

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD SIMPLE
Radicación: 11001-03-27-000-2013-00013-00 (20046)
Demandante: CAROLINA ROZO GUTIÉRREZ
Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES – U.A.E. DIAN

Temas: Recurso de reposición contra auto que ordenó remitir la demanda

Decide recurso de reposición

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra el auto del 25 de abril de 2014, que remitió la demanda al Tribunal Administrativo de Boyacá para que se tramite como medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

ANTECEDENTES

Actuación administrativa

El 5 de febrero de 2008, la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. ESP presentó la declaración de renta del año gravable 2007, en la que registró un saldo a favor de \$4.883.057.000 (hecho 5 de la demanda, f. 4).

El 11 de junio de 2008, la compañía presentó sin pago, entre otras, la declaración de retención en la fuente por el 5° periodo de 2008, por un valor de \$618.685.000, con la expectativa de ser compensada con el saldo a favor arrojado en la declaración de renta del año 2007 (f. 31 y hecho 7 de la

demanda). Para estos efectos, el 9 de marzo de 2009, la compañía presentó la solicitud de compensación respectiva (f. 36).

Mediante Resolución 6080113 del 20 de mayo de 2009, la DIAN decidió compensar las declaraciones de retención en la fuente de los periodos 8º a 12º de 2008 y 1º a 4º de 2009, pero dejó por fuera la compensación la obligación contenida en la declaración de retención en la fuente del periodo 5º de 2008.

El 20 de mayo de 2009, mediante recibos oficiales de pago, la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA pagó las retenciones registradas en la declaración de retención en la fuente del 5º periodo de 2008, más los intereses moratorios (ff. 32 a 34).

Mediante Auto Declarativo 202382009000004 del 20 de mayo de 2009, la DIAN tuvo por no presentada la declaración de retención del 5º periodo de 2008 presentada por la compañía demandante (f. 25 vto.), acto que no fue recurrido.

Resultado de lo anterior, mediante Resolución 202412010000106 del 30 de septiembre de 2010, la DIAN impuso a la compañía una sanción de \$650.463.000, por no presentar la declaración de retención en la fuente por el 5º periodo de 2008. Este acto fue confirmado en reconsideración, por la Resolución 900048 del 20 de octubre de 2011 (ff. 61 a 81).

El 5 de septiembre de 2012, mediante Resolución 202412012000002, la DIAN profirió liquidación de aforo por concepto de retención en la fuente por el 5º periodo de 2008 y determinó una obligación de \$618.685.000 (ff. 23 a 29). Este acto no fue objeto de recurso.

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad simple, previsto en el artículo 137 del CPACA (Ley 1437 de 2011), la señora CAROLINA ROZO GUTIÉRREZ, en nombre propio, solicitó la nulidad de la Liquidación Oficial de Aforo 20241201200002 del 9 de mayo de 2012, proferida por la DIAN a la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. ESP, por concepto de retención en la fuente por el 5º periodo del año gravable 2008, para lo cual solicitó (ff. 2 a 22).

La actora defendió la procedencia del medio de control de nulidad simple, bajo el argumento de que la demanda no persigue un restablecimiento del

derecho para la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA, ni la eventual nulidad del acto demandado genera automáticamente tal reconocimiento. Según lo explicó, el único propósito es que se ejerza un control de legalidad en abstracto.

Decisión recurrida

Al verificar el cumplimiento de los requisitos de la demanda, mediante auto del 25 de abril de 2014, este despacho decidió remitir el expediente por competencia al Tribunal Administrativo de Boyacá (ff. 132 y 135). A ese efecto, consideró que *«la situación jurídica contenida en el acto demandado estableció una obligación pecuniaria a cargo de un contribuyente y en favor de la DIAN»*, por lo que *«su eventual nulidad automáticamente generaría el restablecimiento del derecho patrimonial del afectado con dicha decisión, razón por la cual el medio de control de nulidad no es el adecuado, sino el de nulidad y restablecimiento del derecho»* (f. 134).

Recurso de reposición

La demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior (ff. 138 a 146). En concreto, insistió en que no se persigue un restablecimiento del derecho, ni la eventual nulidad del acto demandado generaría esa consecuencia jurídica, esto es, que no está buscando que se exima a la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. ESP del pago de la obligación determinada en la liquidación oficial de aforo. Explicó que únicamente pretende el control de legalidad en abstracto para que se declare que la obligación ya fue cubierta por la declaración de retención presentada por el periodo 5º de 2008.

Adicionalmente, manifestó que la situación económica de la compañía se mantendría igual, sin importar el resultado del control de legalidad que efectúe el Consejo de Estado, pues aun cuando el acto demandado estableció una obligación pecuniaria a su cargo por el 5º periodo de 2008, en todo caso, ese crédito fue cubierto con la declaración de retención en la fuente presentada por ese mismo periodo.

Agregó que, en el evento de que se desestimaran los cargos de la demanda, la DIAN no podría intentar el cobro de la obligación, porque la misma se había pagado antes de proferirse la liquidación de aforo.

Manifestó que la nulidad del acto demandado tampoco derivaría en la firmeza de la declaración privada, pues, por un lado, esta *«solo se producirá cuando se decida la controversia respecto a la presentación de la declaración»*, y,

por otro, el valor a pagar contenido en la declaración de retención, que la DIAN tuvo por no presentada, es igual al de la liquidación oficial de aforo.

Como soporte de lo anterior, trajo a colación las sentencias C-426 de 2002 y T-834 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo un breve análisis sobre la presunta ilegalidad de la liquidación de aforo, que justifica su nulidad.

Por lo anterior, solicitó que se revoque el auto del 25 de abril de 2014 y, en consecuencia, se avoque el conocimiento de la demanda de nulidad simple.

Surtido el traslado de la reposición, no hubo ningún pronunciamiento.

CONSIDERACIONES

1- El artículo 242 del CPACA señala que, salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

El auto del 25 de abril de 2014, que ordenó remitir por competencia el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá, no está comprendido dentro de los autos señalados en el artículo 243 *ibídem*, como apelables o de súplica. Por ende, es susceptible de reposición.

Asimismo, de conformidad con el artículo 125 *ib*, es competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, excepto las decisiones a que se refieren los numerales 1º a 4º del artículo 243 del CPACA, cuya competencia corresponde a la Sala.

En consecuencia, la competencia para conocer del recurso de reposición interpuesto por la demandante contra el auto del 25 de abril de 2014, es de ponente, toda vez que no corresponde a ninguna de las decisiones señaladas los numerales 1º al 4º del artículo 243 del citado código.

2- Por regla general, el medio de control de nulidad simple, previsto en el artículo 137 del CPACA, procede contra los actos administrativos de contenido general y tiene por objeto la defensa del orden jurídico en abstracto.

Este medio de control, que puede ejercerse en cualquier tiempo, también procede contra los actos administrativos de contenido particular y concreto, cuando: (i) con la demanda no se persiga o de la sentencia no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero; (ii) se trate de recuperar bienes de uso público; (iii) los

efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico, y (iv) la ley lo consagre expresamente.

En esos casos, la sentencia favorable solo restaurará el orden jurídico en abstracto, más nunca podrá producir el restablecimiento del derecho subjetivo que se hubiera afectado. De hecho, el artículo 137 prevé que, si se advierte que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, la demanda se tramitará conforme con las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.

En otras palabras, el restablecimiento del derecho subjetivo conculcado únicamente se obtiene mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que, por esencia, es el mecanismo establecido para controlar la legalidad de los actos administrativos de contenido particular y concreto y para disponer que el juez administrativo disponga el condigno restablecimiento del derecho subjetivo.

En efecto, dicho artículo establece que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y que se le restablezca el derecho conculcado. Al tiempo, podrá solicitar que se le repare el daño.

La nulidad de los actos administrativos de contenido particular procede por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo 137 *ibidem*, esto es, cuando los actos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Ahora bien, según lo prevé el inciso final del artículo 138 *ib.*, bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho también podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación del acto.

3- En el caso concreto, la demandante aduce que el medio de control de nulidad simple ejercido contra la Liquidación Oficial de Aforo 20241201200002 del 9 de mayo de 2012, no persigue el restablecimiento automático de un derecho subjetivo.

Igualmente, afirma que la eventual nulidad de este acto tampoco supondría instantáneamente tal reconocimiento, ya que, en su criterio, aun cuando en la liquidación de aforo se estableció una obligación pecuniaria por el 5° periodo de 2008, a cargo de la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. ESP, en todo caso, ese crédito fue cubierto con anterioridad, con el pago realizado a través de los recibos oficiales de pago asociados a la declaración de retención en la fuente presentada por ese periodo. Es decir, que la situación económica de la compañía se mantendría igual, sin importar el resultado del control de legalidad que efectúe el Consejo de Estado.

Es un hecho demostrado que la declaración privada de retención en la fuente invocada por la demandante (f.31), correspondiente al 5° periodo de 2008, se tuvo por no presentada por parte de la DIAN en los procesos de devolución (ff. 36 y 37, y 35 vto.), de determinación (ff. 23 a 30) y de sanción (ff. 38 a 43 y 61 a 81).

Precisamente, el tener por no presentada la declaración de retención en la fuente por el 5° periodo de 2008, fue lo que dio lugar a la liquidación oficial de aforo, demandada ahora en nulidad simple. Por ende, contrario a lo considerado por la actora, la eventual nulidad traería consigo el restablecimiento de un derecho subjetivo de la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. ESP, consistente en que se declare presentada una declaración tributaria.

Por último, el despacho no encuentra que, de la Liquidación Oficial de Aforo 20241201200002 del 9 de mayo de 2012, se derive un especial interés para la comunidad, ni que esté en riesgo el orden público, político, social o ecológico (que son los supuestos a que alude la parte final del artículo 137 del CPACA). Claramente, de la mencionada liquidación se desprende un interés individual exclusivo para la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. ESP, no para la comunidad en general.

En consecuencia, como se concluyó en el auto recurrido, la demanda contra dicha liquidación debe tramitarse bajo las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre que se acredite el cumplimiento de los presupuestos procesales de la acción y los requisitos de la demanda.

Se confirmará el auto del 25 de abril de 2014 de esta Corporación, pues la competencia para conocer del presente asunto, tanto por razón del territorio como por razón de la cuantía (\$618.685.000), radica en el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Por lo expuesto, el despacho

RESUELVE:

1. Confirmar el auto del 25 de abril de 2014, que remitió el presente asunto al Tribunal Administrativo de Boyacá (reparto).

Notifíquese y cúmplase.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ