabilidad no es absoluta, toda vez que, en desarrollo de las facultades de fiscalización, la administración puede desvirtuarlas por otros medios de prueba previstos en la ley.

En razón a lo antedicho, no es cierto como lo pretende el contribuyente que por el hecho de aportar las facturas con el lleno de los requisitos legales y presentar su contabilidad, per se y de manera irrefutable la DIAN no pueda controvertir tales soportes, pues lo que se pretende con los mismos es establecer con certeza la existencia y transparencia de las transacciones económicas que dan lugar a los costos, y con ello fortalecer la lucha contra la evasión”

Por lo tanto, el contribuyente declara costos de ventas y prestación de servicios asociados a estas por valores que no encuentran respaldo ni correspondencia con la información suministrada con el principal proveedor ITS International Services S.A.S, del cual según el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), indica “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

Por lo tanto, es importante indicar, que para el estudio de los costos declarados por la sociedad demandante OSC, provenientes del tercero ITS, es necesario realizar la verificación de las operaciones entre ITS y su proveedor COEMA, por cuanto, para establecer la realidad de las operaciones entre ITS y OSC, toda vez que al ser COEMA el único proveedor de la totalidad de los servicios prestados por la sociedad ITS para OSC,

una vez desvirtuada esta realidad sustancial de las operaciones entre ellos (ITS y COEMA), consecuentemente queda desvirtuada la realidad sustancial de las operaciones entre ellos (ITS y OSC), pues sería imposible para ITS realizar las ventas de servicios en la cuantía imputada, sin que existan operaciones relacionadas con sus proveedores.

2. SANCIÓN POR INEXACTITUD.

Teniendo en cuenta los hechos facticos, probatorios y jurídicos que se plasman en los actos recurridos, la Administración Tributaria encontró inexactitud en los datos declarados voluntariamente por el contribuyente en su declaración privada, razón por la cual estableció que se generó un hecho que conlleva a la sanción estipulada en el artículo 647 del E.T:

Art. 647. Sanción por inexactitud. * -Modificado- *Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, siempre que se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente, agente retenedor o responsable, las siguientes conductas:*

(...)

3. *La inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes o inexactos.*

El legislador ha facultado igualmente en dicha norma al operador jurídico para proceder a su imposición, cuando media utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable.

Los medios de prueba compilados a lo largo de la actuación administrativa, permitieron al operador administrativo determinar que a la conducta del contribuyente le es atribuible la inexactitud entre las operaciones económicas y las cifras reflejadas en su denuncia rentístico, cuando se ha acreditado durante toda la actuación administrativa quedando demostrado que el contribuyente incluyó operaciones realizadas con el contribuyente ITS, el cual no reflejan la realidad de las operaciones.

Una vez demostrado que la sociedad demandante incluyó en su declaración conceptos que no tienen sustento en la realidad y que distorsionan su base gravable, es clara la inexactitud que determina la imposición de la sanción contemplada en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

Teniendo en cuenta que durante la investigación realizada a la sociedad demandante se logró demostrar que el contribuyente declaró compras e impuestos descontables frente a los cuales no demostró la realidad económica y su procedencia, teniendo en cuenta que afectaron la base gravable, originándose un menor impuesto a pagar, por lo tanto, se encuadra la sanción por inexactitud. De la misma manera, es importante mencionar que, en Jurisprudencia del Consejo de Estado, manifiestan que cuando el contribuyente no demuestra costos, deducciones, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, estos deben considerarse como inexistentes.

De lo anterior, queda claro que la actuación administrativa se basó en hechos que se encuentran probados en los antecedentes administrativos, como es la inclusión de operaciones inexistentes, lográndose un menor impuesto.

La totalidad de los cargos presentados por la parte demandante, han sido resueltos a favor de la autoridad fiscal con base en los elementos jurídicos y fácticos que dan cuenta no solo los actos administrativos sino la presente contestación de la demanda y las pruebas a ella aportadas, situación por la cual se solicita no acceder a las pretensiones de la demanda y confirmar la legalidad de los actos demandados.

VI. PETICIÓN.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicito respetuosamente se nieguen las suplicas de la demanda y se confirmen los actos administrativos demandados, por encontrarse ajustados plenamente a la legalidad como quedó demostrado anteriormente.

VII. PRUEBAS

Solicito sean tenidas en cuenta como pruebas los antecedentes administrativos de los actos demandados, que allegó con ocasión de la contestación a la demanda con su correspondiente constancia de autenticación, en un (1) documento de PDF, con MIL SEIS CIENTOS CUARENTA Y NUEVE -(1649) folios, con su respectiva acta de autenticidad; de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

VIII. ANEXOS

- a) Poder debidamente otorgado por la Directora de la Dirección Seccional de Impuestos Bogotá (1 folio);
- b) Resolución No. 000170 del 9 de ENERO de 2018 de designación de funciones como Directora Seccional de Impuestos de Bogotá (2 folios);
- c) Acta de Posesión de Ubicación y Designación de Funciones No 000035 del 10 de enero de 2018. (1 folio)
- d) Resolución No. 204 del 23 de octubre de 2014 sobre delegación de funciones (5 folios);
- e) Resolución No. 0334 del 21 de enero de 2019, para acreditar la calidad de abogado adscrito a la División de Gestión Jurídica de ésta Seccional (1 folio);
- f) Solicito sean tenidas en cuenta como pruebas los antecedentes administrativos de los actos demandados, que allegó con ocasión de la contestación a la demanda con su correspondiente constancia de autenticación, en un (1) documento de PDF, con MIL SEIS CIENTOS CUARENTA Y NUEVE -(1649) folios, con su respectiva acta

de autenticidad; de conformidad con el párrafo 1° del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

IX. NOTIFICACIONES

De conformidad con lo señalado en el numeral 7° del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 5° del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la dirección electrónica para el recibo de notificaciones: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co y mi correo institucional: kguatibonzap@dian.gov.co.

De la Honorable Magistrada,


Karen Julieth Guatibonza Pinzon
CC. N° 1.010.211.754 de Bogotá
T.P N° 288.454 del C. S de la J.