

Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Bogotá D.C.

Honorable Jueza:

Doctora Lina Aparicio Millan

Juzgado 41 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

Sección Cuarta

E.S.D.

Expediente:	11001 33 37 041 2023 00061 00
Demandante:	Cristian Alexis Ducuara Castaño
C.C./ NIT:	93393.126
Acción:	Contenciosa
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandado:	UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian)
Domicilio:	Bogotá D.C.
Concepto:	Auto retención en la fuente CREE correspondiente al periodo 9 del año gravable 2014
Asunto:	<u>Contestación de la demanda</u>
Cuantía:	\$69.113.000
Auto admisorio:	09 de junio de 2023
Notificación:	22 de junio de 2023
Temas:	Liquidación Oficial de Aforo

CLAUDIA CRISTINA GIRALDO GALLO, identificada con cédula de ciudadanía n.º 24.367.043, abogada titulada y portadora de la tarjeta profesional n.º 110.094, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actúo como apoderada de la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales** (en adelante, Dian o mi representada). Según el poder conferido por el director operativo de grandes contribuyentes de la UAE - 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), y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, me permito contestar la demanda instaurada por el doctor Samuel Valero Huertas en representación de Cristian Alexis Ducuara Castaño, quien fuere el representante legal de la sociedad Trayectoria Oil & gas Sucursal Colombia para el periodo en que ocurrió la omisión.

Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

1. Pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda

En calidad de apoderada judicial de la Dian, de manera respetuosa y con fundamento en lo que se indicará en el presente escrito de contestación, me opongo a las pretensiones de la demanda. Lo anterior se fundamenta en que la entidad demandada profirió los actos administrativos acusados atendiendo, además del material probatorio obrante en el expediente administrativo, al ordenamiento jurídico pertinente, el cual regula los conceptos sometidos a la auto retención en la fuente – CREE y el procedimiento oficial de aforo.

2. Oportunidad para contestar la demanda

De conformidad con lo establecido en los artículos 172 y 199¹ de la Ley 1437 de 2011, se correrá traslado de la demanda a las partes por el término de 30 días, tiempo en el cual se “deberá contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar [la] demanda de reconvencción”². 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 envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente”³.

En el caso objeto de estudio, el auto de demanda fue notificado a esta entidad en el correo de notificaciones el 22 de junio de 2023, por lo que el presente escrito de contestación cumple con el requisito de oportunidad previsto en la norma indicada con anterioridad.

3. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda

A continuación, procedo a realizar pronunciamiento expreso de cada uno de los hechos de la demanda en el orden en que fueron descritos:

1. Lo cierto es que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia identificada con el NIT 900.044.618-5, el cual reposa en los antecedentes administrativos allegados a su Despacho el día 10 de abril de 2023, el señor Cristian Alexis Ducuara Castaño ejerció como mandatario general de la compañía desde el año 2010 hasta el 24 de febrero de 2016. (folios 10 al 15 del expediente administrativo).

¹ El Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 fue modificado por el Artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18, enero, 2011). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario oficial. Enero, 2011. Nro. 47.956.

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18, enero, 2011). Op. cit.



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

2. Lo cierto es que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la compañía citada, el cual reposa en los antecedentes administrativos allegados a su Despacho el día 10 de abril de 2023, el señor Ducuara Castaño, en su calidad de mandatario general de la sociedad estaba expresamente facultado para firmar, presentar y corregir todas las declaraciones de impuestos nacionales, departamentales, distritales y municipales, pagar y solicitar y obtener aplicaciones o devoluciones de impuestos a favor de la compañía y responder oficios, requerimientos o emplazamientos de oficinas o autoridades tributarias o de impuestos y suministrarles informaciones y documentos.

3. Solo es cierto que los artículos 571 y 572 del ET señala que los representantes deben cumplir las obligaciones formales a cargo de sus representados, así mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 573 ibídem, se establece que si los obligados al cumplimiento de los deberes formales de terceros omiten tal obligación, responderán subsidiariamente por las consecuencias que se derivan de su omisión, lo demás son apreciaciones subjetivas desde la óptica de la libelista, a las cuales nos referiremos en el acápite de defensa.

4. Lo cierto es que el 20 de junio de 2018, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes profirió el emplazamiento para declarar n.º 900011, fue notificado al agente retenedor, a la señora Olga patricia Sansa Apraez, liquidadora de la compañía y al señor Ducuara Castaño, en calidad de mandatario para la época en que ocurrió la omisión.

5. Lo cierto es que el 30 de noviembre de 2017, mediante Auto n.º 405-01761 la Superintendencias de Sociedades resolvió decretar la apertura del proceso de Liquidación Judicial a la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia, lo demás son apreciaciones subjetivas desde la óptica de libelista, a las cuales nos referiremos en el acápite de defensa.

6. Lo cierto es que el señor Cristian Alexis Ducuara Castaño, quien fuera el representante para la época de los hechos de la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia en Liquidación Judicial, al ser un agente de retención y ostentar tal responsabilidad en el RUT, tenía la obligación formal de presentar la declaración de auto retención en la fuente - CREE correspondiente al periodo 12 del año gravable 2015, así como el deber sustancial de retener y pagar el total para que se tuviera como eficaz la declaración citada, obligación que omitió, lo demás son apreciaciones subjetivas desde la óptica de libelista, a las cuales nos referiremos en el acápite de defensa.

7. Lo cierto es que, habiendo trascurrido el término legal, sin que el contribuyente y el señor Ducuara Castaño desvirtuaran los hechos planeados en el emplazamiento para declarar ni dieran cumplimiento a esta obligación, se hicieron acreedores a la sanción establecida en el artículo 643 del ET y en virtud del procedimiento se procedió a aplicar el



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

artículo 717 idem, lo demás son apreciaciones subjetivas desde la óptica de libelista, a las cuales nos referiremos en el acápite de defensa.

8. Lo cierto es que, habiendo transcurrido el término legal, sin que el contribuyente y el señor Ducuara Castaño desvirtuaran los hechos planeados en el emplazamiento para declarar ni dieran cumplimiento a esta obligación, se hicieron acreedores a la sanción establecida en el artículo 643 del ET y como resultado la determinación del impuesto conforme lo dispone el artículo 717 ibidem, lo demás son apreciaciones subjetivas desde la óptica de libelista, a las cuales nos referiremos en el acápite de defensa.

9. Lo cierto es que, habiendo transcurrido el término legal, sin que el contribuyente y el señor Ducuara Castaño desvirtuaran los hechos planeados en el emplazamiento para declarar ni dieran cumplimiento a esta obligación, se hicieron acreedores a la sanción establecida en el artículo 643 del ET y como resultado la determinación del impuesto conforme lo dispone el artículo 717 ibidem, lo demás son apreciaciones subjetivas desde la óptica de libelista, a las cuales nos referiremos en el acápite de defensa.

10. Lo cierto es que la Superintendencia se abstuvo de emitir respuesta de fondo sobre las pretensiones del accionante a través del derecho de petición y a cambio puso en conocimiento de la liquidadora el referido memorial para que se pronuncie al respecto, luego las afirmaciones allí expuestas son simples opiniones que riñen con el sistema legal colombiano y las obligaciones propias de los representantes legales en materia tributaria.

11. No es cierto

12. Cierto.

13. Cierto.

14. No es cierto

15. Es cierto.

3.1. 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*



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

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 falta de legitimación en la causa por activa ateniende a la inexistencia del obligado principal, esto es, la sociedad contribuyente (artículo 180, numeral 6° del CPACA).

Respecto a la legitimación en la cauda el Consejo de Estado ha dicho que :

“es la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. En efecto, las personas con legitimación en la causa se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado”. Además, ha indicado que “la falta de legitimación en la causa es un presupuesto de la pretensión y no del medio de control” y que “no subsanarlo a tiempo podría conllevar una sentencia inhibitoria⁴”.

Procedencia de la excepción en el caso analizado:

La demanda presentada por el señor Ducuara Castaño, pretende se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Aforo No. **900032** de 25 de julio de 2019 emitida por la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN**, y la **Resolución No. 3864** de 13 julio de 2020 emitida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

⁴ 3 Sentencia de 23 de noviembre de 2018, exp. 23171 C.P Stella Jeannette Carvajal Basto.



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Es de indicar que la sociedad TRAYECTORIA OIL & GAS SUCURSAL COLOMBIA con NIT 900.044.618-5, mediante Auto No. 406-001392 del 20 de febrero de 2020, de la Superintendencia de Sociedades, declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de la sociedad de la referencia, lo cual fue inscrito en la Cámara de Comercio el 11 de Marzo de 2020 con el No. 00004542 del libro XIX. (se anexa a la presente contestación).

Con lo anterior, se evidencia que los actos de los cuales se pretende su nulidad fueron resueltos por mi mandante a través de la resolución no.3864 del 13 de junio de 2020, cuando ya se había declarado la terminación del proceso liquidatorio y registrado el 11 de marzo de 2020 en la Cámara de Comercio.

Al respecto me permito referir la sentencia del 13 de julio de 2023 del Consejo de Estado MP, Milton Chavez García, radicado 25000-23-37-000-2019-00367-01 (27008), demandante Pedro Alfonso Mestre Carreño, en la cual decidió declarar de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y en consecuencia se abstuvo de realizar un pronunciamiento de fondo a los actos demandados (Liquidación Oficial de Aforo Retención en la fuente periodo 12 año 2012. Sociedad liquidada. Liquidador. Legitimación en la causa por activa. Reiteración jurisprudencial).

Dentro de las consideraciones conclusivas en las que apoyo su decisión se resaltan la siguientes:

“(…) En esas condiciones, cuando se expidieron los actos demandados, esto es, las Resoluciones Nros. 312412018000001 del 4 de enero de 2018 y 000.077 del 4 de enero de 2019, proferidos por la DIAN contra la sociedad demandante, esta había dejado de existir. Y tampoco existía cuando el exliquidador demandó los actos en mención, en su nombre y en representación de la sociedad liquidada.

En consecuencia, dada la inexistencia del obligado principal, esto es, la sociedad contribuyente, como sujeto de derechos para el momento en que la deuda tributaria fue determinada oficialmente, dicha obligación tributaria deriva en inexistente, por ausencia del extremo pasivo, y no sería posible que a la misma se vinculen otros obligados en calidad de solidarios o subsidiarios.

En ese orden de ideas, se desvirtúa el eventual interés para demandar de Pedro Alfonso Mestre Carreño, pues, con ocasión de la liquidación se extinguió la personería jurídica de la sociedad que representaba y, por ende, dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones. Por tanto, al no expedir los actos definitivos contra la contribuyente mientras esta existió, es improcedente predicar una solidaridad de su liquidador cuando no hay sujeto principal a quien imponerle y cobrarle la obligación.



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

En efecto, en la sentencia del 28 de julio de 202217, la Sala precisó que “considerando la inexistencia del obligado principal como sujeto de derechos y obligaciones para el momento en que la deuda tributaria fue determinada oficialmente, los actos demandados carecen del alcance para determinar consecuencias adversas a los responsables solidarios”. Así pues, “las autoridades tendrían que haber emitido actos en los cuales establezcan las eventuales responsabilidades de los responsables solidarios o subsidiarios”.

Por consiguiente, el actor carece legitimidad en la causa para reclamar la nulidad de los actos demandados, porque su pretensión de nulidad no estuvo dirigida contra actos administrativos que fijaran obligaciones a su cargo o afectaran sus derechos subjetivos; más aún si de acuerdo con los precedentes de la Sección citados, los actos acusados no constituyen un título ejecutivo para adelantar un cobro coactivo.

Las razones expuestas son suficientes para revocar la sentencia apelada. En su lugar, se declara probada de oficio la excepción de falta de legitimación por activa, por lo que se abstiene de emitir fallo de fondo. (...)

Observa mi representada que la demandante, se halla incurso en la excepción propuesta toda vez que 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 que carece de legitimación en la causa para formular las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en lo anterior, solicito al honorable despacho, declarar probada la excepción presentada.

4. Fundamentos de la demanda

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:

A partir del texto de la demanda presentada por el doctor Samuel Valero Huertas, en representación del señor Cristian Alexis Ducuara Castaño—representante legal para el periodo en que ocurrió la omisión de la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia en Liquidación—, se evidenció que, para sustentar la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho, el apoderado citó las normas violadas y argumentó, como

Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

causal de anulación de los actos demandados, la vulneración de las siguientes disposiciones:

4.1. Normas consideradas violadas

El demandante consideró que, con la expedición de los actos administrativos demandados, se violó el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

4.2. Concepto de violación

El demandante pretende que se anulen los actos acusados porque considera que son violatorios de la Constitución y la Ley por las razones que se exponen a continuación:

Señala el demandante que, el señor Ducuara Castaño fungió como mandatario o representante legal de la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia en liquidación judicial, cargo que dejó de ocupar en el año 2016.

Así mismo, aclara que aunque el ostentaba este cargo, era un simple empleado que no hacía parte de la junta directiva, la cual tomaba las decisiones respecto del funcionamiento de la empresa y del pago de las obligaciones de carácter tributario. De igual manera, preciso que la obligación de preparar, elaborar los estados financieros y presentar las declaraciones tributarias se encontraba delegada en el área contable de la empresa, la cual estaba debidamente supervisada por la correspondiente revisoría fiscal.

En esa misma línea, sostiene que el señor Ducuara se desempeñó en el citado cargo, en una época de crisis en el precio de los hidrocarburos que llevó a una situación de quiebra a la compañía y aunque se tuvo la voluntad de cumplir con los deberes formales de presentar las declaraciones tributarias no existían los recursos para pagar el valor declarado, de ahí que, las directivas de la compañía decidieran presentar las declaraciones en tiempo para no caer en extemporaneidad y pagarlas posteriormente.

Adicionalmente, señala que cuando se profirió el emplazamiento para declarar, el señor Cristian Ducuara ya no estaba vinculado a la empresa y esta se encontraba en Proceso de Liquidación Judicial, por lo que materialmente y jurídicamente no era posible cumplir con la presentación y pago de la declaración referida, en razón a que, ya no era mandatario o representante legal y aunque se tuviera la voluntad de presentar la declaración de autoretenCIÓN en la fuente - CREE aquí debatida, le fue imposible porque había sido desvinculado del RUT de la sociedad y su clave de firma electrónica para firmar las declaraciones ya había sido desvinculada.



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Por otro lado, reitero que era material y jurídicamente imposible para el señor Ducuara, como mandatario para la época en que ocurrió el hecho sancionable, subsanarlo, debido a que la Superintendencia de Sociedades dejó muy claro que la liquidadora debe abstenerse de efectuar correcciones o firmar las declaraciones tributarias que correspondan a vigencias anteriores a la apertura del proceso de liquidación judicial; que la liquidadora será responsable por sus actos a partir de la apertura del proceso y presentar las declaraciones y cumplir las obligaciones tributarias durante la liquidación, más no subsanar las omisiones de quienes lo han precedido en la administración, en razón a que se trata de un administrador, con condición de servidor público de carácter transitorio. En este sentido fue posible que la liquidadora ni el mandatario que ejerció funciones dos años antes de iniciar el proceso liquidatorio pudiera presentar declaraciones tributarias de vigencias anteriores al inicio de la liquidación judicial por que estarían contraviniendo normas establecidas en la ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 “Ley de Insolvencia”.

Menciona el accionante, las diferencias entre responsabilidad subsidiaria y solidaria apoyándose en lo manifestado por la Corte Constitucional⁵ y el Consejo de Estado⁶.

En ese orden de ideas, concluye el demandante que la Dian debió intentar en primer lugar, solicitar el cumplimiento de la obligación al obligado principal, es decir, a la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia o a los representantes legales posteriores al señor Ducuara, o a la liquidadora del proceso de liquidación judicial, esto, antes vincular a su mandante, lo cual constituyó una clara y evidente violación del debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y al derecho de defensa.

5. Oposición a las pretensiones de la demanda

De manera atenta y respetuosa me opongo a cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, contrario a lo afirmado por el apoderado del señor DUCUARA CASTRO, mi representada profirió los actos cuestionados ajustando su actuación a las normas sustanciales y procesales vigentes, sin violación de disposición jurídica alguna. Con fundamento en lo anterior, es preciso decir que la litis se centra en determinar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la Administración Tributaria vincula como responsable subsidiario al señor Cristian Alexis Ducuara Castaño quien, en su calidad de mandatario general, representante legal de la sucursal TRAYECTORIA OIL & GAS SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, obligado principal, por el incumplimiento de la obligación de declarar conforme los artículos 573 y 798 del E.T. A continuación, presento los argumentos de oposición a los cargos formulados por el actor contra los actos demandados, que demuestran que los mismos fueron proferidos en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

⁵Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia (19 de julio de 2017), expediente 2012-00518-00.



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

6. Fundamentación fáctica y jurídica de la defensa

El objeto de la Litis se centra en examinar la legalidad de los actos administrativos demandados, determinando el problema jurídico que se circunscriben a los siguientes cuestionamientos:

A. ¿Se cumplen los supuestos de hecho y de derecho para proferir liquidación de aforo por no presentar la declaración de auto retención en la fuente CREE periodo 9 del año gravable 2014?

B. ¿El señor DUCUARA CASTAÑO debe asumir la responsabilidad subsidiaria por la omisión de la obligación de declarar?

Con el fin de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, me permito indicar las siguientes consideraciones al respecto:

- ✓ Se encuentra probado en el expediente que el Agente Retenedor no cumplió con su obligación de presentar la declaración de autorretención en la fuente del mes de septiembre de 2015, de conformidad con el Decreto 2972 de 2013, fijó la fecha para su declaración y pago el 20 de octubre de 2014, conocido por el accionante.
- ✓ De la normativa que reglamentan el asunto, es claro que el accionante, en su calidad de gerente del Agente Retenedor tenía la obligación de presentar las declaraciones mencionadas, y su omisión deriva en su responsabilidad subsidiaria, oportunamente vinculado para tal efecto. Contrariamente a lo señalado por el apoderado de la parte actora, y pese a que no existe titulación de los conceptos de violación, se concretan a continuación con el objeto de demostrar que la Administración Tributaria profirió los actos administrativos acusados en observancia del ordenamiento jurídico aplicable, como se evidenciará:

6.1. Razones puntuales de la defensa

6.1.2. El señor Cristian Alexis Ducuara castaño es responsable de la presentación de la declaración de autoretención en la fuente del Cree de septiembre de 2014.

Con relación a este punto, señala el accionante que, cuando se profirió el emplazamiento para declarar, el señor Cristian Ducuara ya no estaba vinculado a la empresa y esta se encontraba en Proceso de Liquidación Judicial, por lo que materialmente y jurídicamente no era posible cumplir con la presentación y pago de la declaración referida, en razón a que,



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

ya no era mandatario o representante legal y aunque se tuviera la voluntad de presentar la declaración de autoretenención en la fuente - CREE aquí debatida, le fue imposible porque había sido desvinculado del RUT de la sociedad y su clave de firma electrónica para firmar las declaraciones ya había sido desvinculada.

Para el caso objeto de estudio la Administración Tributaria agotó el procedimiento establecido en los artículos 715, 716, 643 y 717 del Estatuto Tributario, y de acuerdo con la consulta realizada al servicio en línea de la DIAN Obligación Financiera, se comprobó que la sociedad no cumplió con el deber formal de presentar la declaración de retención en la fuente CREE por el período 9 (septiembre) del año gravable 2014 estando obligado a hacerlo por realizar operaciones en las cuales debió efectuarla por expresa disposición legal conforme lo dispuso la Ley 1607 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1828 del 27 de agosto de 2013, a la tarifa establecida mediante el Decreto 014 del 09 de enero de 2014.

El artículo 20 de la Ley 1607 de 2012 consagró el Impuesto Sobre la Renta para la Equidad - CREE, y en su artículo 37, estableció:

ARTÍCULO 37. FACULTAD PARA ESTABLECER RETENCIÓN EN LA FUENTE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD (CREE). El Gobierno Nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y la tarifa del impuesto, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dicha tarifa.

Así mismo, el mecanismo de retención establecida en el Decreto 862 de abril 26 de 2013 modificado con el Decreto 1828 del 27 de agosto de 2013 incorporado en el Decreto Único Reglamentario DUR 1625 de 2016 en su artículo 1.5.1.5.2 y 1.5.1.5.3 vigente para la época de los hechos consagró:

ARTÍCULO 1. 5. 1. 5.2. AUTORRETENCIÓN. A partir del 1º de septiembre de 2013, para efectos del recaudo y administración del impuesto sobre la renta para la equidad -CREE, todos los sujetos pasivos del mismo tendrán la calidad de autorretenedores. Para tal efecto, la autorretención de este impuesto se liquidará sobre cada pago o abono en cuenta realizado al contribuyente sujeto pasivo de este tributo, de acuerdo con las siguientes actividades económicas y a las siguientes tarifas. (Modificado por el artículo 1 del Decreto 014 de 2014)

(...)



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Para tal efecto, al momento en que se efectúe el respectivo pago o abono en cuenta, el autorretenedor deberá practicar la autorretención a título del impuesto sobre la renta para la equidad -CREE en el porcentaje aquí previsto, de acuerdo con su actividad económica principal, de conformidad con los códigos previstos en la Resolución 139 de 2012, modificada por la Resolución 154 de 2012, expedidas por la UAE. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y demás normas que la modifiquen o sustituyan.

No procederá la autorretención aquí prevista, sobre los pagos o abonos en cuenta que no se encuentran gravados con el impuesto sobre la renta para la equidad -CREE y que se restan de la base gravable de conformidad con el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012.

Parágrafo 1. Los autorretenedores por concepto del impuesto sobre la renta para la equidad -CREE, deberán cumplir las obligaciones establecidas en el Título II del libro Segundo del Estatuto Tributario y estarán sometidos al procedimiento y régimen sancionatorio establecido en el Estatuto Tributario.

ARTÍCULO 1.5.1.5.3. DECLARACIÓN Y PAGO. *Los autorretenedores del impuesto sobre la renta para la equidad - CREE deberán declarar y pagar las autorretenciones efectuadas en cada mes, en el formulario prescrito por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Los contribuyentes autorretenedores cuyos ingresos brutos a 31 diciembre de 2012 fueron iguales o superiores a 92.000 UVT deberán presentar la declaración mensual de retención en la fuente a título de CREE en las siguientes fechas, de acuerdo con el último dígito del NIT del autorretenedor, que conste en el Certificado del Registro Único Tributario (RUT), sin tener en cuenta el dígito de verificación, así:*

PARÁGRAFO 1o. *Los autorretenedores que cuenten con el mecanismo de firma digital estarán obligados a presentar las declaraciones de retenciones en la fuente por concepto del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, por medio electrónicos. Las declaraciones presentadas por un medio diferente, por parte del obligado a utilizar el sistema electrónico, se tendrán como no presentada.*

PARÁGRAFO 2o. *De conformidad con lo consagrado en los incisos primero y quinto del artículo 580-1 del Estatuto Tributario, el pago de la autorretención a título del Impuesto sobre la Renta para la Equidad - CREE, deberá hacerse a más tardar en la fecha del vencimiento del plazo para declarar señalado anteriormente, so pena de que la declaración no produzca efecto legal alguno.*

De acuerdo con lo dispuesto frente al Impuesto sobre la Renta para la Equidad -CREE, previsto en las obligaciones establecidas para los agentes de retención en el Título II del



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Libro Segundo del Estatuto Tributario, se remite a la normatividad que regula el tema, concretamente a las siguientes disposiciones del ordenamiento tributario, a saber:

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 dicta 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.

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.

De otra parte, respecto al período fiscal de la declaración de retención en la fuente CREE, la obligación de presentarla y su contenido, los artículos 604 a 606 señalan:

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.

Artículo 605. Quienes deben presentar declaración. A partir del mes de enero de 1988, inclusive, los agentes de retención en la fuente deberán presentar por cada mes, una declaración de las retenciones en la fuente que de conformidad con las normas vigentes debieron efectuar durante el respectivo mes, la cual se presentará en el formulario que para fa/ efecto señale la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales.

Artículo 606. Contenido de la declaración de retención. La declaración de retención en la fuente deberá contener. La discriminación de los valores que debieron retener por los diferentes conceptos sometidos a retención en la fuente durante el respectivo mes, y la liquidación de las sanciones cuando fuere el caso.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo probado en el expediente, la sociedad no cumplió con la obligación formal de presentar la Declaración de Auto Retención en la



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Fuente CREE del período 9 (septiembre) del año gravable 2014, por tanto se hizo necesario a determinar la obligación impositiva con base en el balance de prueba y de los libros auxiliares de retención en la fuente del mes de diciembre de 2015 allegado por la sociedad con escrito radicado en esta Dirección Seccional de Grandes Contribuyentes, así mismo entregó copia de los balances de prueba de las cuentas : "5 Gastos, "6 Costos" y "4 ingresos", "1355 anticipo de impuestos o contribuciones de saldos a favor", "2365 retención en la fuente periodo 9 de 2014 .

Analizada la documentación se evidenció que la sociedad obtuvo ingresos producto de la actividad principal: "4115 Explotación Minas y Canteras" y practicó autorretención CREE, conforme lo establecen los artículos 1,2,3 y 4 del Decreto 014 del 9 de enero de 2014, que define el sujeto pasivo, bases y tarifas de autorretención en la fuente. Con la información considerada en los actos aquí demandados, vistos como prueba contable válida para determinar la obligación tributaria sustancial a cargo de la investigada conforme lo prevé el artículo 772 del Estatuto Tributario la Contabilidad se constituye en prueba siempre que se lleven en debida forma.

Así mismo esta información goza de presunción de veracidad de conformidad con lo establecido en el artículo 746, y es considerado un hecho confesado de acuerdo con lo consagrado en el artículo 747 del Estatuto Tributario que indican: ARTÍCULO 746. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Se consideran ciertos los hechos consignados en las Declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, siempre y cuando que, sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija.

ARTÍCULO 747. HECHOS QUE SE CONSIDERAN CONFESADOS. La manifestación que se hace mediante escrito dirigido a las oficinas de impuestos por el contribuyente legalmente capaz, en el cual se informe la existencia de un hecho físicamente posible que perjudique al contribuyente, constituye plena prueba contra éste. Contra esta clase de confesión sólo es admisible la prueba de error o fuerza sufridos por el confesante, dolo de un tercero, o falsedad material del escrito contentivo de ella.

Por lo tanto, entre los principales deberes y obligaciones formales consagrados legalmente se encuentra la presentación de declaraciones tributarias a cargo de contribuyentes, responsables y agentes de retención en la fuente, tales como la declaración anual del impuesto sobre la renta y complementarios, la declaración anual de ingresos y patrimonio, la declaración del impuesto sobre las ventas, la declaración de Autorretención en la fuente de CREE, las que se presentarán en los formatos o formularios que prescriba la Dirección General de Impuestos Nacionales que para el caso concreto se realiza por vía electrónica.



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

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 ingresos⁷.

Así lo señaló el Juzgado Treinta y Nueve Administrativo del Circuito Bogotá D.C., al resolver un asunto con similitud en este aspecto, expediente No. 11001 33 37 039 2021 00017 00 Demandante: GUILLERMO RAMÍREZ Demandado: DIAN, indicando:

(...) 11.2.13. En cuanto al pago de la declaración, tampoco es correcto afirmar que a pesar de las dificultades económicas de la sociedad para realizar el pago al momento de la declaración mensual, no hubo detrimento patrimonial porque dichos valores no fueron descontados de la declaración anual, puesto que la norma indica con claridad que la declaración debe ser presentada con pago total. Mal haría la entidad, y sería aún más inadecuado, presentar una declaración anual descontando valores sobre los que no realizó pago alguno (...)

En materia tributaria esta obligación reviste enorme trascendencia y cobra pleno vigor respecto a la forma como debe actuar la Administración y como deben proceder los sujetos destinatarios de los deberes y obligaciones fiscales, entre ellos la presentación de las declaraciones tributarias, precisando la doctrina y la jurisprudencia que en este campo su aplicación no es de carácter absoluto sino relativo en atención a la forma como se manifieste la conducta desplegada y consecuencias que de ello se deriven.

Adicionado a lo anterior al omitir la presentación y pago de la declaración de Autorretención en la fuente de CREE, la demandante genera una sobrecarga a la actividad de la Administración Tributaria, al igual que incumple con el fin constitucional de colaborar con las cargas y finanzas públicas del estado, conducta que la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado al decir:

(...) En ese orden de ideas, la sanción administrativa que se impone a quien incumple el deber constitucional de tributar (C.P. art. 95 ord 9º) goza de ciertas prerrogativas en beneficio de la administración, toda vez que esa facultad es un instrumento que permite la realización de la naturaleza misma del Estado, de tal forma que los derechos y garantías de los ciudadanos se atenúan o matizan en relación con las garantías máximas del derecho penal. Además, no se puede olvidar que uno de los principios que gobiernan el sistema tributario es el de eficiencia, según el cual el Estado debe recaudar los impuestos con el menor costo administrativo posible, a fin de que la cantidad de dinero retirada a los contribuyentes sea casi la misma que la que entra al tesoro del Estado, por lo cual,

⁷ Sentencia C 102 del 11 de marzo de 2015, M.P.: Gloria Stella Ortiz



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

los procedimientos sancionatorios tributarios deben ser ágiles y lo menos onerosos posibles, con el fin de potenciar el recaudo y disminuir los costos del mismo. En efecto, sería absurdo que componentes importantes de los ingresos fiscales se destinaran a financiar los costos de los procesos administrativos y judiciales creados para asegurar el cumplimiento de los deberes tributarios. Finalmente, en general es razonable suponer que ha actuado de manera dolosa o negligente quien ha incumplido un deber tributario tan claro como es la presentación de la declaración tributaria en debida forma, por lo cual resulta natural considerar que la prueba del hecho -esto de la no presentación de la declaración- es un indicio muy grave de la culpabilidad de la persona. Por consiguiente, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas en caso de no presentación de la declaración tributaria son de orden monetario, que el cumplimiento de este deber es esencial para que el Estado pueda cumplir sus fines, y conforme al principio de eficiencia, la Corte considera que una vez probado por la administración que la persona fácticamente no ha presentado su declaración fiscal, entonces es admisible la ley presuma que la actuación ha sido culpable, esto es, dolosa o negligente. (...)

En este sentido, ante la omisión del agente retenedor en cumplir con su función pública de recaudar y entregar a la Administración Tributaria los dineros correspondientes, estaría incurso en el tipo penal consagrado en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) el cual dispone:

(...) Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

PARÁGRAFO. *El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de*



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado. (...)

Así las cosas, la declaración y pago de la retención en la fuente se constituye en un deber formal derivado de la obligación tributaria principal y debe hacerse efectiva en un tiempo y lugar determinado, el cual recae en el responsable directo del deber.

Por lo anterior se concluye que el agente retenedor vulneró la confianza que el Estado depositó en él, para recaudar dineros fiscales. Al igual que lesiona la confianza de quien paga el tributo cuando es objeto de la respectiva retención en la fuente y; limita el actuar del Estado mismo pues no puede contar con la fuente de financiación el día esperado. Es necesario mencionar que en el proceso sancionatorio que derivó en la imposición de la sanción por no declarar a la sociedad en liquidación y la vinculación del mandatario general como deudor subsidiario, tenemos las siguientes normas:

“Artículo. 715. - Emplazamiento previo por no declarar. *Quienes incumplan con la obligación de presentar las declaraciones tributarias, estando obligados a ello, serán remplazados 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”⁸.

“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”⁹.*

Art. 717. Liquidación de aforo. Agotado el procedimiento previsto en los artículos 643, 715 y 716, la Administración podrá, dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar, determinar mediante una liquidación de aforo, la obligación tributaria al contribuyente, responsable, agente retenedor o

⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 624. (30, marzo, 1989). Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Diario Oficial n.º 38.756.

⁹ Ibídem, artículo 716.



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

declarante, que no haya declarado.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, señalo lo siguiente:

“la falta de presentación de la declaración tributaria a que está obligado el particular renuente a hacerlo, después de haber sido conminado a ello mediante un emplazamiento, da lugar a dos procedimientos administrativos diferentes pero relacionados: por una parte, la imposición de una sanción por no declarar; y por otra, la expedición de una liquidación oficial de aforo. Así lo ha sostenido esta Corporación: (...)

Conviene recordar que la omisión de presentar la declaración tributaria es el hecho que sirve de fundamento para iniciar dos actuaciones administrativas, una para imponer la sanción y otra para formular liquidación de aforo.

De manera que, si el contribuyente decide no declarar, la administración puede iniciar la actuación administrativa prevista para imponer la sanción por no declarar y, posteriormente, la prevista para formular la liquidación de aforo, en ambos casos, previo emplazamiento para declarar”¹⁰ (Subrayado es nuestro).

De manera que, si el contribuyente decide no declarar, la administración puede iniciar la actuación administrativa prevista para imponer la sanción **por no declarar y, posteriormente, la prevista para formular la liquidación de aforo, en ambos casos previo emplazamiento para declarar**». (Subrayado es nuestro)

En el caso sub lite, la administración corroboró mediante consulta de la obligación financiera realizada (fol.72), que el agente retenedor no presentó la declaración de autorretención en la fuente de - CREE del periodo 9 del año 2014, debido a esto, se profirió el emplazamiento para declarar n.º 900011 del 20 de junio de 2018, fue oportunamente notificado tanto a la sucursal, como a su liquidadora y al accionante, como bien quedó demostrado en el expediente.

Así las cosas, queda demostrado que se surtió en debida forma el procedimiento sancionatorio una vez se evidenció que la declaración no había sido presentada, así mismo, que el señor Ducuara Castaño fue oportunamente vinculado como deudor subsidiario.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia (18 de octubre de 2018), expediente n.º 22535, C.P. Milton Chaves García.



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Ahora bien, es necesario recordar las normas de representación legal y responsabilidad subsidiaria. Al respecto, el artículo 572 del ET, es unívoco al imponerles la carga de cumplir los deberes formales de las sociedades en los siguientes términos:

“Artículo 572. - Representantes que deben cumplir deberes formales. Deben cumplir los deberes formales de sus representados, sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas:

c) Los gerentes, administradores y en general los representantes legales, por las personas jurídicas y sociedades de hecho. Esta responsabilidad puede ser delegada en funcionarios de la empresa designados para el efecto, en cuyo caso se deberá informar de tal hecho a la administración de impuestos y Aduanas correspondiente”¹¹.

“Artículo 573. - Responsabilidad subsidiaria de los representantes por incumplimiento de deberes formales. Los obligados al cumplimiento de deberes formales de terceros responden subsidiariamente cuando omitan cumplir tales deberes, por las consecuencias que se deriven de su omisión”¹².

De la normativa en comento, es evidente que el señor Ducuara Castaño, en su calidad de gerente del agente retenedor tenía la obligación de presentar la declaración mencionada y su omisión deriva en su responsabilidad subsidiaria.

Es en razón a lo manifestado, el argumento presentado por el demandante no procede por cuanto los actos administrativos fueron expedidos en cumplimiento de las normas pertinentes conforme a la obligación que debía ser cumplida en el mes de diciembre del año 2015, época en la cual el señor CRISTIAN DUCUARA, fungía como representante legal.

No existe una norma que exima de responsabilidad a los gerentes o representantes legales por dicha situación. Agregando que, en materia de atribuciones, la regla general supone que el representante legal tiene facultad para celebrar y ejecutar todos los actos y contratos propios del objeto social. Esto quiere decir que, en principio, tiene capacidad plena de disposición y decisión en relación con todos los asuntos referidos al normal funcionamiento de la sociedad.

En particular, frente a la omisión de la obligación de presentar las declaraciones tributarias conviene tener presente que esta es una conducta que persiste en el tiempo. Es decir, la

¹¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 624. (30, marzo, 1989). Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Diario Oficial n.º 38.756.

¹² Ibidem, 573.



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

condición de omiso está vigente durante todo el periodo comprendido entre la fecha del vencimiento del plazo para declarar y la fecha en que se cumpla la obligación o se imponga la sanción por no declarar y de manera posterior se profiera la Liquidación Oficial de Aforo, la cual es objeto de discusión en este proceso.

Ahora, es procedente mencionar que el tema de la legitimidad del señor DUCUARA CASTRO para demandar los actos administrativos por la cual se profiere Liquidación Oficial de Aforo, por no presentar la declaración de Autoretencción en la fuente del CREE correspondiente al periodo 09-2014 solo podría solicitar la nulidad parcial de los actos administrativos a nombre propio, esto, en la parte que compromete su responsabilidad personal y patrimonial.

6.1.3. Los valores no hacen parte de las obligaciones incluidas por la Dian en la masa de acreencias pendientes de pago de la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia en Liquidación (declaración de autorretencción en la fuente – CREE del mes de septiembre del año 2014).

Sobre este punto, es necesario aclarar que en el presente caso no nos encontramos frente a un proceso de cobro coactivo, sino de imposición de la sanción por no declarar, en la medida en que se identificó y aceptó por la parte accionante que el agente retenedor no cumplió con su obligación de presentar la declaración de auto retención en la fuente - CREE del periodo 9 del año 2014.

Es así como, el objeto del presente proceso no es, aún, el cobro de una obligación, como ya se dijo, en este proceso no se están exigiendo sumas pendientes de pago, apenas se están conformando los títulos ejecutivos que en fecha posterior servirán para ello.

En tal sentido, estamos en la etapa de la constitución de un título ejecutivo que, una vez agote todas las instancias de discusión administrativa y/o judicial, sirva de soporte para el cobro de la sanción impuesta. En tanto en el proceso de imposición de sanción apenas se está adelantando el trámite para la constitución de un título ejecutivo, no hay lugar al cobro de obligación alguna.

Por tanto, en la medida que a la fecha del trámite de presentación de créditos aún no existía título ejecutivo susceptible de ser presentado como una obligación exigible, es por ello por lo que el argumento del accionante resulta incoherente pues no se puede presentar lo que no existe jurídicamente. Esto sin perjuicio de que el liquidador, atendiendo las obligaciones que le son propias, verifique si la entidad se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones formales.



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Desde otra perspectiva, la presente discusión está circunscrita a los elementos que configuran la conducta sancionable y el procedimiento utilizado para la imposición de la sanción por no declarar.

Sobre el pronunciamiento de la Superintendencia la misma se abstuvo de emitir respuesta de fondo sobre las pretensiones del accionante a través del derecho de petición y a cambio puso «(...) *en conocimiento de la liquidadora el referido memorial para que se pronuncie al respecto (...)*», luego las afirmaciones allí expuestas son simples opiniones que, como se dejó explicado, riñen con el sistema legal colombiano y las obligaciones propias de los representantes legales en materia tributaria.

Son estas razones suficientes para solicitar a la honorable jueza que se deniegue las pretensiones de la demanda.

6.1.4. La Dian debió intentar primeramente solicitar el cumplimiento de la obligación al obligado principal, es decir, a la sociedad Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia o los representantes legales posteriores al señor Ducuara, o a la liquidadora del proceso de liquidación judicial, antes de intentar vincularlo, lo cual constituye una clara y evidente violación del debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política.

En el caso que nos ocupa, se encuentran acreditados los siguientes hechos: 1. La calidad de agente auto retenedor en la fuente - CREE de la sucursal. 2. La omisión en la presentación de la declaración de autorretención en la fuente - CREE periodo 9 de 2014 por parte del agente retenedor.

En aras de preservar el debido proceso y derecho a la defensa del apadrinado del demandante, y en consideración con las amplias facultades probatorias determinadas por la ley, está probado en los antecedentes administrativos las actuaciones desplegadas por la administración y los fundamentos utilizados con observancia en la normativa vigente, las cuales sustentaron la vinculación del señor DUCUARA CASTRO como responsable subsidiario de la sucursal TRAYECTORIA OIL & GAS SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, por la obligación formal de declarar en cabeza del antes mencionado como representante legal para la época de los hechos.

De acuerdo con los artículos 382 y 605 del ET, el agente retenedor tiene la obligación de presentar la declaración de autoretenciones en la fuente - CREE correspondiente al mes de enero de 2016. Veamos:

“Artículo 382. - Obligación de declarar. Los agentes de retención en la fuente deberán presentar declaración mensual de las retenciones que debieron efectuar



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

durante el respectivo mes, de conformidad con lo establecido en los artículos 604 al 606, inclusive”¹³.

“Artículo 605. Quienes deben presentar declaración. *A partir del mes de enero de 1988, inclusive, los agentes de retención en la fuente deberán presentar por cada mes, una declaración de las retenciones en la fuente que de conformidad con las normas vigentes debieron efectuar durante el respectivo mes, la cual se presentará en el formulario que para tal efecto señale la Dirección General de Impuestos Nacionales”¹⁴.*

Así las cosas, se encuentra probado en el expediente que el agente retenedor no cumplió con su obligación de presentar la declaración de autorretención en la fuente del mes de septiembre de 2014, el artículo 35 del Decreto 2972 de 2013, fijó la fecha para su declaración y pago el 20 de octubre de 2014, el cual, a la fecha, no se ha realizado y aspecto no fue debatido en sede administrativa.

Por otra parte, el artículo 643 del ET, determina la consecuencia por la omisión del cumplimiento de la obligación en la presentación de la declaración de autorretención en la fuente, que consiste en la imposición de una sanción que se tasa de acuerdo con los criterios allí establecidos.

“Artículo 643. – Sanción por no declarar: *Los contribuyentes, agentes retenedores o responsables 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 periodo 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”¹⁵.

Así pues, este proceso obedece únicamente a la imposición de la sanción por no declarar, una vez acreditados los supuestos legales y de hecho que configuran la conducta sancionable.

¹³ Ibidem, artículo 382.

¹⁴ Ibidem, 605.

¹⁵ Ibidem, 643.



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

No sobra recordar que, el mismo apoderado del señor Ducuara acepto que entre el año 2010 y hasta el 2016, lapso que incluye el periodo que da origen a la obligación aquí sancionada, ejerció como mandatario general, así mismo, que el señor Ducuara desempeño funciones como gerente de operaciones y gerente general, de igual manera, que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la compañía citada, el señor Ducuara Castaño, en su calidad de mandatario general de la sociedad estaba expresamente facultado para firmar, presentar y corregir todas las declaraciones de impuestos nacionales, departamentales, distritales y municipales, pagar y solicitar y obtener aplicaciones o devoluciones de impuestos a favor de la compañía y responder oficios, requerimientos o emplazamientos de oficinas o autoridades tributarias o de impuestos y suministrarles informaciones y documentos.

Igualmente, también se acepta que la declaración de autoretención en la fuente CREE del mes de septiembre del año 2014 no fue presentada, por tanto, la imposición de la sanción se encuentra justificada y atiende al marco legal que orienta la actuación administrativa bajo estudio.

Es así como, se debe establecer la diferencia entre el proceso sancionatorio, el proceso de aforo y el proceso de cobro. Mientras que el proceso sancionatorio se concreta en acreditar la obligación omitida, individualizar al responsable y tasar la sanción; el proceso de aforo tiene un propósito diferente, que corresponde a la determinación oficial de la obligación sustancial.

En el caso de las autoretencciones en la fuente - CREE, el proceso de aforo debe identificar las operaciones sujetas a autoretención y la tarifa correspondiente en cada caso. El procedimiento de aforo es diferente y posterior al proceso sancionatorio por omisión de la obligación de presentar la declaración tributaria.

Un tercer tipo es el proceso de cobro que está regulado en título aparte en los artículos 823 y siguientes del ET, y supone la existencia de un título ejecutivo debidamente ejecutoriado y exigible.

“Artículo 828. - Títulos ejecutivos. Prestan mérito ejecutivo:

3. Los demás actos de la Administración de Impuestos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijen sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional.

4. Las garantías y cauciones prestadas a favor de la Nación para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

5. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, que decidan sobre las demandas presentadas en relación con los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales¹⁶” (Negrillas añadidas).

Para los efectos de este análisis el título ejecutivo puede ser la resolución que impone la sanción por no declarar, o en otro caso la liquidación de aforo.

Si, por ejemplo, se trata del cobro de una resolución que impone una sanción por no declarar, este acto administrativo debe estar en firme por agotamiento de la discusión en sede administrativo e incluso la eventual discusión en sede jurisdiccional.

Para el caso en concreto, sobre el asunto considerado por el apoderado, sobre solicitar primeramente el cumplimiento de la obligación a la sucursal o representantes legales posteriores al señor Ducuara, se reitera lo dicho en primer punto de debate del presente escrito, en relación con las obligaciones propias de los representantes legales en materia tributaria.

Para tal efecto, están los artículos 572 y 573 del Estatuto Tributario, que señala los deberes formales a cumplir por parte de los representantes de las sociedades, estableciéndolo como una responsabilidad subsidiaria por su incumplimiento, por las consecuencias que se deriven de su omisión, sin que exista violación del debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Responsabilidad en cabeza del señor Ducuara Castaño, en su calidad de gerente del agente retenedor que tenía la obligación de presentar la declaración mencionada, no de sus sucesores, toda vez que la conducta sancionable se presenta durante el periodo comprendido entre la fecha del vencimiento del plazo para declarar y la fecha en que se debía cumplir la obligación, tiempo en el que fungía con tal atributo, en razón a que esta es una conducta que persiste en el tiempo, con la claridad que la sucursal Trayectoria Oil & Gas Sucursal Colombia en Liquidación, es la obligada principal.

Es así como, los argumentos presentados no lo eximen de las consecuencias legales como lo es su responsabilidad subsidiaria, responsabilidad subsidiaria que se predica en su condición de gerente general del agente retenedor. En tal sentido, el artículo 572 del ET, es claro al imponer a las personas que ostenten este cargo la carga de cumplir los deberes formales de la sociedad que representan, no obstante, fue incumplida en este caso.

¹⁶ Ibidem, 828.



Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

El cumplimiento de las obligaciones formales se encuentra definido en la ley, como quedó ilustrado en el presente acto. En tal sentido, no es de recibo pretender que la administración establezca procedimientos que la ley no prevé y que fueron desatendidos por el señor Ducuara Castaño, menos aún que se quiera señalar que en los actos impugnados se violó el debido proceso.

Así las cosas, es palmario que en el sub-lite, se cumplieron los requisitos necesarios para imponer la sanción por no declarar y vincular al señor Ducuara Castaño como responsable subsidiario; lo cual resulta suficiente para declarar la legalidad de los actos proferidos dentro del proceso sancionatorio, y que hoy son demandados ante su Despacho.

6. Oposición a la condena en costas procesales

En el escrito de la demanda solicita el apoderado del contribuyente que se condene en costas y agencias en derecho a mí representada. Al respecto, se precisa que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

De esa manera, y al no haber duda de que en el presente asunto lo discutido hace referencia a un interés público, en tanto se discute, además de la legalidad de una sanción tributaria, la manera en que los responsables de obligaciones tributarias deben cumplir con sus deberes formales, no es procedente la aplicación de las costas solicitadas.

Sin embargo, si el Honorable Despacho dispone que lo aquí discutido no hace referencia a interés público alguno, me permito hacer las siguientes precisiones:

La remisión normativa realizada por el artículo en mención debe entenderse que hace referencia a la disposición del Código General del Proceso, en tanto que dicha regulación procesal es aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa en su integridad a partir del 1 de enero de 2014, tal y como lo dispuso el Auto de unificación de 25 de junio de 2014 expedido por el Honorable Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. MP: Enrique Gil Botero. Exp. 49.299.

En ese sentido, el artículo 365 de dicho Código dispone entre otras cosas, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

Pareciese que la redacción del artículo 188 del C.P.A.C.A., al remitir el trámite de la condena en costas a lo dispuesto en el Código General de Proceso, varió la concepción que traía el artículo 171 del C.C.A., el cual disponía, expresamente, que dicha condena en

Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

costas se podía imponer teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, para ahora determinar que la misma depende de un criterio puramente objetivo, el cual es, ser vencido en juicio.

Sin embargo, esa concepción va en contravía de principios superiores, especialmente los de acceso a la administración de justicia y gratuidad. Por tal motivo, se considera que lo razonable es que se analice en el presente caso la actuación de mi representada tanto en sede administrativa como judicial para deducir si es procedente o no la condena en costas.

Lo expuesto encuentra fundamento con el criterio gramatical de interpretación ya que la acepción “disponer” que utiliza el artículo 188 del C.P.A.C.A., no conlleva a una imperiosa condena en costas para la parte vencida en el proceso, sino a un análisis fáctico y jurídico que conlleve a ella.

De ser así, lo procedente es concluir que la condena en costas solicitada por la demandante no es procedente como quiera que la actuación desplegada por la Administración de Impuestos Nacionales se ha ajustado a las reglas normativas analizadas con anterioridad y no ha ejecutado ninguna acción temeraria o desleal que permitan concluir la procedencia de la condena solicitada.

Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que en consideración a que el numeral 9° del artículo 95 de la Constitución Política establece como uno de los deberes de los ciudadanos el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del estado dentro de conceptos de justicia y equidad, debe entenderse que la política fiscal del estado se encamina, conforme a su poder tributario, a hacer efectivos los fines y cometidos estatales a través del recaudo de expensas constitutivas de impuestos, tasas y contribuciones.

En ese sentido, toda vez que el recaudo no comporta un ingreso privado, sino que se constituye como verdaderos recursos públicos, éstos se destinan a la satisfacción de intereses generales que permitan, la satisfacción de los fines y cometidos estatales y en últimas del bien común. En ese sentido, como el recaudo tributario comporta un interés común, general y público, y que la controversia que aquí se presenta es tributaria, se concluye que en el presente proceso no es procedente la imposición de las costas solicitadas por el actor.

7. Solicitud reconocimiento costas procesales a favor de la entidad.

Con fundamento en lo previsto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 361, 365 y 366 del CGP en lo relacionado con las erogaciones a título de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho, esta última como los gastos que la entidad incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro del trámite judicial, comedidamente se eleva la presenta solicitud, toda vez que en lo

Expediente: 11001 33 37 041 2022 00061 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

relacionado a las agencias en derecho es evidente que por su naturaleza las mismas se causan por el simple hecho de comparecer como parte al proceso judicial, lo cual se documenta en las actuaciones que obran en el expediente del proceso.

Por lo expuesto, que será ampliado y fundamentado en las siguientes etapas procesales, solicito respetuosamente al Honorable Juez, que una vez analizadas las pruebas que obran en el expediente y los argumentos de hecho y de derecho expuestos, no acceder a las pretensiones de la demanda y se declare que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, y en consecuencia deniegue en su totalidad las suplicas de la demanda.

Con base en los anteriores argumentos, solicito al Honorable Despacho negar la solicitud de condena en costas realizada por la demandante.

8. Petición

A partir de lo expuesto, es claro que los actos demandados fueron proferidos con observancia del ordenamiento jurídico aplicable. Contrario a lo señalado en la demanda, no se vulneraron derechos ni preceptos normativos, razones suficientes para declarar su legalidad. Por esto, solicito respetuosamente al honorable juzgado declarar que los siguientes actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho: Liquidación Oficial de Aforo No. 900032 de 25 de julio de 2019 emitida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN. - Copia de Resolución No. 3864 de 13 julio de 2, en los que se vinculó como deudor subsidiario a este proceso, al señor Ducuara Castaño, quien fuere el representante legal de la sociedad para el periodo en que ocurrió la omisión.

En consecuencia, solicito que se denieguen en su totalidad las súplicas de la demanda, una vez sean analizadas las pruebas que obran en el expediente y los argumentos de hecho y de derecho expuestos, que serán ampliados y fundamentados en las siguientes etapas procesales.

9. Pruebas

En cumplimiento de lo previsto en el parágrafo 1 del Artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, en la oportunidad legal respectiva, a través de correo electrónico del 10 de abril de 2023, la Dian remitió copia auténtica del expediente contentivo de los antecedentes administrativos de las actuaciones objeto del proceso mencionado en el epígrafe, en las que se expidieron los Actos Administrativos Liquidación Oficial de Aforo No. 900032 de 25 de julio de 2019 emitida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas



Expediente: 11001 33 37 041 **2022 00061** 00
Demandante: Cristian Alexis Ducuara Castaño
Demandado: DIAN

Nacionales DIAN. - Copia de Resolución No. 3864 de 13 julio de 2020. Por lo tanto, solicito que sean tenidos en cuenta como prueba en el presente proceso.

10. Derecho

Fundamento mis peticiones en la facultad consagrada en los artículos 172, 175 y 199 del CPACA y en el Artículo 612 del Código General del Proceso.

11. Personería

De manera atenta, solicito a la honorable jueza reconocirme personería para actuar en el presente proceso, en representación de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

12. Documentos anexos

- Poder otorgado con las formalidades de ley, junto con los anexos que demuestran la capacidad para actuar de quien lo otorga y de quien lo recibe.

13. 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-Portal Web-Servicios a la Ciudadanía-opción de Notificaciones Judiciales, en el correo electrónico notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co y cgiraldog@dian.gov.co.

Atentamente,

CLAUDIA CRISTINA GIRALDO GALLO

C.C. 24.367.043 de Aguadas

T.P. 110 094 del C.S. de la J

Apoderada de la UAE Dian