



JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Referencia: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicación: 11001 33 37 042 **2017-00155-00**
Accionante: KONTACTO AMERICAS SOLIDARIA PREOPERATIVA
Accionado: UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN

La sociedad KONTACTO AMERICAS SOLIDARIA PREOPERATIVA, actuando por intermedio de apoderado, promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecida en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA (Ley 1437 de 2011), contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN.

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia.

PARTES

Demandante: KONTACTO AMERICAS SOLIDARIA PREOPERATIVA identificado con NIT 900.064.491-2, actuando por intermedio de apoderados.

Demandada: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

OBJETO

Declaraciones y condenas:

La parte actora solicita se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- (i) Resolución de Devolución y/o Compensación No. 62829000511081 de marzo 23 de 2016.
- (ii) Resolución 002221 del 04 de abril de 2017 por medio del cual se resuelve el recurso de reconsideración confirmando la resolución recurrida.

Así mismo, pide a título de restablecimiento:

Ordenar a la DIAN la devolución de la suma de CIENTO ONCE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL PESOS (\$111.576.000), a favor de KONTACTO AMERICAS SOLIDARIA PRECOOPERATIVA, originado en el impuesto a las ventas correspondiente al año gravable 2013, periodo tres (3), liquidado en la declaración presentada con el formulario No. 3009610761141 del 22 de diciembre de 2015 más los intereses corrientes y de mora, en los términos previstos en el artículo 863 del Estatuto Tributario.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

1. Que KONTACTO AMERICAS SOLIDARIA PRECOOPERATIVA, presentó oportunamente la declaración de Impuesto de Ventas del año gravable 2013, tercer cuatrimestre, con declaración No. 3009610761141, de fecha 22 de diciembre de 2015, con un saldo a favor por valor de CIENTO ONCE

MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE (\$111.576.000).

2. Que desde el 28 de enero de 2014, la actora, por intermedio de su representante legal y de la contadora de la entidad, inicia el trámite de solicitud de devolución y/o compensación del IVA, presentando 10 solicitudes fracasadas hasta el 24 de febrero de 2016, debido a problemas y fallas frecuentes de la plataforma virtual de la DIAN al cargar documentos.
3. Que el 30 de Noviembre de 2015 la DIAN comunica a la actora que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 de la ley 962 de 2005, la corrección aparece con valor activo en el renglón No. 84.
4. Que el 29 de diciembre de 2015, la actora presentó nuevamente ante la DIAN la solicitud de devolución y/o compensación No. 108001211671, del saldo a favor originado en el impuesto de ventas del año 2013, por concepto de retenciones de IVA.
5. Que el 27 de enero de 2016, la DIAN expidió el Auto *inadmisorio*, número de formulario 12257000392043, de la solicitud de devolución y/o compensación No. 108001211671, porque la declaración objeto de solicitud mencionada en el formato 010 bajo el numero 3009610761141 no se encuentra en obligación financiera como VALIDA/ ACTIVA, por error en los servicios informáticos de la DIAN, dado que no cumple con los requisitos del Art. 589 del Estatuto Tributario.
6. Que el anterior auto fue notificado el 1 de febrero de 2016, fecha en que se recibió por intermedio de la empresa de correo interrapiísimo.
7. Que en el auto se concedió a KONTACTO un mes para subsanar los errores e inconsistencias de la solicitud.

8. Que el mismo día de recibido, 1 de febrero de 2016, la señora ITALIA SERRATO, Representante Legal de KONTACTO, acudió a la DIAN a solicitar la activación del formulario para subsanar los errores, teniendo en cuenta que la comunicación enviada por la DIAN el 30 de noviembre de 2015, confirmaba la activación del formulario.
9. Que el funcionario Jesús David Rodríguez, le suministró a la actora una hoja donde describe: se reporta "inconsistencia en ventas 2013-3. Toda vez que la declaración 3009610740207- obligación 1002130009922908 se encuentra en asunto cerrado, sin embargo no afecta la obligación ya que registra error de procesamiento, se requiere con urgencia solución puesto que el contribuyente está tramitando solicitud de devolución."
10. Que igualmente el funcionario manifiesta que se debe solicitar el formato FT-RE-2154, para diligenciarlo.
11. Que con el número de radicación 603090 (01-02 2016-pm 3:13 EXTE). se presenta el formulario FT-RE-2154, el 01 de febrero de 2016, donde se solicita colocar como ACTIVO el formulario No. 3009610761141. Igualmente que el siguiente tramite, según el funcionario, era esperar a que la DIAN diera respuesta al formato.
12. Que en el piso tercero de la DIAN, en devoluciones, una funcionaria de nombre Silvia, atendía a la actora y le informaba a quién dirigirse.
13. Que ante estas inconsistencias, la actora llamó en varias oportunidades a los teléfonos de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, en donde no le daban solución a los problemas de la página web de la entidad.
14. Que el 8 de Febrero de 2016-15-1934, se imprimió un soporte de consulta financiera y el formulario No.3009610761141 aparece no válida.

15. Que el 9 de febrero de 2016, la DIAN le envía a la actora comunicación, informando que aun la declaración no está activa en los siguientes términos: *"Al respecto le informo que este despacho efectuó la revisión correspondiente y pudo establecer que la declaración de corrección identificada con el número de formulario 3009610740207 del 19-10-2015, NO está afectando el estado de cuenta del contribuyente, toda vez que registra error de procesamiento; generando a su vez, inconsistencia en el estado de la declaración 3009610761141 del 22-12-2015, Así las cosas, se reportó el caso a Soporte técnico de la obligación financiera mediante PST 211683 de fecha 8 de Febrero de 2016."*
16. Que en la misma comunicación afirman que: "dado la anterior quedamos a la espera de que el área competente gestione dicho documento para que afecte el estado de cuenta del contribuyente en debida forma".
17. Que la anterior comunicación fue suscrita por la Doctora MARIA DEL PILAR BARBOSA JIMÉNEZ, Jefe del Grupo Interno de Trabajo Control Obligaciones de la División de Gestión de Recaudo.
18. Que el día 11 de febrero de 2016, en la DIAN le informaron al actor que elaborara una carta redactando todo el proceso de la solicitud de corrección del formulario No. 3009610761141 y lo subiera con todos los documentos de la nueva solicitud de Devolución, porque la DIAN no había activado el formulario.
19. Que después de varios intentos en diferentes días, la actora no pudo montar al sistema la solicitud, y el 16 de febrero de 2016, se intentó montar nuevamente, pero el sistema reportó en la parte superior: *"El Estado 56829231 del asunto 201681130100006211 no es consistente con el actual estado en gestión de expedientes. Y (16-02-2016/ 5:45.55] java sd SQLExpedition: El estado 56829231del asunto 201681130100005211 no es consistente con el actual estado de gestión de expedientes."*

20. Que en varias oportunidades la actora, a través de sus representantes, acudió directamente a la DIAN, para que les informaran qué había pasado con el trámite, y la respuesta era que tenían que esperar a recibir la información, porque aún no aparecía activa; que la mayoría de veces fue atendida por el Sr. Ferney Ortiz Monsalve.
21. Que contrario a lo afirmado en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, se hicieron consultas telefónicas a las líneas 5462200 y 6059830, para ver si le podían ayudar montando nuevamente el proceso de solicitud de devolución y siempre daban la misma respuesta, (que tocaba esperar).
22. Que el 24 de Febrero de 2016, después de insistir en dos oportunidades más, la solicitud fue recibida por el sistema, con el número de formulario 10800128555, se continuó con el proceso de Solicitud de Devolución, se hicieron todos los pasos se firmó y apareció RECIBIDO.
23. Que se revisó en dos oportunidades y no aparecía nada pendiente, pero cuando la actora llamó a la DIAN, esta señaló que faltaba algo de documentos. Que al acudir directamente a las instalaciones de la DIAN, se le señaló a la actora volviera en ocho (8) días porque el sistema estaba caído y no se veía nada.
24. Que el 1 de marzo de 2016, cuando la actora revisó como aparecía la radicación del 24 de Febrero de 2016, mostraba el archivo b 4413122 - 34b6- 4d00 -b 248_ 89d8c25bde63, y procedió a llamar a la DIAN y la funcionaria que contestó dijo que no sabía nada y que fuera dentro de 8 días, porque el sistema tenía problemas.
25. Que nuevamente la actora acude al punto de servicio de la DIAN y le señalan que debe volver a firmar la solicitud, lo cual hizo y quedó con nuevo radicado con fecha 8 de marzo de 2016.

26. Que la DIAN, mediante resolución de Devolución y/o compensación, número de formulario 62829000511081, resuelve rechazar en forma definitiva la solicitud de devolución del saldo a favor del IVA, porque la corrección de errores informados en el acto *inadmisorio*, se presentó de manera extemporánea, muy a pesar de que la actora hizo todas las gestiones necesarias para que la página web aceptara la radicación

Fundamentos jurídicos:

- **Artículos 29 y 863 de la Constitución Política.**
- **Artículos 815-1, 850, 851, 857, 858 Estatuto Tributario**

Concepto de violación:

1. *Nulidad por imposibilidad, con causa atribuible a la administración, de corregir en tiempo la solicitud de devolución y/o Compensación inadmitida*

Indica la demandante que la administración de impuestos procedió en contra del principio de eficacia tributaria, debido a los problemas y fallas técnicas del sistema electrónico de la DIAN. Así, considera que la extemporaneidad en la presentación de las correcciones realizadas para subsanar la causal de inadmisión de la solicitud de Devolución, se atribuye a la misma entidad demandada y no al administrado.

Ello lo sustenta debido a que si bien el día 24 de febrero de 2016 el sistema *recibió* la radicación de la corrección de la solicitud de devolución, debido a lo que considera una errada asesoría por parte de funcionarios de la DIAN, volvió a firmar la corrección el día 8 de marzo de 2016 y por tanto esta fue la fecha de radicación de la misma; sin embargo, para este momento había ya vencido el término otorgado para subsanar, al tenór del artículo 858 ET.

2. *Nulidad por tardía expedición del auto que inadmite la solicitud de devolución de saldos a favor.*

Argumenta el demandante que la DIAN le vulneró el debido proceso, debido a que incumplió el término de 15 días previsto por el artículo 858 ET para proferir auto *inadmisorio*.

1.1.2. OPOSICIÓN

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-

Sobre las pretensiones de la demanda:

Solicita se nieguen las suplicas de la demanda y se confirmen los actos administrativos censurados, por encontrarse ajustados plenamente a la legalidad.

Sobre los hechos de la demanda:

Manifiesta el extremo pasivo de la *litis* que los fundamentos fácticos son ciertos, con excepción de los numerados 2, 7 y 10 al 24, pues no le constan.

Al respecto, precisa que no se recibieron reportes de fallas técnicas por parte de otros contribuyentes que radicaron solicitudes de devolución en las mismas fechas. Igualmente que según la Jefe del área de Devoluciones, no hay registro de llamadas del contribuyente al Grupo de Trabajo.

También precisa que cuando la corrección de la solicitud queda formalizada, en el reporte aparece la marca de agua RADICADO, sin embargo que cuando aparece la leyenda RECIBIDO, aún no se ha culminado el proceso de radicación.

Finalmente, que de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 2277 de 2013, el asunto abierto con fecha de 24 de febrero de 2016, se debió cerrar el día 02 de marzo de 2016.

Ahora bien, respecto de los siguientes hechos se manifestó negando su certeza:

Hecho 3: De acuerdo con la Resolución 57 de 2014, a partir del 014 de abril de 2014, todos los contribuyentes que cuentan con firma digital deben radicar sus solicitudes a través del Servicio Informático de Devoluciones.

Hecho 5: que el auto *inadmisorio* de enero 27 de 2016, señaló como causal de inadmisión que el agente retenedor ALVARO GAYON BURGOS no se encuentra inscrito en el RUT con calidad de agente retenedor, requisito establecido por el art. 1 del decreto 2277 de 2012.

Hecho 9: porque reitera no se recibieron reportes de fallas técnicas por parte de otros contribuyentes que radicaron solicitudes de devolución en las mismas fechas.

Hecho 30: que es parcialmente cierto pues la resolución 57 de 2014, modificó la resolución 151 de 2012, que fijó el procedimiento para la presentación de las solicitudes de devolución y/o compensación por saldos a favor generados en declaraciones de renta y ventas.

Sobre los cargos de la demanda:

Argumenta que, de acuerdo con lo informado por el Grupo Interno de Trabajo de Devoluciones de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, el actor no formalizó en tiempo la solicitud que empezó a gestionar el día 24 de febrero de 2016, pues esta quedó formalizada solo hasta el día 8 de marzo de 2016.

Precisa en este sentido que la reglamentación aplicable al procedimiento de devoluciones, indica que una vez diligenciada virtualmente la solicitud de devolución y/o compensación, debe concluirse el trámite dentro de los 5 días hábiles siguientes, anexando los documentos formales de la solicitud.

Añade que de acuerdo con la demanda y el recurso de reconsideración, es dable asegurar que el contribuyente conocía el procedimiento de presentación de solicitudes virtuales, debido a que había elevado solicitudes de este tipo respecto

de otros periodos gravables y porque manifestó tener conocimiento de las cartillas e instructivos publicados por la DIAN.

Igualmente que, según lo manifestado por la Coordinación de Devoluciones de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, no hay registro de llamadas telefónicas del contribuyente al GIT de Devoluciones.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. DE LA PARTE ACTORA:

Que de acuerdo con los antecedentes administrativos, los testimonios rendidos en audiencia de pruebas y las grabaciones de las llamadas telefónicas realizadas a la DIAN por parte de la actora, entre otras, está probado que el sistema de diligenciamiento virtual de solicitudes de la entidad demandada presentó múltiples fallas, que conllevaron a que al presentar la corrección de la solicitud de devolución el día 24 de febrero de 2016, el sistema no diera como respuesta *Radicado*, sino apenas *Recibido*.

Luego, considera que debe accederse a las pretensiones debido a que las razones de extemporaneidad en la subsanación de la solicitud son atribuibles a la DIAN y no al contribuyente.

1.3.2. DE LA PARTE DEMANDADA:

Que está probado que la demandante conocía cuál era el procedimiento previsto para elevar solicitudes de devolución, razón por la cual no es de aceptar que al diligenciar el formato de devolución, si el sistema informático daba la respuesta *Recibido*, el solicitante aun así considerara que había finalizado el proceso de *radicación*.

Igualmente que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, no está acreditado que en ninguna de las solicitudes presentadas por el contribuyente fueran impedidas por acción u omisión de la administración.

Finalmente, que de acuerdo con el informe de registro de llamadas telefónicas aportadas por ETB, no existe constancia de que el actor hubiese realizado múltiples llamadas a la DIAN, razón por la cual no es dable asegurar que se le brindó una errada orientación durante el curso de los procedimientos.

2. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICAS

Problema jurídico

Con el objeto de juzgar la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos de contenido particular demandados, deberán resolverse dos problemas jurídicos.

El primero de ellos, consiste en establecer si la presentación extemporánea de la solicitud de devolución del saldo a favor reflejado en la declaración del 3º bimestre de 2013 por el impuesto a las ventas del contribuyente Kontácto Américas Solidaria Precooperativa, es atribuible a acciones u omisiones de la administración tributaria, que impidieron al contribuyente la radicación de la solicitud dentro del término de que trata el artículo 858.

El segundo problema consiste en determinar si es causal de nulidad de los actos mediante los cuales se rechazó definitivamente la solicitud de devolución y se resolvió la reconsideración a este respecto, el hecho de que se haya incumplido el término de 15 días previsto por el artículo 858 ET, para proferir auto *inadmisorio* de la solicitud.

Tesis de la parte demandante:

La parte actora afirma que existieron problemas y fallas en la plataforma informática de la DIAN que habrían impedido el cargue oportuno de la solicitud de devolución subsanada tras haber sido inadmitida, razón por la cual la extemporaneidad es atribuible a la administración y no al contribuyente.

Igualmente sostiene que la DIAN le vulneró el debido proceso al contribuyente, debido a haber incumplido el término de 15 días previsto por el artículo 858 ET para proferir auto *inadmisorio* de la solicitud.

Tesis parte demandada:

Sostiene que no se acreditó probatoriamente que hubiese un fallo con el sistema informático de la DIAN que condujera a la radicación extemporánea de la solicitud de devolución del saldo a favor, reflejado en la declaración del 3º bimestre de 2013 por el impuesto a las ventas del contribuyente Contacto Américas Solidaria Precooperativa.

Tesis del despacho:

Sostendrá que, de acuerdo con los soportes probatorios obrantes en el cuaderno, está desvirtuado que la extemporaneidad en la presentación de las correcciones realizadas para subsanar la causal de inadmisión de la solicitud de Devolución, se atribuya a la misma entidad demandada y no al administrado. Igualmente que aun si hubiesen ocurrido inconvenientes técnicos en los servicios informáticos electrónicos dispuestos para presentar las solicitudes de manera virtual, los cuales tampoco están debidamente probados, dentro del plazo otorgado para subsanar la solicitud el contribuyente debía haber presentado la subsanación de manera presencial ante la Dirección Seccional de Bogotá.

También sostendrá que el proferir el auto *inadmisorio* de la solicitud de devolución, tras haber vencido el término de 15 días previsto por el artículo 858 ET, no es causal de nulidad de los actos que definieron la actuación administrativa, toda vez que el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso no se vio afectado puesto que el contribuyente tuvo la oportunidad para subsanar la solicitud y por tanto ejercer el derecho a la defensa.

3. CONSIDERACIONES

El control judicial de legalidad y constitucionalidad de la decisión mediante la cual la administración tributaria rechazó la solicitud de devolución del saldo a favor, reflejado en la declaración del 3º bimestre de 2013 por el impuesto a las ventas del contribuyente *Kontácto Américas Solidaria Precooperativa*, se efectuará a la luz de los dos cargos de la demanda.

El primero de ellos, consistente en el alegato de que existieron problemas y fallas en la plataforma informática de la DIAN que habrían impedido la formalización de la solicitud de devolución subsanada que tuvo lugar el día 24 de febrero de 2016. Aunado a ello, que con fundamento en una errada orientación brindada por funcionarios de la administración de impuestos, el contribuyente formalizó la solicitud solo hasta el día 08 de marzo de 2016, fecha para la cual había vencido el término otorgado para subsanar la solicitud de devolución previamente inadmitida.

Por su parte, como quedó descrito, la parte demandada manifestó que la razón del rechazo definitivo de la solicitud de devolución consistió en que el actor no formalizó en tiempo la solicitud que empezó a gestionar el día 24 de febrero de 2016, pues esta quedó formalizada solo hasta el día 8 de marzo de 2016.

En tal sentido, sostuvo que no es dable argumentar que la confusión del administrado al respecto de cuando una solicitud queda en estado "recibido" o en estado "radicado" no es del resorte de la Entidad, y que además el contribuyente conocía el procedimiento de presentación de solicitudes virtuales, debido a que

había elevado solicitudes de este tipo respecto de otros periodos gravables y porque manifestó tener conocimiento de las cartillas e instructivos publicados por la DIAN.

Así las cosas, a la luz de la fijación del litigio y del problema jurídico a resolver, el despacho advierte primero que el examen de los supuestos fácticos y procedimentales del caso, se debe limitar exclusivamente a lo atinente a la actuación administrativa iniciada por la solicitud de devolución del saldo a favor reflejado en la declaración del 3º bimestre de 2013 por el impuesto a las ventas del contribuyente Kontaktó Américas Solidaria Precooperativa.

Por esta razón, se encuentran al margen del caso las cuestiones atinentes a los problemas y fallos informáticos que adujo el contribuyente, en relación con las solicitudes de corrección de la declaración del impuesto a las ventas del 3º bimestre del año gravable 2013, toda vez que aun cuando de la lectura del expediente es palpable la ocurrencia de tales inconsistencias (f. 187 y reverso), estas no tienen relevancia para resolver el caso atinente a la solicitud de devolución.

Lo anterior en tanto no puede considerarse que, por probadas algunas fallas informáticas en la actuación de corrección de la declaración del impuesto a las ventas, se concluya también que se encuentran probadas las fallas del sistema ya dentro la actuación administrativa de devolución y/o compensación; ello no equivale más que una falacia lógica y redundaría en un error de razonamiento jurídico.

Es decir de lo anterior que, para resolver el pleito, el estrado deberá establecer únicamente si la presentación extemporánea de la solicitud de devolución del saldo a favor reflejado en la declaración del 3º bimestre de 2013 por el impuesto a las ventas del contribuyente Kontaktó Américas Solidaria Precooperativa, es atribuible a acciones u omisiones de la administración tributaria, que impidieron al contribuyente la radicación de la solicitud dentro del término procedimental.

Así pues, como se observa del expediente administrativo aportado por la demandada, esta solicitud fue presentada por el contribuyente como consecuencia de que había sido previamente inadmitida, mediante auto con número de formulario 12257000392043, del 27 de enero del 2016 (f. 43 y ss.)¹.

Como se lee, entonces, del numeral segundo de la parte resolutive, a la luz de lo regulado en el artículo 857 del ET², el contribuyente tenía un mes para subsanar los errores o deficiencias que causaron la inadmisión, presentando nueva solicitud de devolución en que se corrigieran las causales que dieron lugar a su inadmisión.

Como se ve a folio 44 del cuaderno, este auto inadmisorio fue notificado a través de servicio de mensajería especializada el día 1 de febrero de 2016, mediante la entrega de la copia del acto a notificar en la dirección informada por el contribuyente³. En tal sentido, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 857 del ET, el contribuyente podía presentar nueva solicitud a más tardar del día 1 de marzo de 2016, fecha en que vencía el mes siguiente a la notificación del auto *inadmisorio*.

Pues bien, el 24 de febrero de 2016, presentó el contribuyente nueva solicitud de devolución y/o compensación del saldo a favor reflejado en la declaración del impuesto a las ventas del 3º bimestre de 2013. Sin embargo, de esta solicitud, el sistema reportó "Recibido", lema consignado en marca de agua, tal como se ve a folios 199, y 200 del cuaderno.

Así las cosas, al momento de decidir de manera definitiva sobre la solicitud de devolución y/o compensación, la administración profirió el acto de rechazo del 23

¹ Según se lee de los actos censurados, la solicitud inicial fue presentada en tiempo, el día 22 de diciembre de 2015, con número de formulario 3009610761141 (f. 192, reverso).

² Indica el parágrafo 1 de la norma en mención:

PARAGRAFO 1o. Cuando se inadmita la solicitud, deberá presentarse dentro del mes siguiente una nueva solicitud en que se subsanen las causales que dieron lugar a su inadmisión.

Vencido el término para solicitar la devolución o compensación la nueva solicitud se entenderá presentada oportunamente, siempre y cuando su presentación se efectúe dentro del plazo señalado en el inciso anterior.

En todo caso, si para subsanar la solicitud debe corregirse la declaración tributaria, su corrección no podrá efectuarse fuera del término previsto en el artículo 588.

³ Sentencia del 7 de mayo de 2015, Exp.20422, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

de marzo de 2016, visible a folio 192 del cuaderno. La causal de rechazo se soportó en el numeral primero del artículo 857 ET⁴, consistiendo esta en radicación extemporánea debido a considerar la administración tributaria que la solicitud se presentó solo hasta el día 8 de marzo de 2016.

A este respecto, argumenta la demandada tanto en sede administrativa como en sede judicial que, si bien la nueva solicitud se presentó el día 24 de febrero de 2016, esta fue incompleta debido a que el contribuyente se abstuvo de formalizar la solicitud anexando los requisitos (f. 165 y 205). Así las cosas, que solo hasta la presentación del asunto N. 201681130100008950 de 08 de marzo de 2016, se dio formalización la presentación de la solicitud.

Ahora bien, el demandante afirma que de acuerdo con manifestaciones brindadas por vía telefónica el día 01 de marzo de 2016 por funcionarios de la DIAN, se le señaló que debía acudir a la entidad *en ocho días* para resolver el impase (f. 111, hechos 23 a 25). Así, relata el actor que acudió el día 08 de marzo de 2016 a la entidad, donde le señalaron que debía *volver a firmar*, razón por la cual solo hasta esta fecha la solicitud quedó formalmente radicada.

No obstante lo anterior, aun cuando de acuerdo con los registros de llamadas rendidos por ETB (folios 261-264), no se observan llamadas del día 01 de marzo de 2016 al número 6059830 - ASISTENCIA TELEFÓNICA DIAN-, sí se observa una llamada al número 2639451-ASISTENCIA TELEFÓNICA DIAN- (f. 263), con duración de 492 segundos.

Por su parte, de acuerdo con el CD contentivo de las grabaciones de llamadas telefónicas realizadas al Grupo Interno de Trabajo de Devoluciones, obrante a folio 243, el despacho encuentra dos grabaciones. La primera, atendida por el funcionario Christian Urrea, no puede corresponder a la comunicación telefónica

⁴ "ARTICULO 857. RECHAZO E INADMISION DE LAS SOLICITUDES DE DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 141 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente>: Las solicitudes de devolución o compensación se rechazarán en forma definitiva:

1. Cuando fueren presentadas extemporáneamente. [...]"

del día 01 de marzo a que hace referencia el apoderado de la actora, toda vez que del contexto de la llamada se advierte que para el momento de la conversación no había sido aún presentada la solicitud de devolución.

Por otro lado, tenemos el archivo correspondiente a la llamada atendida por la funcionaria Leidy Cárdenas, con duración de 392 segundos cual, en efecto, sí corresponde a la del 01 de marzo de 2016; ello, por cuanto el objeto de la llamada es precisamente que la señora Zaida Carolina Ruíz Serrato⁵, en representación del contribuyente solicitante, manifiesta que al haber presentado ya la solicitud de devolución y/o compensación del saldo a favor de IVA por 3º bimestre de 2013 el día 24 de febrero de 2016, pide le informen o aclaren la razón por la cual en el sistema informático de la DIAN, se le reporta al solicitante de la devolución un mensaje de alerta en el segmento *Asuntos*, señalándole que en la bandeja de entrada, en el acápite de "*actividades para clientes*" se observa una tarea para el representante consistente en "*anexar documentos formales para la solicitud de devolución y/o compensación con número 108001298555*".

Tras cierta espera en línea, la funcionaria que atiende la llamada le señala a la señora Ruiz que debe ingresar al aplicativo desde el perfil del Representante Legal, y validar en la página de "*otros servicios, en solicitud de devolución y/o compensación, y verificar uno por uno qué nos indica la DIAN, o sea, por qué nos aparece esa solicitud*". No obstante esta respuesta, pregunta la señora Ruíz "*¿a los cuántos días el asignan el caso a las personas del quinto piso?*", y al no obtener una respuesta inmediata, termina la llamada.

En este sentido, la aseveración contenida en el hecho 24 de la demanda [*El 1 de marzo de 2016, Cuando revisaron como aparecía la radicación del 24 de febrero de 2016, mostraba el archivo b 4413122 – 34b6- 4d00 –b 248_ 89d8c25bde63, y procedieron a llamar a ver que quería decir, la persona que contesto dijo que no sabía nada que fuera dentro de 8 días, porque el sistema tenía problemas. (Sic)*],

⁵ Asociada y Gerente de Mercadeo de la asociación contribuyente, que supervisa el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la asociación, quien así mismo rindió testimonio relatando de manera general el cumulo de dificultades que tuvo la demandante con el cumplimiento de las obligaciones tributarios y trámites ante la administración de impuestos en los años 2015 y 2016 (Folios 250 y 251).

no puede ser tenida como cierta, de acuerdo con las probatorias obrantes en el cuaderno y descritas con anterioridad.

Por el contrario, es claro que vía telefónica se le puso de presente a la señora Ruiz que el Representante Legal de la contribuyente debía verificar la solicitud de devolución debido a que el mensaje de tarea pendiente consistente en anexar documentos formales afectaba el éxito de la solicitud.

Ahora bien, advierte igualmente el despacho que esta comunicación tuvo lugar hasta el día 01 de marzo, es decir un día antes de que venciera el plazo otorgado por la ley para presentar la nueva solicitud de devolución.

En tal medida, no es dable argumentar que el haber acudido solo hasta el día 08 de marzo de 2016 para formalizar la solicitud, es atribuible a la administración, toda vez que el cumplimiento de plazos otorgados por ley para subsanar la solicitud es un imperativo jurídico que debe cumplirse por el contribuyente de acuerdo con el Ordenamiento, mas no con sustento en manifestaciones informales que en líneas de atención al cliente puedan ofrecer telefónicamente funcionarios de la administración; aun así, se reitera que, de acuerdo con los soportes probatorios, no puede tenerse por cierto que se le hubiese sugerido o aconsejado al solicitante esperar ocho días más para acudir a la entidad.

De esta manera, queda desvirtuado que la extemporaneidad en la presentación de las correcciones realizadas para subsanar la causal de inadmisión de la solicitud de Devolución, se atribuye a la misma entidad demandada y no al administrado.

En este orden de los supuestos fácticos que resultan relevantes para el caso, advierte ya el despacho que la devolución y compensación de saldos a favor, se encuentra prevista en el artículo 850 del ET:

ESTATUTO TRIBUTARIO:

“ARTICULO 850. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.

PARÁGRAFO 1º. Cuando se trate de responsables del impuesto sobre las ventas, la devolución de saldos originados en la declaración del impuesto sobre las ventas, solo podrá ser solicitada por aquellos responsables de los bienes y servicios de que trata el artículo 481 de este Estatuto, por los productores de los bienes exentos a que se refiere el artículo 477 de este Estatuto, por los responsables de los bienes y servicios de que tratan los artículos 468-1 y 468-3 de este Estatuto y por aquellos que hayan sido objeto de retención. [...]”

Ahora bien, la solicitud de devolución y/o compensación, ha sido reglamentada en el Decreto Nacional 1625 de 2016, Decreto Reglamentario 2277 de 2012, Decreto 2877 de 2013 y en la resolución 057 de 2014. De ello, resulta particularmente relevante al caso el artículo 22 del Decreto Reglamentario 2277 de 2012:

Artículo 22. Presentación de la solicitud de devolución y/o compensación y requisitos generales y especiales a través del servicio informático electrónico. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, definirá mediante resolución de carácter general los aspectos técnicos, condiciones y requisitos correspondientes a la presentación de las solicitudes de devolución y/o compensación, a través del servicio informático electrónico dispuesto para tal fin. La implementación del servicio informático electrónico podrá realizarse atendiendo los conceptos de devolución, las ciudades que lo deberán implementar y demás criterios que determine la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Quando la solicitud de devolución y/o compensación se realice de forma virtual deberá entregarse la totalidad de información exigida de conformidad con la normatividad vigente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al inicio del trámite virtual de la solicitud. De lo contrario el trámite iniciado virtualmente se cerrará automáticamente y el solicitante deberá iniciar uno nuevo.

Los términos establecidos en los artículos 855 y 860 del Estatuto Tributario, se empezarán a contar a partir del día hábil siguiente a la radicación de la solicitud en

debida forma y con el cumplimiento de los requisitos generales y especiales en forma virtual y/o física.

Parágrafo 1°. Cuando por inconvenientes técnicos no haya disponibilidad de los servicios informáticos electrónicos y, en consecuencia, el obligado no pueda cumplir con la presentación de la solicitud de devolución y/o compensación en forma virtual, dicha solicitud se podrá hacer en forma manual dentro del término legal y con el lleno de los requisitos que para el efecto determine la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

De acuerdo con la norma transcrita, la devolución de saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias de los contribuyentes o responsables del impuesto sobre las ventas podrán ser solicitadas con el lleno de los requisitos generales y específicos (Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria, Decreto No. 1625 del 11 de octubre de 2016, en sus artículos 1.6.1.21.13. y 1.6.1.21.15), más cuando se hace de manera virtual, deberá entregarse la totalidad de información exigida de conformidad con la normatividad vigente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al inicio del trámite virtual de la solicitud. Luego, sólo ante el cumplimiento de los requisitos generales y especiales de la presentación de la solicitud, se entiende surtida la radicación en debida forma.

Ahora bien, indica el parágrafo 1° del artículo 22 del Decreto Reglamentario 2277 de 2012 que, cuando por inconvenientes técnicos no haya disponibilidad de los servicios informáticos electrónicos y no se pueda cumplir con la presentación de la solicitud de devolución y/o compensación en forma virtual, dicha solicitud se podrá hacer en forma manual dentro del término legal y con el lleno de los requisitos que para el efecto determine la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Esta norma ha de interpretarse de manera concordante con el artículo 6 de la Resolución 151 de 2012, el cual prescribe que cuando el último día del término legal establecido para presentar la solicitud de devolución, por inconvenientes técnicos no haya disponibilidad de los servicios informáticos electrónicos y el solicitante no pueda radicarla, deberá presentarla ese mismo día acercándose a la Dirección Seccional competente.

En razón de lo anterior, concluye el Despacho que no solo quedó desvirtuado que la extemporaneidad en la presentación de las correcciones realizadas para subsanar la causal de inadmisión de la solicitud de Devolución, se atribuye a la misma entidad demandada por una errada asesoría al administrado; sino también que, aun si hubiesen ocurrido inconvenientes técnicos en los servicios informáticos electrónicos dispuestos para presentar las solicitudes de manera virtual, antes de finalizar el plazo de un mes otorgado para subsanar la solicitud, el contribuyente debía haber presentado la subsanación de manera presencial ante la Dirección Seccional de Bogotá.

Ahora, en virtud del ya citado numeral 1 del artículo 857 del Estatuto Tributario, el rechazo definitivo de las solicitudes procede cuando se presenta fuera del término legal. Luego, en una palabra, la decisión de rechazar definitivamente la solicitud de devolución de los saldos a favor de la contribuyente que demanda, se ajusta al ordenamiento jurídico superior.

No alza la cabeza, entonces, el argumento del actor, ya que no se acreditó probatoriamente que la extemporaneidad es atribuible una errada asesoría de la administración; tampoco se acreditaron problemas y fallas en la plataforma informática de la DIAN que habrían impedido el cargue virtual de la solicitud de devolución subsanada, ni se evidencian actuaciones del contribuyente tendientes a intentar la radicación presencial o física dentro del término de ley. Por tanto, las causas del incumplimiento al plazo le son atribuibles al contribuyente y no a la administración. Como se anticipó arriba, no prospera el primer cargo.

Ahora bien, pasa el despacho a estudiar el segundo de los cargos de la demanda. En este, sostiene el apoderado que la DIAN le vulneró el debido proceso al contribuyente debido a haber incumplido el término de 15 días previsto por el artículo 858 ET para proferir auto *inadmisorio* de la solicitud:

ARTICULO 858. AUTO INADMISORIO.

Cuando la solicitud de devolución o compensación no cumpla con los requisitos, el auto inadmisorio deberá dictarse en un término máximo de quince (15) días.

Cuando se trate de devoluciones con garantía el auto inadmisorio deberá dictarse dentro del mismo término para devolver.

Así, desde ya señala el despacho que la solución al cargo se debe proferir a partir de dos perspectivas jurídicas. La primera es que el vencimiento del término previsto por la norma no conlleva a la pérdida de competencia de la administración, por cuanto es un término perentorio que no preclusivo.

Como se ve, la regla legal plantea un término de 15 días como límite para proferir el auto que inadmite la solicitud; esto significa que aun vencido el plazo legal, la administración no pierde competencia para pronunciarse, debido a que la mora no comporta la invalidez del acto dictado fuera del término, ni tampoco prevé que vencido el término se presume que la solicitud es atendida o desatada favorablemente para el recurrente. Así se ha pronunciado al respecto la Sección Cuarta del Consejo de Estado:

“La Sala ha señalado que los plazos que se establecen en las normas son de dos categorías: (i) los preclusivos, cuyo vencimiento implica la pérdida de oportunidad para ejercer una competencia, facultad o derecho y, (ii) los perentorios, que en aceleran o tienen como fin agilizar la toma de decisiones o el ejercicio de facultades o derechos. Sobre este punto en particular, la Sala precisó que los términos perentorios son obligatorios, que denotan urgencia para realizar la acción exigida dentro del plazo. El incumplimiento de un plazo perentorio no invalida ni torna ineficaz lo realizado fuera del plazo, pero el sujeto incumplido queda obligado a asumir la responsabilidad por la mora, como cuando se pagan intereses por el pago a destiempo de un capital. Cosa distinta ocurre con los términos preclusivos, en la medida en que no sólo son obligatorios, sino que su incumplimiento conlleva las consecuencias de invalidar la acción realizada fuera del plazo.”⁶

Es en este sentido que se dice los términos de notificación del auto que resuelve la reposición, son sólo perentorios por tanto no comportan la nulidad por falta de competencia temporal.

En segunda medida, se tiene además que proferir el auto *inadmisorio* de la solicitud de devolución tras haber vencido el término de 15 días previsto por el

⁶ Sentencia de 03 de mayo de 2018, Exp. 2113520, C.P. Milton Chaves García.

artículo 858 ET no es causal de nulidad de los actos censurados por violación al debido proceso, toda vez que el núcleo esencial del derecho fundamental no se vio afectado, puesto que el contribuyente tuvo la oportunidad para subsanar la solicitud y por tanto ejercer el derecho a la defensa.

En este sentido, es menester atender lo que se ha comprendido como el debido proceso administrativo, señalando que supone su fuente lo consagrado en el artículo 29 de la Carta, por lo que es un derecho constitucional de aplicación inmediata y que ha sido desarrollado en términos del Derecho Administrativo en el numeral 1 del artículo 3 del CPACA.

Constitución Política:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Ley 1437 de 2011

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad,

participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al debido proceso administrativo precisando que el fin perseguido con el principio en comento es "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"⁷.

Aunado a lo anterior, ha señalado el Consejo de Estado⁸ que no cualquier irregularidad en el proceso comporta una causal de nulidad de los actos administrativos, precisando entonces que la prosperidad de la pretensión de anulación se encuentra sometida a que la vulneración del debido proceso sea grave, lo cual se determina estableciendo si con la actuación irregular de la administración se afecta el núcleo esencial del derecho fundamental:

"Conviene precisar que no toda irregularidad constituye causal de invalidez de los actos administrativos. Para que prospere la causal de nulidad por expedición irregular es necesario que la irregularidad sea grave pues, en principio, en virtud del principio de eficacia, hay irregularidades que pueden sanearse por la propia administración, o entenderse saneadas, si no fueron alegadas. Esto, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa."⁹

Adicional a todo lo dicho, para que se configure la violación al derecho fundamental al debido proceso también es menester que se haya afectado de manera relevante

⁷ Sentencia T-796 de 2006.

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, en providencia de veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 150012333000201300035 01

⁹ En ese sentido, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sentencia del 16 octubre de 2014. Radicación: 25000-23-27-000-2011-00089-01 (19611). Demandante: Alianza Fiduciaria S.A. Como Vocera Del Fideicomiso Lote Montoya. Demandado: Distrito Capital De Bogotá.

alguna de las garantías que componen ese derecho, esto es, el núcleo esencial de ese derecho, esto es: juez natural, defensa o forma”.

De manera que el cargo relativo a la falta de oportunidad legal de la expedición del auto inadmisorio de la solicitud de devolución y/o compensación, solo puede acarrear la nulidad de los actos demandados si con ello se hubiera vulnerado de manera grave el derecho fundamental al Debido Proceso, lo cual sucedería si se vieran afectados los elementos que componen su núcleo esencial.

No obstante, de acuerdo con que consta en los antecedentes administrativos obrantes a folio 299, se tiene por cierto que la compañía demandante tuvo la oportunidad de subsanar la solicitud y por tanto ejercer el derecho a la defensa, ya que además quedó demostrado que la falta de oportunidad de su subsanación solo le es atribuible a sí misma y no a la autoridad tributaria. Por tanto, el cargo relativo a la vulneración del debido proceso tampoco prospera.

En suma de todo lo anterior, siendo que ninguno de los cargos de nulidad elevados por el demandante tiene la vocación de prosperar, es inevitable que, en la parte resolutive de este fallo, previo a decidir sobre la condena en costas, se nieguen las pretensiones.

CONDENA EN COSTAS

Por otro lado, en lo atinente a la condena en costas y agencias del derecho, la sentencia habrá de disponer sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP¹⁰.

Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas¹¹, por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y se condenara exclusivamente en la medida en que se

¹⁰ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

¹¹ Artículo 365 del Código General del Proceso.

compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Sin embargo, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es una constante que se ventilen asuntos de interés público, razón por la cual habría lugar a suponer que no hay condena en costas. No obstante, según la Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 050012333000 2012 00490 01 (20508), Ago. 30/16 se indicó que la administración tributaria no está exonerada de la condena en costas por el mero hecho de que la función de gestión de recaudo de los tributos conlleve de manera inherente un interés público.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que:

- i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura;
- ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y;
- iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso (f. 147.).

Por tanto, se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo antes expuesto, el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE:

Primero: Negar las pretensiones de la demanda.

Segundo: Condenar en costas a la parte vencida.

Tercero: En firme esta providencia y hechas las anotaciones correspondientes, **archívese** el expediente, previa devolución de remanentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ

