

Bogotá D.C.

Honorable Magistrada:  
**Dra. MERY CECILIA MORENO AMAYA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN CUARTA**  
– SUB-SECCIÓN “B”-  
E. S. D.

<b>EXPEDIENTE:</b>	25000-23-37-000-2020-00549-00
<b>DEMANDANTE:</b>	RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE - REDETRANS S.A. EN REORGANIZACIÓN
<b>NIT:</b>	830.038.007-7
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>DEMANDADO:</b>	U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN
<b>DOMICILIO:</b>	Bogotá D.C.
<b>CONCEPTO:</b>	Retención en la fuente. 2º periodo_2016.
<b>ASUNTO:</b>	Sanción por no declarar.
<b>ACTOS DEMANDADOS:</b>	“Resolución Sanción No. 312412019000060 del 04.04.2019. “Resolución No. 992232020000022 del 30.03.2020.
<b>CUANTIA:</b>	\$922.921.000 M/cte.
<b>AUTO ADMISORIO:</b>	22 de abril de 2021
<b>NOTIFICACIÓN:</b>	04 de mayo de 2021
<b>ACTUACIÓN:</b>	<b>CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA</b>

**PAOLA ANDREA GARCÍA COLORADO**, identificada con la cédula de ciudadanía No.1.110.454.068 de Ibagué, abogada en ejercicio y portadora de la Tarjeta Profesional No. 180.322 del H. Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada judicial de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** (*en adelante DIAN, mi representada o la Autoridad Tributaria*) de conformidad con el poder conferido por la Directora Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de la U.A.E. DIAN, respetuosamente y encontrándome dentro de la oportunidad legal prevista para ello en los artículos 172 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), me permito contestar la demanda promovida por la sociedad **RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE - REDETRANS S.A. EN REORGANIZACIÓN** (*en adelante la sociedad o la demandante*) en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

## I. OPORTUNIDAD

De conformidad con lo establecido en los artículos 172 y 199 de la Ley 1437 de 2011, se correrá traslado de la demanda a las partes por el término de treinta (30) días, tiempo en el cual se *“deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención”*. Ahora bien, según el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, *“el traslado o los términos que conceda el auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente”*.

En el caso objeto de estudio, el auto mediante el cual se admite la demanda, fue notificado a través de correo electrónico recepcionado por mi representada el 4 de mayo de 2021, por lo que el presente escrito de contestación cumple con el requisito de oportunidad previsto en la norma indicada con anterioridad, en la medida que el plazo para contestar la demanda vence el 22 de junio de 2021.

## II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

En calidad de apoderada judicial de la DIAN, de manera respetuosa y con fundamento en lo que se indicará en el presente escrito, presento oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, porque contrario a lo afirmado por la demandante, la actuación de mi representada, se adelantó con plena observancia de las normas sustanciales y procesales vigentes, sin violación de disposición jurídica alguna.

En ese sentido, me opongo a la pretensión de nulidad de los actos demandados, esto es, “Resolución Sanción No. 312412019000060 del 04.04.2019 y “Resolución No. 992232020000022 del 30.03.2020, y presento oposición a la pretensión de restablecimiento del derecho.

### III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Respecto de los hechos que sustentan la presente controversia, en representación de la DIAN y con sustento en el expediente administrativo No. **RT20152017900467** arrimado al despacho el día 8 de junio de 2021 para que obre como prueba documental en el litigio, me permito manifestar:

**Al hecho 3.1.** Lo cierto es que fue mediante Auto No. 2018-01-393486 del 30 de agosto de 2018, que la Superintendencia de Sociedades admitió a la Sociedad al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.

**Al hecho 3.2.** Es cierto.

**Al hecho 3.3.** Es cierto.

**Al hecho 3.4.** Es cierto.

**Al hecho 3.5.** No corresponde a un hecho.

**Al hecho 3.6.** No le consta a mi representada, dado que la relación de cuentas bancarias y extractos bancarios aportados a la demanda a folios 35, 36, y del 47 al 126, que el demandante argumenta presentó a la DIAN, no fueron verificados por mi representada, toda vez que se corrió traslado de los anexos de la demanda hasta el folio 22. No obstante los extractos de las cuentas bancarias debidamente incorporados a la actuación administrativa, reposan en el expediente administrativo allegado el 8 de junio de 2021 al honorable despacho.

**Al hecho 3.7.** No le consta a mi representada, dado que la relación de cheque y balance de comprobación aportados a la demanda a folios 39 al 46, que el demandante argumenta presentó a la DIAN, no fueron verificados por mi representada, toda vez que se corrió traslado de los anexos de la demanda hasta el folio 22. No obstante el balance de comprobación debidamente incorporado a la actuación administrativa, reposa en el expediente administrativo allegado el 8 de junio de 2021 al honorable despacho.

**Al hecho 3.8.** Lo cierto es que, el 25 de septiembre de 2018, la División de Gestión de Fiscalización profirió el Emplazamiento para Declarar No. 312382018000109, notificado por correo el 27 de septiembre de 2018 a la sociedad y al Sr. Carlos Arturo Vera en su condición de responsable subsidiario, para que dentro del término perentorio de un (1) mes, contado a partir de la fecha de notificación, cumpliera con la obligación de presentar la declaración de retención en la fuente del segundo (2º) periodo del año gravable 2016. No es cierta, la afirmación de la demandante según la cual, la sanción propuesta por la DIAN por un valor de \$922.921.000, de conformidad con lo previsto en el artículo 643 del Estatuto Tributario (ET), es errada, le correspondió al demandante probar la veracidad de su dicho en la debida oportunidad, y dicha afirmación no fue presentada, ni controvertida por mi representada en sede administrativa, por lo cual no le es posible de conformidad con el precedente judicial, plantearlo en la jurisdicción.

**Al hecho 3.9.** Lo cierto es que, el 24 de octubre de 2018, la sociedad dio respuesta allegando con escrito radicado bajo el No. 00007770, la declaración de retención en la fuente del segundo (2º) periodo del año gravable 2016 presentada el 18 de octubre de 2018 - más de dos años después-, sin pago, con el formulario No. 3509663061712 y No. electrónico 91000582936837, en la que liquidó un total de retenciones más sanciones por valor de \$286.832.000.

**Al hecho 3.10.** Es cierto, que la declaración de retención en la fuente del segundo (2º) periodo del año gravable 2016 fue presentada el 18 de octubre de 2018, sin pago. Las justificaciones aducidas por la sociedad demandante para no pagar la declaración de retención no le constan a mi representada, lo cierto es que la sociedad fue admitida al proceso de reorganización empresarial, dos años y seis meses después del origen de la obligación sustancial.

**Al hecho 3.11.** Es cierto, que mediante la Resolución No. 312412019000060 del 4 de abril de 2019, la Administración Tributaria impuso a la sociedad sanción por no declarar por el segundo (2º) periodo del año gravable 2016. No es cierta, la afirmación de la demandante según la cual, la sanción propuesta por la DIAN por un valor de \$922.921.000, de conformidad con lo previsto en el artículo 643 del Estatuto Tributario (ET), es errada, le correspondió al demandante probar la veracidad de su dicho en la debida oportunidad, y dicha afirmación no fue presentada, ni controvertida por mi representada en sede administrativa, por lo cual no le es posible de conformidad con el precedente judicial, plantearlo en la jurisdicción.

**Al hecho 3.12.** Es cierto.

**Al hecho 3.13.** Lo cierto es que, de la lectura integral del recurso de reconsideración presentado por el contribuyente, se aprecia que la hoy demandante discute la eficacia de la declaración y el plazo para pagar la declaración, presentando cargos porque según su dicho, y bajo el análisis que realiza del

artículo 715 del E.T. “a pesar de haber sido admitida al proceso de reorganización empresarial en el mes de agosto del año 2018, a la fecha, la sociedad se encuentra con la totalidad de sus cuentas embargadas y dineros retenidos, situación que le impide cumplir a cabalidad con las obligaciones adquiridas, este hecho impidió que se pueda realizar el pago de retención en la fuente mencionada dentro de los 2 meses siguientes a su presentación.

Menciona igualmente en el recurso de reconsideración, que “al imponer la sanción contemplada en el acto administrativo impugnado, la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes estaría desconociendo el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible, el cual ha sido objeto de pronunciamiento en repetidas ocasiones por las altas cortes, pues no se estaría teniendo en cuenta que por circunstancias que desbordan las posibilidades y la voluntad del ente societario, le fue imposible cumplir con el pago de la obligación tributaria”

**Al hecho 3.14. Es cierto.**

**Al hecho 3.15. Es cierto.**

#### IV. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

Antes de presentar los argumentos de oposición a los cargos formulados en la demanda, que demuestran que los actos administrativos fueron proferidos por mi representada en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, y que por lo tanto no se encuentran viciados de causal alguna de nulidad; con el propósito de dejar sin efecto la demanda presentada respecto del segundo cargo, me permito respetuosamente y con sustento en el artículo 175 del CPACA, formular al honorable despacho las siguientes:

#### EXCEPCIONES

Las excepciones son medios de defensa y consisten en “el derecho subjetivo que posee la persona física o moral, que tiene el carácter de demandada o de contrademandada en un proceso, frente al juzgador y frente a la parte actora o reconviniente en su caso, para contradecir lo establecido por el actor en la demanda o lo determinado por el reconviniente en la contrademanda, y cuyo objeto es detener el proceso, o bien, obtener sentencia favorable en forma parcial o total” (ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso*. México: Editorial Porrúa S.A. pp. 303 y ss).

Las excepciones previas corresponden a aquellos planteamientos o argumentos dirigidos a atacar el procedimiento por causa de defectos o por vicios. Por lo anterior, la jurisprudencia las ha concebido como medidas de saneamiento en la etapa inicial y encaminadas a mejorar o terminar el procedimiento a fin evitar posibles nulidades o sentencias inhibitorias. En asuntos contenciosos administrativos, la invocación de las excepciones previas se encuentra limitada a las contempladas, de manera taxativa, en el artículo 100 del CGP (aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA) y a las mixtas relativas a la cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva de que trata el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, norma que faculta al juez contencioso para que las estudie de oficio o a petición de parte.

Por este motivo, al encontrarme en la oportunidad para proponerlas, formulo al despacho la excepción mixta de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente al ejercicio de los recursos que de acuerdo con la ley fueran obligatorios. (artículo 180, numeral 6º del CPACA, y artículo 100, numeral 5º del CGP).

#### **1. Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente al ejercicio de los recursos que de acuerdo con la ley fueran obligatorios, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA.**

La sociedad en sede administrativa no solicitó la nulidad de los actos administrativos hoy demandados, ni presentó inconformidad alguna por el monto de la sanción impuesta; presentando como un hecho nuevo, no controvertido en sede administrativa, la nulidad por falsa motivación de los actos administrativos demandados, por cuanto según su apreciación, la DIAN al determinar los costos y gastos relacionados en el balance de comprobación del mes de febrero de 2016, toma como base para determinar la sanción por no declarar, la cifra de \$9.229.208.474, que incluye según lo señala, entre otros conceptos, la provisión realizada por la empresa para los impuestos de renta y patrimonio por el segundo (2º) periodo del año gravable 2016, remitiéndose como prueba y de manera general a unas páginas específicas del anexo explicativo del emplazamiento para declarar.

Según se constata en el expediente de la actuación administrativa allegado al honorable despacho, dicho hecho no fue presentado, ni sustentado en el recurso de reconsideración presentado por la sociedad en sede administrativa, donde tampoco se solicitó la declaratoria de nulidad o ilegalidad del acto acusado por las razones que hoy se exponen en la demanda; por dicha razón, no obra en la “Resolución No. 99223202000022 del 30.03.2020 que resuelve el recurso de reconsideración

confirmando la "Resolución Sanción No. 312412019000060 del 04.04.2019, pronunciamiento alguno respecto de dicho hecho o argumento por parte de mi representada.

Por el contrario, de la lectura del recurso de reconsideración, puede apreciar la honorable magistrada, que el recurrente en ese entonces, no discutió el monto de la sanción, limitando el problema jurídico en sede administrativa, a la eficacia de la declaración por el no pago, y el plazo para pagar la declaración; circunstancias disímiles en extremo, de la discusión que hoy pretende plantear en el litigio relativa al monto de la sanción.

Esta afirmación, encuentra sustento en los apartes consignados por el contribuyente en el recurso de reconsideración, del cual se extrae:

*"a pesar de haber sido admitida al proceso de reorganización empresarial en el mes de agosto del año 2018, a la fecha, la sociedad se encuentra con la totalidad de sus cuentas embargadas y dineros retenidos, situación que le impide cumplir a cabalidad con las obligaciones adquiridas, **este hecho impidió que se pueda realizar el pago de retención en la fuente mencionada dentro de los 2 meses siguientes a su presentación.** [Énfasis añadido]*

Menciona igualmente el contribuyente en su escrito de recurso:

*"al imponer la sanción contemplada en el acto administrativo impugnado, la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes estaría desconociendo el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible, el cual ha sido objeto de pronunciamiento en repetidas ocasiones por las altas cortes, pues no se estaría teniendo en cuenta que por circunstancias que desbordan las posibilidades y la voluntad del ente societario, le fue imposible cumplir con el pago de la obligación tributaria" [Énfasis añadido]*

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º 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 obligatorios. La norma lo prevé en los siguientes términos:

**"Artículo 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.*

*Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. (...)" [Énfasis añadido]*

De manera que el agotamiento de los recursos de la actuación administrativa se constituye, en un requisito previo definido y exigido por el Legislador para acudir a la administración de justicia, que busca que la Autoridad Tributaria revise su actuación antes de que sea llevada a juicio, con el fin de que la modifique o revoque si hay lugar a ello. Una vez se han decidido los recursos previstos en la Ley, el contribuyente puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para solicitar la nulidad del acto administrativo con fundamento en los mismos hechos que presentó en sede administrativa, sin perjuicio de mejorar los fundamentos de derecho de la pretensión de nulidad. (Parafraseando, Consejo de Estado, Auto del 20.09.2018, Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, dentro del proceso con radicación número: 41001-23-33-000-2013-00519-01(23082) de ECJ Distribuciones Ltda. contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN).

Sobre el planteamiento de nuevos hechos ante la jurisdicción contenciosa, la Sala Cuarta del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de señalar que:

*"Ahora bien, la procedencia o no de plantear nuevos hechos de inconformidad por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es un tema que la jurisprudencia ha precisado por vía de interpretación, y en esta forma, se estructuró la tesis según la cual **"Los hechos que se presentan en la vía gubernativa imponen el marco de la demanda ante la jurisdicción no siendo viable aceptar nuevos hechos, aunque si mejores argumentos de derecho"**. Si bien es cierto que los hechos que se proponen en la vía gubernativa le imponen un marco a la demanda, en la medida en que no se aceptan nuevos hechos en la vía contencioso administrativa, porque ello atenta contra el debido proceso, también lo es, que este criterio no impide que con ocasión de la demanda se expongan nuevas*

*argumentaciones tendientes a reforzar la petición de nulidad de los actos administrativos acusados.” Y ha precisado: “La Sección en forma reiterada ha expresado que «al contribuyente le es dable alegar “argumentos nuevos” en la etapa jurisdiccional, es decir, no planteados en la etapa gubernativa, si lo pretendido es la ‘nulidad’ de los actos administrativos, en razón a que el examen de legalidad del acto acusado debe efectuarse respecto de los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, que a su vez deben concretarse a las causales de nulidad previstas en el Estatuto Tributario y las generales a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo». Y ha precisado que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos -diferentes a los invocados en sede administrativa-, aunque sí mejores o nuevos argumentos y fundamentos de derecho respecto de los planteados en los recursos interpuestos en la vía gubernativa. Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración. En este orden de ideas, el administrado debe aducir en sede administrativa los motivos y fundamentos de su reclamación, lo que no obsta para que en oportunidad posterior, en sede judicial, pueda exponer nuevos o mejores argumentos, a fin de obtener la satisfacción de su pretensión, previamente planteada ante la Administración. (Citado en, Consejo de Estado, Auto del 20.09.2018, Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, dentro del proceso con radicación número: 41001-23-33-000-2013-00519-01(23082) de ECJ Distribuciones Ltda. contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN) .*

Observa mi representada que la demandante, bajo la denominación de “nulidad por falsa motivación”, nulidad no solicitada en sede administrativa, persigue que el operador judicial bajo el ropaje de la causal de nulidad, declare la ilegalidad de los actos administrativos proferidos por la DIAN, pasando por alto un hecho nuevo consistente no solo en la nulidad invocada, sino en la discusión por el monto de la sanción impuesta; no obstante, aceptar que el problema jurídico del presente litigio se centre en el debate respecto del monto de la sanción del contribuyente, implicaría claramente en esta instancia, un desconocimiento del derecho de defensa y de contradicción que también le asiste a la Autoridad Tributaria, reconocido ampliamente en los precedentes judiciales citados.

Con fundamento en lo anterior, solicito al honorable despacho, declarar probada parcialmente la excepción presentada respecto del segundo cargo formulado por la demandante, toda vez que sobre dicho hecho, la sociedad no cumplió con la carga de agotar el requisito de procedibilidad atinente al ejercicio del recurso reconsideración respecto de dicho hecho, conforme la regla consagrada en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA de obligatorio cumplimiento para controvertir los actos demandados ante la jurisdicción, en el sentido de que no fue posible para mi representada, revisar, argumentar y controvertir lo que se pretende traer al litigio.

## V. CONSIDERACIONES PREVIAS

La *...finalidad...* de la retención en la fuente de conformidad con lo señalado en el artículo 367 del ET., es conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.

En palabras de la honorable Corte Constitucional, se ha destacado que el *...objetivo...* más importante de la retención en la fuente “es el recaudo simultáneo del impuesto en el momento de obtener los ingresos, lo cual ofrece múltiples ventajas pues **i)** simplifica el trabajo de la administración tributaria, ya que se la libera de la tarea de recaudo al trasladarla a los particulares; **ii)** mejora el flujo de dineros para la tesorería pública, pues permite escalonar la percepción de los ingresos acelerando su recaudación; **iii)** opera como instrumento de control a la evasión fiscal, por cuanto facilita la identificación de contribuyentes que podrían permanecer ocultos o que son difíciles de ubicar directamente, como es el caso de los residentes en el exterior o quienes ejercen actividades económicas en forma temporal y **iv)** fortalece la efectividad automática del impuesto como instrumento anti-inflacionario asegurándole al Estado su participación en el producto creciente de la economía.” (Corte Constitucional, Sentencia C-883 del 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

El artículo 368 del ET., dispone que son *...agentes de retención...*, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, las uniones temporales y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.

Desde el punto de vista impositivo la retención en la fuente para los agentes de retención, supone “la acción o el efecto de retener, conservar, guardar una cantidad que la ley ha determinado se retenga a título de impuesto en el mismo momento del origen del ingreso. Así, este mecanismo le permite al Estado recibir los impuestos a que tiene derecho en el mismo momento en que el contribuyente obtiene el ingreso susceptible de ser gravado, y como tal, sujeto a retención”.

Respecto de los sujetos de la relación jurídico tributaria constituida en la retención en la fuente, en la precitada sentencia, el Alto Tribunal Constitucional señala que esta se encuentra integrada, en primer lugar, “entre los sujetos de la obligación a retener, que son: el Estado como sujeto activo y el retenedor como sujeto pasivo de dicha obligación formal; y en segundo lugar, entre los sujetos de la retención en la fuente, el retenido o sujeto pasivo, y el retenedor como sujeto activo”. Sobre este asunto ha advertido la Corte, que respecto del agente retenedor, el pago que realiza de lo retenido en las arcas del Estado, lo libera de su obligación, mientras que para el retenido es un pago provisional mientras se liquida de manera definitiva el impuesto futuro, y que las sumas retenidas pueden no constituir el pago total de la obligación tributaria o representar saldos a favor que deben ser objeto de compensación o devolución.

## VI. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Para sustentar la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho, el apoderado de la sociedad citó las normas violadas y argumentó, como causal de anulación de los actos demandados, las siguientes disposiciones:

### De la Constitución Política de Colombia (CP)

- Artículos 29. Derecho al debido proceso.
- Artículo 121. Las autoridades sometidas al imperio de la Constitución y la Ley.
- Artículo 363. Principios que fundan el sistema tributario.

### Del Estatuto Tributario (ET)

- Artículo 643(3). Sanción por no declarar.
- Artículo 716. Consecuencia de la no presentación de la declaración con motivo del emplazamiento.

La demandante pretende que se anulen los actos acusados porque considera se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación; para ello formula dos cargos titulados conjuntamente “*Nulidad por Falsa Motivación artículo 643(3) del ET.*”; no obstante, antes de precisar las razones que sustentan los cargos para controvertirlos, reitera mi representada, que de la verificación efectuada al expediente administrativo, observa que la sociedad no planteó en la vía administrativa solicitud de nulidad alguna, o marco normativo que le permitiera inferir tan siquiera a mi representada la solicitud de nulidad, para que en esa medida fuera viable debatir o controvertir por parte de la DIAN, algunos de los hechos que se traen al litigio como por ejemplo los planteados en el segundo cargo respecto de la base que utilizó la DIAN para determinar la sanción por no declarar, pues según se extrae del recurso de reconsideración presentado para poner fin a la vía administrativa, la hoy demandante, planteó argumentos referentes a la eficacia de la declaración tributaria por la presentación de la declaración sin pago, y la incidencia del proceso de reorganización empresarial del contribuyente frente al no pago de la retención, incluyendo como **PETICIÓN EN EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** dos solicitudes claras: (i). que se revocara la sanción, y (ii). que se le concedieran dos (2) meses para pagar la declaración después del levantamiento de las medidas cautelares en sus cuentas; por lo que se advierte al honorable despacho, que en el presente litigio, la demandante bajo la misma denominación del cargo presenta hechos nuevos, veamos:

### 1. PRIMER CARGO

#### 1.1. Nulidad por falsa motivación y aplicación indebida del artículo 643(3) del ET., sanción por no declarar.

Con relación a este punto, el demandante señala que el artículo 643(3) del ET. sanciona la omisión por no declarar de quien persiste en su incumplimiento. Hace referencia a la definición que trae el diccionario de la lengua española, respecto del vocablo “persistir”, que se define como mantenerse firme en la manera de pensar, de opinar, de actuar, y que para el caso en concreto la sociedad, no persistió en el incumplimiento de presentar la declaración de retención en la fuente por el segundo periodo del año 2016, ya que por el contrario presentó virtualmente su declaración, liquidando la respectiva sanción por extemporaneidad de acuerdo con el artículo 642 del ET.

Menciona igualmente que la Autoridad Tributaria en la Resolución Sanción por No Declarar señaló que la sociedad el día 18 de octubre de 2018 presentó la declaración de retención en la fuente del 2º periodo del año gravable 2016, registrando un total de retenciones más sanciones por valor de \$286.832.000, y que el contribuyente informó que el pago de dicha declaración lo realizaría antes del 18 de diciembre de 2018; lo que a su juicio, supone la voluntad de la sociedad de dar cumplimiento con el emplazamiento para declarar.

Argumenta que REDETRANS S.A fue admitida el 30 de agosto de 2018 por la Superintendencia de Sociedades, al proceso de reorganización empresarial contemplado en la Ley 1116 de 2006, y que a la fecha de la presentación de la demanda, la totalidad de las cuentas bancarias de la sociedad se encuentran embargadas y con los dineros retenidos, situación que le impidió realizar el pago de la retención mencionada.

Dada la situación de la sociedad, señala el demandante que al imponérsele la sanción, la DIAN estaría desconociendo el principio general del derecho según el cual *“nadie esta obligado a lo imposible”* que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por la Corte Constitucional. Cita apartes de la Sentencia C-337 de 1993 para referir que el poder que se le reconoce a la DIAN para la aplicación de la función sancionatoria, no es ilimitado y discrecional dado que debe ejercerse dentro de los límites de la equidad y la justicia, con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, tal como lo ordena la Constitución Política de Colombia y el artículo 683 del ET.

## 2. SEGUNDO CARGO

### 2.1. Nulidad por falsa motivación. Artículo 643(3) del ET.

El demandante cita el numeral 3º del artículo 643(3) del ET. que consagra la sanción por no declarar, que dispone que los contribuyentes, agentes retenedores o responsable obligados a declarar, que omitan la presentación de las declaraciones tributarias, serán objeto de una sanción equivalente a: *“3. En el caso de que la omisión se refiera a la declaración de retenciones, al diez por ciento (10%) de los cheques girados u otros medios de pago canalizados a través del sistema financiero, o costos y gastos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración Tributaria por el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al ciento por ciento (100%) de las retenciones que figuren en la última declaración de retenciones presentada, el que fuere superior.”*

A juicio del demandante y como un hecho nuevo, no controvertido en sede administrativa, indica que se configura la causal de nulidad de falsa motivación de los actos administrativos cuestionados, por cuanto la DIAN al determinar los costos y gastos relacionados en el balance de comprobación del mes de febrero de 2016, toma como base para determinar la sanción por no declarar, la cifra de \$9.229.208.474, incluyendo entre otros conceptos, la provisión realizada por la empresa para los impuestos de renta y patrimonio por el 2º periodo del año gravable 2016, por valor de valor de \$233.551.072, y que la provisión para los impuestos de renta y patrimonio no constituye ni un costo, ni un gasto para la empresa, puesto que es una apropiación contable para reconocer la participación del Estado en las utilidades del Ente Económico.

Señala que la provisión para un impuesto sobre la renta, no es aceptada como deducción o gasto, por tres razones fundamentales: por no estar autorizada expresamente su deducción, por no tener la naturaleza de gasto y finalmente porque si se aceptara su deducibilidad se haría nugatorio el pago del impuesto. Cita el oficio de la DIAN No. 047547 del 19 de junio de 1998 para destacar que las provisiones son apropiaciones que se hacen a las rentas generadas durante un año, con el fin de cubrir algunas contingencias, no constituyen gastos reales, y no son deducibles, no obstante al finalizar el ejercicio fiscal, los impuestos de renta no cancelados, constituyen un verdadero pasivo fiscal; y cita igualmente el artículo 282 del ET. que establece el concepto de patrimonio líquido gravable, que se determina restando del patrimonio bruto poseído por el contribuyente en el último día del año o periodo gravable, el monto de las deudas a cargo del mismo, vigente en esa fecha.

Finalmente concluye el nuevo hecho presentado, señalando que la DIAN tuvo como base para determinar la sanción impuesta mediante la “Resolución Sanción No. 3124120190000060 del 04.04.2019, la suma de \$9.229.208.474 y no la suma de \$8.995.657.402, lo que concreta la nulidad por falsa motivación, por la sustentación de un acto administrativo con fundamento en presupuestos de hecho inexistentes dentro de la actuación administrativa, por la apreciación errada de los hechos debidamente acreditados, vulnerando la garantía del principio de legalidad.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde al honorable despacho determinar si el segundo cargo presentados por la demandante constituyen hechos nuevos, y si en esa medida era viable para mi representada, presentar respecto de dichos hechos la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente al ejercicio de los recursos que de acuerdo con la ley fueran obligatorios de conformidad con el numeral 2º del artículo 161 del CPACA; y respecto de los hechos que si se discutieron en sede administrativa, determinar si en virtud del inciso 5º del artículo 580(1) del ET., la declaración de retención en la fuente del segundo (2º) periodo del año gravable 2016, presentada sin pago el 18 de octubre de 2018, produce efectos legales, y en esa medida si era procedente o no imponer la sanción prevista en el artículo 643(3) del ET. o concederle plazo a la sociedad por fuera del término previsto en las normas tributarias.

## VIII. FRENTE A LOS CARGOS FORMULADOS

En virtud de lo anterior, presento a continuación los argumentos de oposición de mi representada, frente al cargo de nulidad formulado por la demandante contra la “Resolución Sanción No. 3124120190000060 del 04.04.2019 y la “Resolución No. 992232020000022 del 30.03.2020, que

demuestran con suficiencia, que los actos administrativos no desconocen precepto alguno que hubiese podido viciar de nulidad, o invalidar la actuación administrativa desplegada por la DIAN.

## 1. AL PRIMER CARGO.

### EL PAGO COMO CONDICIÓN DE EFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE RETENCIÓN EN LA FUENTE.

La declaración de retención en la fuente presentada por la demandante, por concepto del segundo (2º) periodo del año gravable 2016, no produjo efecto legal alguno por cuanto no pagó el valor declarado.

El artículo 580(1) del ET. es la norma que condiciona la eficacia de las declaraciones de retención en la fuente al pago total de los montos declarados en las mismas, disponiendo entre otras cosas, que las *“declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producirán efecto legal alguno, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare”*.

En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-102 de 2015, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, al analizar la constitucionalidad del artículo 580(1) del ET. señaló que:

*“la presentación de las declaraciones de retención en la fuente constituye una obligación tributaria en cabeza de quienes conforme a las normas tributarias son agentes retenedores. Por lo tanto, debe entenderse que cuando dicha declaración no se presenta con el pago, se entiende que el agente retenedor no ha cumplido con su obligación”*

*“En otras palabras, la norma demandada está estableciendo que el pago constituye una condición necesaria para el adecuado cumplimiento de la obligación tributaria de declarar. El pago es, entonces, una condición concomitante con la obligación de declarar la retención en la fuente” [Énfasis añadido]*

En este punto es de suma importancia precisar que la norma analizada dispone claramente que para la eficacia de la declaración de retención en la fuente se debe, concomitantemente a su presentación, realizar el pago total de las sumas declaradas, esto quiere decir, que el pago debe contener, si en ella se registra, el valor de sanciones en intereses, pues de no ser así, no se configuraría el pago total.

Lo anterior se ratifica si se tiene en cuenta que así lo entendió el Alto Tribunal Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 580(1) del ET, donde indicó:

*“(…) **Es decir, para que se entienda que los sujetos de la norma cumplieron con su obligación de declarar la retención en la fuente debieron haberla presentado con el pago total de las sumas declaradas (...)**” [Énfasis añadido]*

Dicha condición de eficacia no es nada distinto a la manifestación que radica en cabeza del Legislador, consistente en su amplio margen de configuración no sólo para fijar los distintos elementos del tributo, e imponer obligaciones tributarias formales y sustantivas, sino para disponer la manera de hacer el recaudo.

Así por ejemplo, con fundamento en este amplio margen de configuración, la Corte Constitucional ha establecido que los requisitos exigidos por el Legislador para que se entienda presentada la declaración tributaria son un medio para que la administración posea la información necesaria para garantizar el principio de eficacia tributaria, que a su turno permite la realización de una serie de objetivos constitucionales. En efecto, en Sentencia C-884 de 1999, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional precisó:

*“Para la Corte, es claro que la información tributaria es el medio por el cual la Administración puede controlar el cumplimiento de los deberes ciudadanos para con el fisco y por ende, obtener el real recaudo de los dineros provenientes del pago de los impuestos, tasas y contribuciones, con los cuales se atiende el funcionamiento del aparato estatal y la satisfacción de las necesidades públicas, por lo que, la obligación formal de los contribuyentes, de suministrar a la Administración de Impuestos, la información de naturaleza fiscal que ésta requiera para el cumplimiento de sus funciones, deriva de la potestad impositiva del Estado y del consiguiente deber de tributación, los cuales se fundamentan en los artículos superiores 150-12, 338 y 363 en concordancia con el 95-9 ibídem.”*

De esa manera, estableció la Corte Constitucional que es válido y proporcional restar eficacia a las declaraciones de retención en la fuente que se presentan sin pago total, por cuanto la *“obligación de pagar que resulta exigible de los agentes retenedores se refiere a una obligación propia del desarrollo de una función pública que la ley les encomienda, que es la de retener para el fisco los impuestos pagados en la fuente por tales contribuyentes”* y la proporcionalidad se sustenta en el hecho que:

*“(…) Como lo ha sostenido esta Corporación desde sus inicios, tal forma de recaudo anticipado de los impuestos persigue un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional. Tal objetivo consiste en permitirle al Estado tener una fuente continua de ingresos durante todo el año para sufragar todos los gastos del Estado. De lo contrario, el Estado tendría necesidad de esperar a la terminación del respectivo año fiscal para que las obligaciones tributarias se hicieran exigibles, para luego cobrarlas directamente a los contribuyentes. La liquidez del Estado durante el transcurso de la respectiva vigencia fiscal depende en una medida significativa del pago oportuno de las sumas que los agentes retenedores cobran por anticipado a los contribuyentes, y que se retienen ellos mismos sobre sus ingresos. (…)*

*El recaudo efectivo y eficiente de la retención en la fuente es de vital importancia desde el punto de vista constitucional. Tanto es así, que no sólo justifica la imposición de la carga a los particulares de retener impuestos a nombre del Estado, sino que además amerita que el legislador tipifique penalmente su incumplimiento. (…)*

*Como se observa, entonces, con el pago el agente está en realidad cumpliendo una función pública como cualquier servidor público que maneja fondos estatales. De tal modo, el no pago constituye no sólo el incumplimiento de una función pública que le ha sido encomendada, sino una apropiación de dineros públicos sobre los cuales no puede reclamar ningún tipo de derecho (…)*

*En esa medida, teniendo en cuenta que: 1) el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para establecer los medios a través de los cuales se efectúa el recaudo, para garantizar su eficacia y eficiencia, 2) la retención en la fuente constituye un mecanismo de recaudo y una función pública que sirve un objetivo de especial importancia constitucional, 3) la obligación de pago total de la retención en la fuente no recae sobre dineros del agente obligado sino de dineros públicos, y 4) el agente de todos modos tiene la obligación legal de pagarlos a tiempo a su legítimo propietario – cuyo incumplimiento es incluso sancionable penalmente-, resulta razonable y proporcionado que el pago total sea considerado como condición de eficacia de la declaración de retención, así se trate de obligaciones diferentes.” (Corte Constitucional. Sentencia C-102 de 2015. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ésta sentencia analizó la constitucionalidad del artículo 580-1 del Estatuto Tributario.) [Énfasis añadido]*

Es claro entonces que el hecho de no cancelar –concomitantemente con la declaración respectiva- las sumas incorporadas en las declaraciones de retención en la fuente, le resta eficacia jurídica a dichas declaraciones; en ese sentido, el contribuyente persiste en la omisión referida a la presentación de las declaraciones de retención en la fuente, cumpliendo con el supuesto de hecho señalado en el artículo 643(3) del ET., lo cual se justifica teniendo en cuenta que el recaudo efectivo y eficiente de la retención en la fuente, es de vital importancia desde el punto de vista constitucional. Tanto es así, que no sólo justifica la imposición de la carga a los particulares de retener impuestos a nombre del Estado, sino que además amerita que el Legislador tipifique penalmente su incumplimiento.

Lo anterior permite concluir que la omisión en el pago puntual de las sumas declaradas en los denuncios de retención en la fuente, constituye un hecho de suma gravedad y de gran impacto constitucional, por lo que se genera un daño al recaudo nacional por cuanto el Estado no cuenta con los dineros –que valga la pena precisar no son pagados por el declarante, sino por quien es objeto de la retención- desde el preciso momento en que ha considerado adecuado, por políticas públicas, obtenerlo.

Ahora bien, frente a lo manifestado por la demandante respecto del plazo solicitado para el pago de la declaración de retención que presentó, y la cual se entiende ineficaz en virtud de la ley, se debe precisar lo que el artículo 580-1 del ET. consagra al respecto:

**“Art. 580-1. Ineficacia de las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total. Las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producirán efecto legal alguno, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare. (…)**

**La declaración de retención en la fuente que se haya presentado sin pago total antes del vencimiento del plazo para declarar, producirá efectos legales, siempre y cuando el pago total de la retención se efectúe o se haya efectuado a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo para declarar. Lo anterior sin perjuicio de la liquidación de los intereses moratorios a que haya lugar. En todo caso, mientras el contribuyente no presente nuevamente la declaración de retención en la fuente con el pago respectivo, la declaración inicialmente presentada se entiende como documento que reconoce una obligación clara, expresa y exigible que podrá ser utilizado por la Administración**

*Tributaria en los procesos de cobro coactivo, aún cuando en el sistema la declaración tenga una marca de ineficaz para el agente retenedor bajo los presupuestos establecidos en este artículo.”. [Énfasis añadido]*

Se tiene entonces que, por regla general, las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producen efecto legal alguno, excepto cuando estas declaraciones sean presentadas sin pago de manera oportuna, pero siempre y cuando el pago total de la retención se efectúe o se haya efectuado a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo para declarar; precepto normativo cuya aplicación y plazo concedido, no es facultativo o discrecional por parte de la Autoridad Tributaria, razón por la cual conceder un plazo por fuera de su competencia, constituiría claramente una concesión a un particular contraria a la Ley.

En otras palabras, los requisitos para que las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago se consideren eficaces son: (i) que la presentación de la declaración de retención en la fuente se haya realizado de manera oportuna; y (ii) que el pago total se realice dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar. Situación que no aconteció en la medida que dos años después del origen de la obligación sustancial, la sociedad responsable al ser admitida al proceso de reorganización, solicita un plazo que puede ser considerado con fecha incierta.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 35 del Decreto 2243 de 2015, el plazo para presentar las declaraciones de retención en la fuente del segundo (2º) periodo del año gravable 2016 de los contribuyentes cuyo último dígito del NIT termina en 7, como en este caso, vencía el 11 de marzo de 2016; de manera que, al estar probada la omisión de la declaración de retención, debido a la falta de pago oportuno, esta se tiene como no presentada, con lo cual es procedente la sanción impuesta.

Por otra parte, en cuanto a que a la sociedad fue admitida en proceso de reorganización por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No. 400-011872 del 30 de agosto del 2018, y que las cuentas se encontraban embargadas y los dineros retenidos, situación que impidió cumplir las obligaciones, se debe aclarar a la demandante, que la retención en la fuente no es un impuesto, es un mecanismo anticipado de recaudo, por lo tanto, el agente retenedor no actúa como contribuyente sino como auxiliar de la función recaudadora de la Administración Tributaria, obligación que debió ser cumplida en el mes de marzo del año 2016, por lo que el argumento expuesto pierde relevancia, en la medida que la sociedad fue admitida al proceso de reorganización en agosto del año 2018, es decir dos años y seis meses después del vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación que aquí se discute.

Así, el recaudo representa un eventual crédito fiscal en cabeza de un tercero, quien debe soportar la retención en la fuente, pero no es -desde ninguna perspectiva- un derecho o bien propio del agente retenedor, quien, se insiste, es un vehículo del recaudo y su obligación frente a las sumas que retiene es solo una: consignarlas a la Administración Tributaria.

Desde otra perspectiva, si un contribuyente omite la obligación de consignar lo retenido, está apropiándose de recursos públicos, conducta cuya gravedad es tal que la Legislación la contempló en el artículo 402 del Código Penal como delito denominado «omisión del agente retenedor o recaudador» - pues son dineros del Estado que se le encargan de recaudar a los agentes retenedores, y por ende deben declararlos y pagarlos oportunamente.

En el caso concreto de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta, las normas atinentes del ET., prevén:

**“Artículo 382. Obligación de declarar.**

*Los agentes de retención en la fuente deberán presentar declaración mensual de las retenciones que debieron efectuar durante el respectivo mes, de conformidad con lo establecido en los artículos 604 al 606, inclusive.”*

**“Artículo 604. Período fiscal.**

*El período fiscal de las retenciones en la fuente será mensual.*

*En el caso de liquidación o terminación de actividades, el período fiscal se contará desde su iniciación hasta las fechas señaladas en el artículo 595.*

*Cuando se inicien actividades durante el mes, el período fiscal será el comprendido entre la fecha de iniciación de actividades y la fecha de finalización del respectivo período.”*

En estos términos, habida cuenta que según la demandante realizó retenciones durante el segundo (2º) periodo del año 2016, tenía la obligación de presentar y pagar la declaración de retención en la fuente, dando cumplimiento a los artículos 375, 376 y 382 del ET., por ser agente de retención con las siguientes obligaciones:

**“Artículo 375. Efectuar la retención.**

*Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción.”*

**“Artículo 376. Consignar lo retenido.**

*Las personas o entidades obligadas a hacer la retención, deberán consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señale el Gobierno Nacional.”*

**“Art. 382. Obligación de declarar.**

*Los agentes de retención en la fuente deberán presentar declaración mensual de las retenciones que debieron efectuar durante el respectivo mes, de conformidad con lo establecido en los artículos 604 al 606, inclusive.”*

No obstante, la demandante solo presentó la declaración de retención del segundo (2º) periodo del año 2016 con el emplazamiento para declarar, pero sin pago, por lo que la mencionada declaración no produjo efectos jurídicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 580(1) del ET.

Es un deber formal de suma trascendencia para los sujetos obligados (contribuyentes, responsables y agentes de retención en la fuente), el presentar las declaraciones tributarias, entre ellas, la retención en la fuente, dentro de los plazos que cada año fija el Gobierno Nacional mediante decreto, en los formularios indicados para tal fin. Por eso, los artículos 571 a 573 del ET., establecen quienes deben cumplir las obligaciones formales.

Una vez presentado el incumplimiento por el obligado, la Administración Tributaria debe dar aplicación a los artículos 715 y 716 del ET, que consagran el emplazamiento previo por no declarar, y la consecuencia de la no presentación de la declaración con motivo del emplazamiento.

Veamos:

**“Artículo 715. Emplazamiento previo por no declarar.**

*Quienes incumplan con la obligación de presentar las declaraciones tributarias, estando obligados a ello, serán emplazados por la Administración de Impuestos, previa comprobación de su obligación, para que lo hagan en el término perentorio de un (1) mes, advirtiéndoseles de las consecuencias legales en caso de persistir su omisión.*

*El contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que presente la declaración con posterioridad al emplazamiento, deberá liquidar y pagar la sanción por extemporaneidad, en los términos previstos en el artículo 642.”*

**“Artículo 716. Consecuencia de la no presentación de la declaración con motivo del emplazamiento.**

*Vencido el término que otorga el emplazamiento de que trata el artículo anterior, sin que se hubiere presentado la declaración respectiva, la Administración de Impuestos procederá a aplicar la sanción por no declarar prevista en el artículo 643.” [Énfasis añadido]*

En este caso, el 24 de octubre de 2018 la demandada presentó sin pago, la declaración de retención en la fuente del segundo (2º) periodo del año 2016, mediante el formulario No. 3509663061712 y No. electrónico 91000582936837, en la que liquidó un total de retenciones más sanciones por valor de \$286.832.000, por lo que la misma es ineficaz.

Por lo anterior, mi representada emplazó para declarar y después impuso la sanción a la demandante por no haber cumplido dicha obligación, dado que la declaración presentada sin pago por el agente retenedor no produce efectos jurídicos, pues se reitera que la sociedad se encuentra en la obligación de pagar la retención para que su declaración produzca efectos, y por no hacerlo se impuso la sanción por no declarar la retención en la fuente por el segundo (2º) periodo del año gravable 2016.

En consecuencia, la Administración lo que debe hacer es asegurar el efectivo cumplimiento de las normas tributarias mediante todas las diligencias y actuaciones necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos y las sanciones, pues en este caso es claro que la demandante, debió cumplir la mencionada obligación para no ser sometido al procedimiento y régimen sancionatorio del ET.

De lo hasta aquí señalado, se puede colegir que no le asiste razón a la demandante al señalar que por haber presentado la declaración sin pago, su conducta no se encuentra en el supuesto de hecho del artículo artículo 643(3) del E.T. para iniciar el proceso sancionatorio por no declarar la retención en la fuente del segundo (2º) periodo del año 2016, pues como se ha señalado en precedencia, la falta de

pago, tornó ineficaz de pleno derecho la declaración presentada por la sociedad, lo que hacía inviable a la luz del ET. conceder un plazo de dos (02) meses después del levantamiento de las medidas cautelares de la sociedad, para el pago correspondiente, bajo el argumento de que la sociedad fue admitida en proceso de reorganización dos años después del momento en que debió cumplir la obligación de giro de los recursos, dado que es el mismo ET. en el artículo 580(1) que señala que la declaración producirá efectos legales, siempre y cuando el pago total de la retención se efectúe o se haya efectuado a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo para declarar.

Aunado a lo anterior, conforme al Art. 32 de la Ley 1429 de 2010, se exceptúan del proceso de reorganización las obligaciones por retenciones en la fuente a favor de la DIAN, así como las consecuencias que se derivan por el incumplimiento, tanto de la presentación de la declaración (obligación formal) como de su pago (obligación sustancial), norma que es coherente con el hecho de que las obligaciones fiscales por retenciones en la fuente son dineros fiscales recibidos de terceros por el contribuyente, que hacen parte de un mecanismo de recaudo anticipado del impuesto y por lo tanto una vez percibidos deben ser trasladados a la administración.

En ese sentido, tampoco es adecuado a la realidad fáctica y jurídica del proceso sancionatorio adelantado, señalar que los actos administrativo que hoy son cuestionados ante el honorable despacho, se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, puesto que los mismos fueron expedidos en correspondencia con el principio de legalidad, en el sentido de que la Autoridad Tributaria planteó a la sociedad en vía administrativa, todos los motivos que la llevaron a imponer la sanción por no declarar, con el respectivo sustento fáctico y jurídico para garantizarle al contribuyente el derecho de defensa y contradicción, e igualmente la DIAN tuvo en cuenta para la toma de la decisión de sancionar, todos los hechos planteados y acreditados en debida forma por el contribuyente.

En razón a lo señalado, solicito a la honorable magistrada desestimar el primer cargo formulado por la parte demandante.

## 2. AL SEGUNDO CARGO.

### HECHOS NUEVOS ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La sociedad demandante presenta en el litigio, como situación de hecho nueva, la discusión sobre el monto de la sanción, hecho no argumentado ni controvertido en sede administrativa ante mi representada.

La demandante plantea como hechos nuevos en el litigio, que la DIAN tuvo en cuenta como base para determinar la sanción impuesta mediante la "Resolución Sanción No. 3124120190000060 del 04.04.2019, la suma de \$9.229.208.474 que incluye entre otros conceptos, la provisión realizada por la empresa para los impuestos de renta y patrimonio por el segundo (2º) periodo del año gravable 2016.

Este nuevo motivo de inconformidad, se encuentra ausente en el texto del recurso de reconsideración presentado por la sociedad en sede administrativa, donde tampoco se solicitó la declaratoria de nulidad o ilegalidad del acto acusado por las razones que hoy se exponen en la demanda; por dicha razón, no obra en la "Resolución No. 992232020000022 del 30.03.2020 que resuelve el recurso de reconsideración confirmando la "Resolución Sanción No. 3124120190000060 del 04.04.2019, pronunciamiento alguno respecto de dicho hecho por parte de la Autoridad Tributaria.

En ese sentido no es procedente para la demandante, a efectos de mantener incólume el principio de seguridad jurídica, que en sede judicial se presenten hechos nuevos, pues lo mismo desconocería el derecho de defensa y de contradicción que también le asiste a mi representada para defender sus propios actos administrativos, y explicar el procedimiento realizado al contribuyente, sustentando su decisión en la información contable debidamente incorporada en la actuación administrativa.

Al respecto, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente argumentos nuevos, con hechos nuevos, para señalar que aunque al demandante, le es posible presentar nuevos o mejores argumentos bajo por ejemplo, un cargo de nulidad de los actos administrativos acusados, referenciado en el marco normativo objeto de vulneración; no obstante, no le es posible plantear hechos nuevos diferentes a los planteados en vía administrativa, pues implicaría claramente la violación al debido proceso de la Autoridad Tributaria.

En Sentencia del 8 de febrero de 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dentro del expediente con radicación número: 08001-23-31-000-2012-00516-01(22060) en la que se demandó la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, la consejera ponente Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, señaló:

*"La Sección en forma reiterada ha expresado que <<al contribuyente le es dable alegar "argumentos nuevos" en la etapa jurisdiccional, es decir, no planteados en la etapa gubernativa, si lo pretendido es la 'nulidad' de los actos administrativos, en razón a que el examen de legalidad del acto acusado debe efectuarse respecto de los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, que a su vez deben*

Expediente: 25000-23-37-000-2020-00549-00  
 Demandante: REDETRANS S.A. En Reorganización.  
 NIT: 830.038.007-7  
 Concepto: Retención en la fuente, 2º \_2016.  
 Actuación: Contestación de la demanda.



concretarse a las causales de nulidad previstas en el Estatuto Tributario y las generales a que se refiere el inciso 2o del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo>>. **Y ha precisado que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos -diferentes a los invocados en sede administrativa-, aunque sí mejores o nuevos argumentos y fundamentos de derecho respecto de los planteados en los recursos interpuestos en la vía gubernativa. Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración. En este orden de ideas, el administrado debe aducir en sede administrativa los motivos y fundamentos de su reclamación, lo que no obsta para que en oportunidad posterior, en sede judicial, pueda exponer nuevos o mejores argumentos, a fin de obtener la satisfacción de su pretensión, previamente planteada ante la Administración.** En consecuencia, si la pretensión de la parte demandante es la misma, esto es, la nulidad del acto definitivo, como ocurre en el caso, en la medida en que en sede administrativa y jurisdiccional se invocó la ilegalidad de los actos por los cuales se le impuso sanción por no enviar información, el Juez debe analizar los cargos de la demanda así no hayan sido expuestos con ocasión del recurso de reconsideración. [Énfasis añadido]

En gracia de discusión honorable magistrada y respecto del hecho nuevo que plantea la demandante, al revisar la actuación administrativa desplegada por la Autoridad Tributaria, y soportada en el expediente allegado al despacho el 8 de junio del 2021, se observa que mi representada siguió las pautas previstas del numeral 3º del artículo 643 del ET., que prevé la sanción por no declarar y las bases para efectos de imponer la sanción.

Se ilustra en la siguiente imagen, los conceptos, las bases, la tarifa, la proyección de la sanción, y la identificación de los folios que numeran el soporte probatorio incorporado a la actuación sancionatoria, que fueron comunicados al contribuyente en su momento, atendiendo las reglas previstas del procedimiento tributario.

CONCEPTO	BASE	TARIFA	SANCION	FOLIOS
El 10% de los cheques girados durante el mes de febrero de 2016. Según certificación firmada por Revisor Fiscal	\$2.594.041.439	10%	259.404.143	47 al 63 y 132
El 10 % de los costos y gastos, según balance de prueba del mes de febrero de 2016. Certificados y firmados por Revisor Fiscal	\$9.229.208.747	10%	\$922.920.875	39 al 46 y 131
100% de las retenciones de la última declaración presentada. Periodo ocho (8) de 2015, con Declaración N° 91000434430877 de fecha 30 junio de 2017	\$162.118.000	100%	\$162.118.000	127

Para el efecto, la DIAN tomó el valor superior como base para imponer la sanción, es decir, los costos y gastos según el balance de prueba del mes de febrero del año 2016, debidamente certificado y firmado por el revisor fiscal, el cual reposa a folio 39 al 46 y 131 de la actuación administrativa allegada en su oportunidad al despacho.

Al hacer una revisión detallada de dicho balance de prueba, la División de Gestión y Fiscalización consolidó la información de los costos y gastos de la sociedad durante el periodo de febrero del año 2016, concluyendo el saldo inicial, el débito, el crédito, el saldo final y el movimiento del mes de las cuentas de gastos y costos de ventas de la demandante:

CUENTA	NOMBRE	SALDO INICIAL	DEBITO	CRÉDITO	SALDO FINAL	MOVIMIENTO DEL MES	10%	FOLIOS	
B	GASTOS	2.773.074.185	3.072.961.228	2.898.079	5.843.137.334	3.070.063.149		47 al 54 y 145	
B	COSTOS DE VENTAS	2.530.239.561	5.432.335.405	3.117.385.879	4.815.169.087	2.294.929.526			
T	COSTOS DE VENTAS	3.980.786.252	5.219.830.681	1.355.614.609	7.845.002.324	3.864.216.072			
TOTAL COSTOS Y GASTOS DEL MES		\$9.274.099.998	\$13.705.107.314	\$4.475.898.567	\$18.503.308.745	\$9.229.208.747	922.920.875		
RELACION DE CHEQUES GIRADOS DURANTE EL PERIODO (Art. 643 del E.T.)									
TOTAL CHEQUES GIRADOS MES							2.594.041.439	259.404.144	55 al 75
extractos bancarios								16 al 134	
VALOR DE LAS RETENCIONES RENDIEN 83 ÚLTIMA DECLARACIÓN PRESENTADA PERIODO AGOSTO DE 2015									
DECLARACIÓN DE RETENCIÓN EN LA FUENTE ÚLTIMA VALIDA ACTIVA							162.118.000	100%	140

V.B.

Al observar el balance de comprobación del periodo comprendido entre el 1º de febrero, al 28 de febrero del 2016, que sustenta la cifra de costos y gastos en la suma de \$9.229.208.747, cuyo monto corresponde a la base para imponer la sanción hoy discutida, se constata contrario a lo afirmado por la demandante, que dicho balance no reporta en la cuenta 5\_Gastos, 51\_Operaciones de Administración, 5199\_Provisiones, suma alguna, como se aprecia en la siguiente imagen.

5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 AMORTIZACIONES	519515 CARGOS DIFERIDOS	1.313.127	1.313.130	0	2.626.257
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519505 COMISIONES	581.408	0	0	581.408
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519510 LIBROS, SUSCRIPCIONES, PERIODICOS	0	72.000	0	72.000
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519525 ELEMENTOS DE ASEO Y CAFETERIA	6.256.343	8.354.236	0	14.610.579
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519530 UTILES, PAPELERIA, Y FOTOCOPIA	25.082.834	33.202.667	0	58.285.501
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519535 COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES	153.000	462.093	0	615.093
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519536 LUBRICANTES	0	0	0	0
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519540 ENVASES Y EMPAQUES	0	0	0	0
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519545 TAXIS Y BUSES	17.216.649	15.490.118	240.000	32.466.767
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519560 CASINOS Y RESTAURANTES	729.159	1.399.104	0	2.128.263
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519565 PARQUEADORES	28.019	593.327	0	221.346
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519570	0	0	0	0
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5195 DIVERSOS (AC)	519595 OTROS DIVERSOS	79.150	126.639	0	205.789
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5199 PROVISIONES	519905	0	0	0	0
5 GASTOS	51 OPERACIONAL	5199 PROVISIONES	519910	0	0	0	0
5 GASTOS	52 OPERACIONAL	5205 GASTOS DE PI	520505 SUELDOS	109.990.709	121.724.582	157.442	231.872.733
5 GASTOS	52 OPERACIONAL	5205 GASTOS DE PI	520515 HORAS EXTRAS Y RECARGOS	2.262.395	1.501.512	0	3.763.907
5 GASTOS	52 OPERACIONAL	5205 GASTOS DE PI	520526 RECARGO NOCTURNO	78.404	53.084	0	131.488
5 GASTOS	52 OPERACIONAL	5205 GASTOS DE PI	520517 DOMINICAL TRABAJADO	274.241	333.561	0	607.802

En razón a lo expuesto en precedencia y en el acápite de excepciones, solicito al honorable despacho, desestimar el cargo formulado por cuanto no se cumple el presupuesto procesal del agotamiento del recurso previsto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, que establece la obligación de ejercer y decidir los recursos que sean obligatorios de acuerdo con la Ley, siempre que se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter particular.

## IX. A LAS PRUEBAS

De conformidad con el numeral 10º del artículo 180 del CPACA, que señala que solo se decretarán las pruebas solicitadas por las partes siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuáles existe disconformidad, y dado que la demandante no solicitó el decreto ni practica de pruebas en el presente litigio, solicito al honorable despacho en cumplimiento de lo previsto en el parágrafo 1º del Artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se tenga como prueba el expediente administrativo **No. RT20152017900467**; pruebas que buscan aclarar la controversia suscitada y que ya reposan en el despacho de esta honorable colegiatura.

## X. DERECHO

Fundamento mis peticiones en la facultad consagrada en los artículos 172, 175 y 199 del CPACA, y en el artículo 612 del CGP.

## XI. PETICIÓN

Solicito respetuosamente al honorable despacho, que previo el rigor del proceso contencioso y con las pruebas debidamente allegadas y decretadas, se desestimen las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la demandante, y en su lugar se declare que los actos administrativos demandados proferidos por mi representada, esto es, la "Resolución Sanción No. 312412019000060 del 04.04.2019 y la "Resolución No. 992232020000022 del 30.03.2020, se encuentran ajustados a derecho.

## XII. COSTAS PROCESALES A FAVOR DE LA DIAN

Con fundamento en lo previsto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 361, 365 y 366 del CGP, solicito de manera respetuosa al honorable despacho, se reconozcan costas procesales a favor de mi representada. Los gastos y expensas del proceso, se acreditarán en la etapa procesal pertinente; y respecto de las agencias en derecho, solicito comedidamente se liquiden de conformidad con las tarifas definidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

## XIII. PRUEBAS

En cumplimiento de lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA, esto es, durante el término para dar respuesta a la demanda, a través de correo electrónico del 8 de junio de 2021, la suscrita, en representación de la DIAN, remitió copia del expediente **No. RT20152017900467**, contenido de los antecedentes administrativos de las actuaciones objeto del proceso mencionado en el epígrafe, de tal manera que solicito al honorable despacho, sean tenidos en cuenta como prueba en el presente litigio.

#### **XIV. PERSONERÍA**

De manera atenta solicito al honorable despacho reconocermé personería para actuar en el presente proceso, en representación de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

#### **XV. ANEXOS**

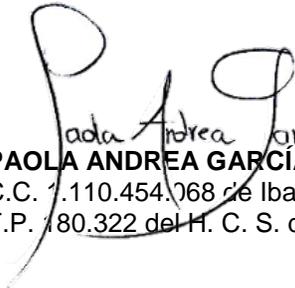
En atención a lo dispuesto en el artículo 96 del CGP., a continuación, enumero los anexos allegados con la contestación de la demanda:

1. Poder para actuar como apoderada judicial dentro del proceso de la referencia en representación de la U.A.E. DIAN, otorgado con las formalidades de ley.
2. Resolución DIAN No. 000685 del 5 de febrero de 2021, mediante la cual se efectúa el nombramiento con carácter provisional de la suscrita.
3. Certificación suscrita por la directora seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes, en la que consta que la suscrita se encuentra en la Planta de Personal de la U.A.E. DIAN, como abogada de la División de Gestión Jurídica.
4. Resolución DIAN No.009403 del 24 de septiembre de 2018, por la cual se asigna a la doctora Cecilia Rico Torres, las funciones de directora seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes.
5. Resolución DIAN No. 000204 de fecha 23 de octubre de 2014, por medio del cual se adopta el Modelo de Gestión Jurídica para la U.A.E. DIAN, en la que se establecen las delegaciones para efectos de la Representación en lo Judicial y Extrajudicial en la U.A.E. DIAN.

#### **XVI. NOTIFICACIONES**

Mi representada y la suscrita recibiremos las notificaciones personales y/o comunicaciones procesales a que haya lugar en la página web [www.Dian.gov.co](http://www.Dian.gov.co)-Portal Web-Servicios a la ciudadanía en la opción de Notificaciones Judiciales, en el correo electrónico [notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co](mailto:notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co) y [pgarciac1@dian.gov.co](mailto:pgarciac1@dian.gov.co)

De la honorable magistrada, con todo respeto.

  
**PAOLA ANDREA GARCÍA COLORADO**  
C.C. 1.110.454.068 de Ibagué  
T.P. 180.322 del H. C. S. de la J.

V.B.  
