



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA SEGUNDA DE ORALIDAD
MAGISTRADA PONENTE: PILAR ESTRADA GONZALEZ (E)

Medellín, ocho (8) de julio de dos mil trece (2013)

Referencia:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – IMPUESTOS-
Demandante:	CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES ACTUAL S.A.S.
Demandado:	DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
Radicado:	05 001 23 33 000 2013 00462 00
Asunto:	Niega medida cautelar de suspensión provisional.

La sociedad Consultorías y Construcciones Actual S.A.S., en ejercicio del medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, solicito la suspensión provisional de los efectos de la resolución No. 112412011001130 del 24 de octubre de 2011 y la de la Resolución No. 900.133 del 28 de noviembre de 2012.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante en el escrito de solicitud de medida cautelar¹, solicito la suspensión provisional de los efectos de la resolución No. 112412011001130 del 24 de octubre de 2011 y la de la Resolución No. 900.133 del 28 de noviembre de 2012, argumentando que según el artículo 638 del Estatuto Tributario, el pliego de cargos realizado el 15 de marzo de 2011 fue emitido de manera extemporánea por cuanto la declaración de renta del periodo durante el cual ocurrió la irregularidad se realizó el 24 de abril de 2008 y el pliego de cargos fue emitido por la entidad el 15 de marzo de 2011.

Por otro lado, manifiesta la parte demandante que mediante las resoluciones demandadas se le impuso la sanción máxima prevista en el artículo 55 de la ley 6 de 1992, quebrantando así los principios constitucionales tales como el de la proporcionalidad de las penas, la equidad y la justicia.

También señala que las resoluciones impugnadas violan el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política,

¹ Folio 26 y 27

por cuanto fueron emitidas en un proceso que no debía seguirse por que operaba la prescripción en la oportunidad para sancionar y porque asegura la parte demandante, "no existía lesión alguna producida por la DIAN, en la medida en que la entidad no menciona ni probó que la omisión de la contribuyente le significó un menor impuesto o evasión por parte de la contribuyente y por parte de terceros"

II. CONTESTACION AL TRASLADO DE LA MEDIDA DE SUSPENSION PROVISIONAL

El día 14 de junio de 2013, fue notificada la admisión de la demanda y el traslado de la solicitud de medida cautelar a la parte demandada, al ministerio público y a la agencia nacional para la defensa jurídica del estado.²

La demandada Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- no se pronunció sobre la solicitud de suspensión provisional.

III. CONSIDERACIONES

En este proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la parte accionante que se declare la suspensión de la resolución No. 112412011001130 del 24 de octubre de 2011 y la de la Resolución No. 900.133 del 28 de noviembre de 2012.

Respecto a la suspensión provisional como medida provisional dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, determina la procedencia de las medidas cautelares ante la jurisdicción contencioso administrativo solicitada en el auto admisorio de la demanda o en escrito separado debidamente sustentada, con el objeto que el proceso y la efectividad de la sentencia.³

² Folios 101 y 102

³ Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Respecto al contenido y alcance de las medidas cautelares dispone el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que éstas pueden ser preventivas, conservativas y anticipativas o de suspensión y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones.

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la suspensión provisional debe fundamentarse en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice por separado, cuando la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud⁴.

Las medidas cautelares se deben someter a la parte Segunda, Título V, Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011. Para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en este caso la suspensión provisional de las resoluciones No. 112412011001130 del 24 de octubre de 2011 y la de la Resolución No. 900.133 del 28 de noviembre de 2012, se debe ajustar a los contenidos del artículo 231 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo y de lo contencioso Administrativo que refiere a que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá:

- 1) Por **violación de las disposiciones invocadas en la demanda o**
- 2) **En la solicitud que se realice en escrito separado**; además que
- 3) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente,

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio".

⁴ En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

desde esta instancia procesal – cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.**

En esta norma autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: **1º) realizar análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y **2º) que también pueda estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

El Consejo de Estado⁵ ha indicado que, en la regulación establecida en el Código de Procedimiento Administrativo, y de lo Contencioso Administrativo la institución de la suspensión provisional de los actos administrativos **permite que el juez, previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo el análisis de la sustentación de la medida y estudie las pruebas**, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Capítulo XI Medidas Cautelares-procedencia), conforme al cual: "*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación, con el fin que el decreto de la medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado, de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba. Partiendo de este análisis, el Tribunal procede a decidir respecto de la suspensión provisional solicitada:

El juez decretará la medida cuando la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con el escrito, pues desde ya se anuncia que de las pruebas aportadas al proceso no vislumbran motivos razonadamente fundados para decretar la medida provisional, pues de las mismas

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente (e): Susana Buitrago Valencia, 13 de septiembre de dos mil doce (2012), Radicado número: 11001-03-28-000-2012-00042-00

se desprende que según el artículo 638 del Estatuto Tributario se establece:

"(...)cuando las sanciones se impongan en resolución independiente, deberá formularse el pliego de cargos correspondiente, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se presentó la declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio, del período durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable o cesó la irregularidad, para el caso de las infracciones continuadas."

Teniendo en cuenta la resolución 12690 del 29 de octubre de 2007 en su artículo 18 el cual establece:

Plazos para presentar la información. Para la entrega de la información solicitada en la presente Resolución, deberá tenerse en cuenta el último dígito del NIT del informante cuando se trate de un Gran Contribuyente o los dos últimos dígitos del NIT del informante cuando se trate de una persona jurídica y asimilada o de una persona natural, y suministrarse a más tardar en las siguientes fechas:

(...)PERSONAS JURÍDICAS Y ASIMILADAS Y PERSONAS NATURALES:

<i>Fecha</i>	<i>Últimos Dígitos</i>
<i>Marzo 25 de 2008</i>	<i>01 a 05</i>
<i>Marzo 26 de 2008</i>	<i>06 a 10</i>
<i>Marzo 27 de 2008</i>	<i>11 a 15(...)</i>

El consejo de estado respecto al tema ha manifestado⁶:

"(...) También ha sostenido que si la infracción se vincula a una determinada vigencia fiscal, es ese período el que debe tomarse como parámetro para la actuación administrativa⁷. Por ende, el término para ejercer la facultad sancionatoria se inicia a partir de la fecha de presentación de la declaración de renta correspondiente al período gravable en el que se enmarcó la sanción. Dicha conclusión se desprende del artículo 638 del Estatuto Tributario, conforme al cual cuando la irregularidad se relaciona con un determinado período fiscal, el pliego de cargos debe notificarse dentro de los dos años siguientes a la

⁶ Sentencia del 17 de julio de 2008, consejero ponente Hector J. Romero Diaz

⁷ Entre otras, ver sentencias de 29 de mayo de 1998, expediente 0050 y de 7 de febrero de 1997, expediente 8080, Consejero Ponente doctor Julio Enrique Correa Restrepo y de 17 de noviembre de 2005, expediente 13804.

fecha en que se presentó la declaración de renta o de ingresos y patrimonio del período durante el cual ocurrió la infracción o cesó la misma, si es de carácter continuado.

Pues bien, en el caso sub júdice se observa que la sanción por no enviar información se impuso mediante **resolución independiente y se vinculó al año gravable 1997**, como consta en el pliego de cargos (folio 8 c.ppal), la resolución sanción (folios 28 a 39 c.ppal.), y la resolución que resolvió la reconsideración, en donde se lee que la sanción se propuso e impuso por no enviar información del año gravable 1997.

Es evidente, entonces, que los actos administrativos demandados se encuentran vinculados a una vigencia fiscal específica, cual es el año 1997 y que el período durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable fue 1997, pues, no se presentó información relacionada con dicho período fiscal, independientemente de que el plazo para presentar la información venciera en 1998. En consecuencia, con fundamento en el artículo 638 del Estatuto Tributario, el pliego de cargos debía notificarse a la actora dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de la declaración de renta del período 1997.

Dado que la declaración de renta por el año 1997 fue presentada el 13 de mayo de 1998 (folio 48 c.a.), los dos años para notificar el pliego de cargos vencían el 13 de mayo de 2000; como el pliego fue notificado el 9 de junio de 2000 (folio 8 vto.c.ppal), resultó extemporáneo, pues ya la Administración había perdido competencia para sancionar a la actora por irregularidades relativas al año 1997.

Con base a lo ya explicado cabría señalar que la Sociedad demandante debido a que su Número de Identificación Tributaria NIT termina en 8, tendría que haber presentado la declaración de renta del año gravable 2007 el día 26 de marzo de 2008, pero solo la presentó el día 24 de abril de la misma anualidad, es por esto que los 2 años, para poder presentar el pliego de cargos, se contaría a partir de la declaración de renta del año en que ocurrió la irregularidad, esto es a partir de la fecha en que la

sociedad presentó la declaración de renta del año gravable 2007 y como el día en que se presentó fue el 24 de abril de 2008, el termino para que la Dian expidiera la resolución de pliego de cargos era hasta el 24 de abril de 2010.

No obstante lo anterior, también advierte el despacho, que el Consejo de Estado ha dicho que para establecer el término de prescripción de la facultad sancionatoria prevista en el artículo 638 del Estatuto Tributario, y para el caso de las sanciones que se establezcan en resoluciones independientes, debe tenerse en cuenta el año en que ocurrió la irregularidad sancionable y no la vigencia fiscal investigada, esto significaría en materia de términos, que si la omisión se presentó en el año 2008 (momento en el que se presentó la declaración de renta subjudice) y la declaración de renta de ese año se debió presentar en el año 2009, los dos años a que hace referencia la norma empezarían a correr a partir de esta última fecha.

Así las cosas, si el contenido de la norma enunciada admite como interpretación posible el hecho de que los 2 años se cuenten a partir de la declaración de renta del año durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable, independientemente de que se trate de reporte de la información del año gravable 2007; considera el despacho que la violación de la norma jurídica superior no podría predicarse, a fin de decretar la medida cautelar peticionada, de un simple análisis del acto demandado y la norma jurídica superior como tampoco de las pruebas allegas con la solicitud.

Por otra parte dada la solicitud de restablecimiento del derecho incoado por el actor, evidencia el despacho que el artículo 829 del estatuto tributario establece:

"EJECUTORIA DE LOS ACTOS. Se entienden ejecutoriados los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo:

- 1. Cuando contra ellos no proceda recurso alguno.*
- 2. Cuando vencido el término para interponer los recursos, no se hayan interpuesto o no se presenten en debida forma.*
- 3. Cuando se renuncie expresamente a los recursos o se desista de ellos, y*
- 4. Cuando los recursos interpuestos en la vía gubernativa o las acciones de restablecimiento del derecho o de revisión de impuestos se hayan decidido en forma definitiva, según el caso.*

En vista de que el despacho ya admitió la presente demanda, y que por ende las resoluciones demandadas emitidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN no se encuentran ejecutoriadas, no se crea para la Sociedad demandante un perjuicio que surja dentro del trámite de este proceso -al no decretar la suspensión provisional de dichas resoluciones- por cuanto hasta que los actos administrativos no estén ejecutoriados no prestan mérito ejecutivo y por tanto, no puede hacerse su cobro coactivo.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 231 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, luego de analizar las anteriores situaciones y del estudio de las pruebas allegadas, se desprende que no es procedente el decreto de las medidas solicitadas en virtud de lo anteriormente expuesto, por lo tanto no se accederá a la solicitud de medidas cautelares increpadas por la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA SEGUNDA DE ORALIDAD,

RESUELVE:

No acceder a la solicitud de medidas cautelares solicitadas por la parte demandante, sociedad CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES ACTUAL S.A.S. en el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho – impuestos -, en la presentación de la demanda.

NOTIFÍQUESE

**PILAR ESTRADA GONZÁLEZ
MAGISTRADA (E)**