



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCION QUINTA

**Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00574-00**

**Accionantes: COOPERATIVA DE MERCADEO AGROPECUARIO LIMITADA  
COMERCOAGRO**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN CUARTA Y OTROS**

**Acción de tutela - Fallo de primera instancia**

Procede la Sala a resolver la acción de tutela formulada por la Cooperativa de Mercadeo Agropecuario Limitada - Comercioagro en contra del Consejo de Estado – Sección Cuarta y el Tribunal Administrativo de Santander de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Solicitud

1.1. Mediante escrito presentado el 19 de enero de 2018<sup>1</sup>, en el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los Juzgados Civiles de Familia de Bogotá, el señor Héctor Julio Medina Téllez, obrando en calidad de representante judicial de COMERCOAGRO LTDA.<sup>2</sup>, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

<sup>1</sup> Folio 1 del expediente.

<sup>2</sup> Poder obrante a folio 13 del cuaderno principal. Dicho documento fue otorgado por el señor Jaime Alexander Araque Sarmiento quien es representante legal de la sociedad **COMERCOAGRO LTDA.**, tal como obra en el certificado existencia y representación legal que obra a folio 9 al 12 del expediente.



**1.2.** La Cooperativa accionante consideró vulneradas sus garantías con ocasión de la sentencia del 15 de noviembre de 2017, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado N° 68001-23-31-000-2012-00351-01 instaurado contra la Dirección de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga –DIAN-, por medio de la cual se revocó el numeral 1° de la sentencia de 14 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, para en su lugar, anular parcialmente la Liquidación Oficial de Revisión N° 042412011000005 del 1° de marzo de 2011 y la Resolución N° 900056 del 23 de marzo de 2012, expedidas por la Dirección Seccional de Impuestos de Bucaramanga, mediante las cuales se modificó la declaración del impuesto de renta presentada por COMERCOAGRO LTDA por el año gravable 2007 y se impuso una sanción, y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la demandada a realizar la liquidación del impuesto de renta por el año gravable 2007.

A título de amparo constitucional solicitó:

*“Muy comedidamente le solicito señor juez CONSTITUCIONAL DE TUTELA, DEJAR SIN EFECTO EL FALLO ATACADO, PARA QUE SE EMITA NUEVAMENTE Y SE VALORE CONFORME A DERECHO Y JUSTICIA.”<sup>3</sup>*

## **2. Hechos**

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

**2.1.** El señor Jaime Alexander, en su condición de gerente y representante legal de COMERCOAGRO Ltda. presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo No. 042412011000005 del 1° de marzo de 2011 por medio del cual se aplicó una sanción económica tributaria a la Cooperativa, por inexactitud dentro del expediente 20072010000033 del 1° de enero de 2010 por concepto de renta del año gravable

---

<sup>3</sup> Folio 7 del expediente.



2007 periodo 1, así como de la Resolución No. 900056 del 23 de marzo de 2012, el cual confirma la liquidación oficial de revisión anteriormente reseñada.

**2.2.** El proceso fue radicado con el número 68001-23-31-000-2012-00351-00 y le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Santander – Subsección de Descongestión, autoridad que en sentencia del 14 de noviembre de 2014 desestimó las pretensiones del medio de control, al encontrar que los cargos de nulidad que fueron elevados en contra de los actos administrativos proferidos por la DIAN no tenían vocación de prosperidad en tanto se demostró que estos estuvieron precedidos de un procedimiento administrativo que está regulado en el Estatuto Tributario en el cual se respetaron el lleno de las garantías procesales del contribuyente que fue investigado sin que se evidencie vulneración al debido proceso o de normas sustanciales como lo expuso la parte actora, es decir que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos enjuiciados.

**2.3.** Inconforme con la anterior decisión la parte actora la apeló al considerar que no se valoraron de manera integral las pruebas obrantes en el expediente. Así mismo manifestó que se debía dar aplicación al artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de que se tuviera en cuenta que, en el caso de la adición de los ingresos, el cliente más importante de la demandante era *“Sucesores de José de Jesús Restrepo”* el cual en la información exógena registró mayores valores pagados a la Cooperativa, lo cual podía presentarse por una equivocación del tercero en el registro de las facturas.

Lo anterior representaba una irregularidad la cual fue demostrada por la Cooperativa en la contabilidad de este cliente, pero el Tribunal de primera instancia no hizo la verificación o cruce de los soportes contables.

**2.4.** El recurso de alzada fue resuelto en sentencia del 15 de noviembre de 2017<sup>4</sup> por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual revocó el numeral 1º de la sentencia del 14 de

---

<sup>4</sup> Folio 88.



noviembre de 2014<sup>5</sup>, para en su lugar “*declarar la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de la Revisión No. 042412011000005 del 1 de marzo de 2011 y de la Resolución No. 900056 del 23 de marzo de 2012, expedidas por la Dirección Seccional de Impuestos de Bucaramanga, mediante las cuales se modificó la declaración del impuesto de renta presentada por COMERCOAGRO LTDA. por el año gravable 2007*” y confirmó en todo lo demás la providencia apelada, al estimar que:

*“...Luego, en el recurso de reconsideración, COMERCOAGRO LTDA., aportó una factura del año 2007 que expidió a Sucesores de Jesús Restrepo y Cía, por valor de \$4.151.988 en la que la cooperativa se descuenta el precio de venta, el 3% de la cuota de FEDECACAO \$210.412.*

*6.5. Para la Sala, es procedente que la cooperativa lleve la suma de \$210.329.813 como deducción de la cuota de fomento de cacaotero, toda vez que el pago de esa erogación se encuentra certificado por el agente retenedor de la cooperativa – Sucesores de Jesús Restrepo y Cía.*

*Ese documento soporta la deducción porque demuestra que COMERCOAGRO LTDA., asumió el pago del gravamen. Lo que se ratifica en la factura de venta que expidió la cooperativa al cliente Sucesores de Jesús Restrepo, en la que se verifica que aquélla se descontó del precio de venta el valor de la contribución.*

*Esa erogación no puede desconocerse por el hecho de que esos dineros no fueron reportados por FEDECACAO, porque la obligación de consignar la contribución ante esa entidad recaía sobre el agente retenedor, y no sobre la cooperativa.*

*6.6. Se mantiene el rechazo de los demás valores solicitados en deducción por la cuota de fomento de FEDECACAO, toda vez que el contribuyente no allegó los soportes de esa erogación”.*

### **3. Fundamentos de la vulneración**

La parte actora consideró que las autoridades judiciales accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al incurrir en defecto fáctico por no tener en cuenta algunas deducciones realizadas en la contabilidad por conceptos de pagos realizados directamente a FEDECACAO. En ese sentido indicó lo siguiente:

*“Ahora bien, nos preguntamos, el por qué nos rechazan las deducciones por valor de \$779.393.187, de FEDECACAO, cuando en la vía gubernativa se le solicitó a la DIAN, la inspección contable de la cooperativa quien es la afectada y la verificación o cruce de los clientes, como se puede constatar en el expediente de la demanda, solicitud que se hizo formalmente a la DIAN pues los clientes son renuentes a certificar, solo permiten que la DIAN verifique la contabilidad de ellos, únicamente, señores Magistrados,*

<sup>5</sup> “PRIMERO: DESESTIMAR las pretensiones de la demanda instaurada contra la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE BUCARAMANGA –DIAN- por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. Folio 35 vuelto.



*como se pudo observar, el cliente SUCESORES DE JOSE JESÚS RESTREPO – CASA LUKER S.A., fue el único que certificó que pagó a FEDECACAO \$210.329.813, por el año fiscal gravable 2.007, a nombre de la cooperativa, aceptación en la segunda instancia, por los honorables magistrados, en el consejo de estado (sic), pero los clientes restantes no fueron valorados por la DIAN, toda vez que no se dio cumplimiento a lo acordado en los artículos 745 a 785 del E.T., como medios de prueba, observando una flagrante violación al debido proceso.”<sup>6</sup>*

Así mismo, la tutelante puso de presente que en la vía gubernativa y en el proceso ordinario se alegó el reconocimiento de las deducciones por concepto de fomento hechas a FEDECACAO:

*“En el caso que nos referimos anteriormente, siempre se ha sostenido en la vía gubernativa y en el Tribunal que nuestros clientes adquieren el producto del cacao, proceden a descontarnos 3% de esta Cuota (sic) y a consignarlo directamente a FEDECACAO, para cumplir con lo establecido en el Art. 3, citado (de la Ley 67 de 1983<sup>7</sup>). Así mismo, relaciono algunos de los clientes que nos hicieron los respectivos descuentos de fomento cacaotero: El único que certificó SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO Y CIA. CASA LUKER, ubicado en la carrera 23 No. 64 B-33, Torre Casa Luker, en el Municipio de Manizales, Departamento de Caldas, otro más representativo COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.S. NIT 811.036.030-9, ubicado en la carrera 52 No. 2-38 Medellín, Antioquia y otros como COMESTIBLES ITALO, CHOCOLATES GIRONES y C.I. RACAFE, etc.*

*Partidas que se encuentran registradas en los libros mayores registrados en la Cámara de Comercio y en los respectivos auxiliares, pues específicamente eso era lo solicitado a la DIAN para que efectuaran la Inspección Contable (sic), por lo tanto, con todo respeto, no es cierto que en las oportunidades probatorias no se hubiera ejercido el derecho a la defensa que nos otorga la Ley, solo que nos fue violado el derecho al debido proceso.”<sup>8</sup>*

#### 4. Trámite de la acción de tutela

Mediante providencia del 20 de febrero de 2018<sup>9</sup> el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, remitió por competencia la presente acción constitucional al Consejo de Estado.

Con auto del 1º de marzo de 2018<sup>10</sup>, el despacho ponente de la presente providencia admitió la solicitud de amparo, ordenó notificar

<sup>6</sup> Folio 6 del expediente.

<sup>7</sup> Por la cual se modifican unas cuotas de fomento, y se crean unos fondos y se dictan normas para su recaudo y administración

Artículo 3. Fondo Nacional Arrocerero, Cerealista y Cacaotero. El producto de las cuotas de fomento a que se refieren los artículos anteriores se llevarán en una cuenta especial bajo el nombre de Fondo Nacional del Arroz, Fondo Nacional Cerealista y Fondo Nacional del Cacao, según el caso, con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la presente Ley. La presente Ley modificó sustancialmente la Ley 101 de 1963, (Fomento Arrocerero), la Ley 51 de 1966 (Fomento Cerealista) y la Ley 31 de 1965 (Fomento Cacaotero.)

<sup>8</sup> Folio 3 del expediente.

<sup>9</sup> Folios 91 a 95 del expediente.



a las partes y vinculó en calidad de tercero con interés, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991, a la Dirección de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga – DIAN-.

#### **4.1. Intervenciones**

Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 102 a 108, se presentaron las siguientes intervenciones:

##### **4.1.1. Sección Cuarta – Consejo de Estado<sup>11</sup>**

Mediante escrito radicado el 21 de marzo de 2018 en la Secretaría General de esta Corporación, el magistrado ponente de la decisión censurada manifestó que los argumentos jurídicos y el soporte probatorio que se tuvo en cuenta para rechazar parcialmente la deducción por la cuota de fomento a Fedecacao, se ajustan a los mandatos de la Constitución y la ley.

Así las cosas, puso de presente que se analizaron las pruebas legal y oportunamente aportadas al expediente y concluyó:

*“De modo que, en la sentencia se encuentra demostrado que la Sala aceptó las erogaciones que se encontraban probadas en el proceso. Pero también, que el rechazo de las demás sumas solicitadas en deducción no fue el resultado de una indebida valoración de las pruebas allegadas por las partes, sino por la falta de actividad probatoria del actor COMERCOAGRO LTDA.*

*Y, ello es así porque el actor no aportó los documentos soportes de los otros valores en deducción, que permitieran desvirtuar la certificación de FEDECACAO que negó el pago de tales sumas de dinero.*

*Por eso en la providencia se dijo que si bien en la respuesta al requerimiento especial, la cooperativa solicitó a la DIAN cruzar información con sus clientes y, esa solicitud no fue atendida, lo cierto es que la carga de probar los mayores valores declarados por concepto de contribución recaía sobre la contribuyente. En todo caso, la cooperativa tuvo la oportunidad de solicitar esa prueba en sede judicial dentro de las oportunidades probatorias, pero no ejerció esa posibilidad que le daba la ley.*

*En tal sentido, no es procedente que el actor traslade la carga de la prueba de los hechos en que se fundan sus pretensiones. Más todavía, cuando en materia tributaria el contribuyente tiene la carga de aportar las pruebas que*

---

<sup>10</sup> Folios 100 a 101 del expediente.

<sup>11</sup> Folios 109 a 110 del expediente.



*soportan los conceptos fiscales desconocidos, dada su condición de directo interesado en lograr la aceptación fiscal de las deducciones.*<sup>12</sup>

#### **4.1.2. DIAN**

Con escrito enviado por correo electrónico el 22 de marzo de 2018<sup>13</sup>, la referida autoridad manifestó que no se configura ningún defecto en la decisión censurada, por lo que la acción de tutela de la referencia no es procedente.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la petición de amparo constitucional presentada por la parte accionante, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2591 de 1991, Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017.

### **2. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿Se superan en el caso en concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial?

De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, la Sala analizará lo siguiente:

¿Vulneró la autoridad accionada los derechos fundamentales de la tutelante por incurrir en el defecto fáctico alegado?

### **3. Razones jurídicas de la decisión**

Para resolver el interrogante planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** requisitos de procedibilidad adjetiva; y **(iv)** análisis del caso concreto.

<sup>12</sup> Folio 109 vuelto y 110.

<sup>13</sup> Folios 111 a 114 del expediente.



### 3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,<sup>14</sup> *unificó* la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.<sup>15</sup>

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.<sup>16</sup>

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los *“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”*.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014<sup>17</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

<sup>15</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

<sup>16</sup> Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia” (Negrillas dentro del texto).

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS. C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.





caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

### **3.2. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva**

#### **3.2.1. Tutela contra tutela**

La Sala observa que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que, frente al primero de estos aspectos, no se trata de una tutela contra decisión de tutela, pues la providencia cuestionada fue proferida dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la parte actora contra la DIAN, radicada con el número 68001-23-31-000-2012-00351-00.

#### **3.2.2. Inmediatez**

En relación con el acatamiento del requisito de inmediatez, no se advierte ningún reproche, en vista que la providencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado fue proferida el 15 de noviembre de 2017, notificada por edicto fijado entre el 27 de noviembre de 2017 y el 29 del mismo mes y año, quedando ejecutoriada el 4 de diciembre de 2017, y la solicitud de amparo fue presentada el 19 de febrero de 2018, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

#### **3.2.3. Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces**

En consideración a la subsidiariedad, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra este requisito como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, precepto reglamentado por el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Del texto de la norma referida se evidencia que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.



Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia<sup>18</sup>.

Lo anterior tiene asidero en la propia Constitución de 1991, de donde se colige que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado exclusivamente a la acción de tutela, pues todos los mecanismos judiciales deben buscar la defensa de aquellos.

Vale decir que el respeto y la garantía de los derechos de las personas son de la esencia del Estado Social de Derecho, como bien lo establece el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución, de ahí que la garantía de los derechos fundamentales de las personas no solo corre a cargo del juez de tutela, sino que es vinculante para cualquier persona que esté investida de la autoridad del Estado y en cualquiera de los ámbitos funcionales del mismo.

En ese sentido, resulta importante resaltar que, para que se entienda cumplido este requisito, la parte actora debió alegar los yerros de la autoridad judicial que dan origen a la vulneración en el contexto del proceso ordinario.

Así las cosas, se trata de un requisito de procedencia adoptado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un movimiento de articulación respecto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>19</sup> en la materia.

---

<sup>18</sup> En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: *“En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”*

<sup>19</sup> Sentencia C-590 de 2005. M.P.



En efecto, en sentencia de 5 de agosto de 2014<sup>20</sup>, la Sala Plena de esta Corporación adoptó como condiciones necesarias para amparar los derechos fundamentales invocados en una acción de tutela contra una providencia judicial del Consejo de Estado, aquellas erigidas por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005.

Al respecto, adujo que:

**“3.1.- En la Sentencia C-590 de 2005, posición que se adopta de manera expresa en la presente providencia, la Corte señaló como requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, los siguientes:**

(...)

**e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible<sup>21</sup>. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.”** (Negrillas fuera de texto)

Se concluye de lo expuesto que este presupuesto de procedibilidad del recurso de amparo en contra de providencias judiciales, el accionante además de identificar de manera clara y precisa los yerros e irregularidades imputables a la autoridad jurisdiccional acusada, debe haberlos puesto en conocimiento del juez de instancia en su debida oportunidad de haber sido ello posible<sup>22</sup>.

Dicho en otros términos, debe existir cierta congruencia o coherencia entre las falencias esgrimidas al interior del proceso ordinario y las acciones u omisiones cuestionadas por parte del accionante a las autoridades judiciales vía acción de tutela. Empero, la anterior exigencia se morigera luego de que se constata la

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. n°. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sentencia de 5 de agosto de 2014.

<sup>21</sup> Sentencia T-658-98.

<sup>22</sup> Ver al respecto la sentencia del Consejo de Estado., Sección Quinta, del 15 de marzo de 2018. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-15-000-2017-02644-01.



existencia de **circunstancias objetivas** que impiden la alegación de las mismas en el procedimiento jurisdiccional de instancia<sup>23</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior y, descendiendo al caso en concreto, la Sala observa que el actor fundamentó la solicitud de amparo en que las autoridades judiciales accionadas no tuvieron en cuenta algunas deducciones realizadas en la contabilidad por conceptos de pagos realizados directamente a FEDECACAO. En ese sentido indicó lo siguiente:

*“Ahora bien, nos preguntamos, el por qué nos rechazan las deducciones por valor de \$779.393.187, de FEDECACAO, cuando en la vía gubernativa se le solicitó a la DIAN, la inspección contable de la cooperativa quien es la afectada y la verificación o cruce de los clientes, como se puede constatar en el expediente de la demanda, solicitud que se hizo formalmente a la DIAN pues los clientes son renuentes a certificar, solo permiten que la DIAN verifique la contabilidad de ellos, únicamente, señores Magistrados, como se pudo observar, el cliente SUCESORES DE JOSE JESÚS RESTREPO – CASA LUKER S.A., fue el único que certificó que pagó a FEDECACAO \$210.329.813, por el año fiscal gravable 2.007, a nombre de la cooperativa, aceptación en la segunda instancia, por los honorables magistrados, en el consejo de estado (sic), pero los clientes restantes no fueron valorados por la DIAN, toda vez que no se dio cumplimiento a lo acordado en los artículos 745 a 785 del E.T., como medios de prueba, observando una flagrante violación al debido proceso.”<sup>24</sup>*

Así mismo, la tutelante puso de presente que en la vía gubernativa y en el proceso ordinario se alegó el reconocimiento de las deducciones por concepto de fomento hechas a FEDECACAO:

*“En el caso que nos referimos anteriormente, siempre se ha sostenido en la vía gubernativa y en el Tribunal que nuestros clientes adquieren el producto del cacao, proceden a descontarnos 3% de esta Cuota (sic) y a consignarlo directamente a FEDECACAO, para cumplir con lo establecido en el Art. 3, citado (de la Ley 67 de 1983<sup>25</sup>). Así mismo, relaciono algunos de los clientes que nos hicieron los respectivos descuentos de fomento cacaotero: El único que certificó SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO Y CIA. CASA LUKER, ubicado en la carrera 23 No. 64 B-33, Torre Casa Luker, en el Municipio de Manizales, Departamento de Caldas, otro más representativo COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.S. NIT 811.036.030-9, ubicado en la carrera 52 No. 2-38 Medellín, Antioquia y*

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-297 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero.

<sup>24</sup> Folio 6 del expediente.

<sup>25</sup> Por la cual se modifican unas cuotas de fomento, y se crean unos fondos y se dictan normas para su recaudo y administración

Artículo 3. Fondo Nacional Arrocero, Cerealista y Cacaotero. El producto de las cuotas de fomento a que se refieren los artículos anteriores se llevarán en una cuenta especial bajo el nombre de Fondo Nacional del Arroz, Fondo Nacional Cerealista y Fondo Nacional del Cacao, según el caso, con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la presente Ley. La presente Ley modificó sustancialmente la Ley 101 de 1963, (Fomento Arrocero), la Ley 51 de 1966 (Fomento Cerealista) y la Ley 31 de 1965 (Fomento Cacaotero.)



otros como COMESTIBLES ITALO, CHOCOLATES GIRONES y C.I. RACAFE, etc.

*Partidas que se encuentran registradas en los libros mayores registrados en la Cámara de Comercio y en los respectivos auxiliares, pues específicamente eso era lo solicitado a la DIAN para que efectuaran la Inspección Contable (sic), por lo tanto, con todo respeto, no es cierto que en las oportunidades probatorias no se hubiera ejercido el derecho a la defensa que nos otorga la Ley, solo que nos fue violado el derecho al debido proceso.*<sup>26</sup>

Así las cosas, si bien es cierto que en el proceso ordinario la Cooperativa puso en conocimiento de los jueces de instancia que sus clientes pagan la cuota de fomento directamente a FEDECACAO y, por lo tanto, esa deducción debía aplicarse, también lo es que no allegó ni solicitó la prueba correspondiente en las oportunidades que el ordenamiento jurídico le otorga para el efecto.

Lo anterior teniendo en cuenta que, el numeral 5º del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 establece que toda demanda debe contener la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer. Igualmente el numeral 2º del artículo 173 *ejusdem* indica que la reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan **o a las pruebas**

Por su lado, el numeral 10 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 establece lo siguiente:

*“Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*

*10. Decreto de pruebas. Solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión o las de oficio que el Juez o Magistrado Ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad.*

*En todo caso, el juez, antes de finalizar la audiencia, fijará fecha y hora para la audiencia de pruebas, la cual se llevará a cabo dentro de los cuarenta (40) días siguientes”.*

<sup>26</sup> Folio 3 del expediente.



Finalmente, resulta importante poner de presente lo establecido en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011:

*“Artículo 212. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*

*En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenición y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.*

*Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.*

*En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:*

- 1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.*
- 2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.*
- 3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.*
- 4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
- 5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.*

*Parágrafo. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles”.*

Sin embargo, de la revisión de la demanda, tal como se señaló en la sentencia del 15 de noviembre de 2017, se advierte que la Cooperativa no solicitó la prueba cuya valoración extraña y, en la cual fundamenta el defecto fáctico alegado. Tan es así que la Sección Cuarta del Consejo de Estado expresó, en la providencia censurada lo siguiente:



**“6.6. Se mantiene el rechazo de los demás valores solicitados en deducción por la cuota de fomento de FEDECACAO, toda vez que el contribuyente no allegó los soportes de esa erogación.**

*Si bien en la respuesta al requerimiento especial, la cooperativa solicitó a la DIAN cruzar información con sus clientes y, esa solicitud no fue atendida, lo cierto es que la carga de probar los mayores valores declarados por concepto de la contribución recaía sobre la contribuyente.*

**En todo caso, la cooperativa tuvo la oportunidad de solicitar esa prueba en sede judicial dentro de las oportunidades probatorias, pero no ejerció esa posibilidad que le daba la ley.**

*6.7. En consecuencia, se acepta parcialmente la deducción por valor de \$210.329.813, y se mantiene el rechazo de la suma de \$779.393.187.<sup>27</sup> (Negrilla fuera de texto)*

Ahora bien, la parte actora manifiesta que si uso hizo de su derecho de defensa, en la medida en que el cruce de cuentas fue debidamente solicitado a la DIAN, con el fin de que la autoridad verificara el pago, por parte de sus clientes, de la cuota de fomento a Fedecacaco, sin embargo, el hecho de haberlo pedido en el trámite administrativo, no la exoneraba de hacerlo al interior del proceso ordinario, como se corroboró al revisar la demanda, en la que no se solicitó la mencionada prueba.

En consecuencia, la Sala de Decisión de la Sección Quinta concluye que la presente solicitud de amparo no cumple con el requisito de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial relativo a la subsidiariedad, pues la parte actora no solicitó la prueba cuya valoración extraña, dentro de las oportunidades procesales que el ordenamiento jurídico le otorga al respecto, por lo que se declarará la improcedencia de la acción.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la petición de amparo presentada por la Cooperativa de Mercadeo Agropecuario

<sup>27</sup> Folio 82.




Limitada COMERCOAGRO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

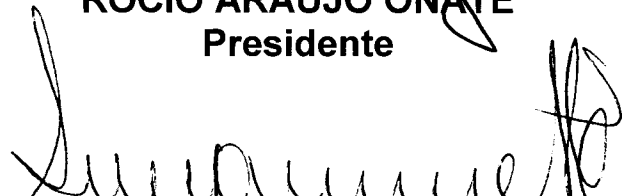
**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**




**ROCÍO ARAUJO OÑATE**  
Presidente



**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera



**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero



**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5789-6-1



GP059-6-1



6