



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., abril doce (12) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2018-00575-00
ACTOR: COOPERATIVA DE MERCADERO AGROPECUARIO LIMITADA -
COMERCOAGRO LTDA.
DEMANDADO: SECCIÓN CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO
ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la solicitud presentada por la sociedad Cooperativa de Mercaderos Agropecuario Limitada - Comercioagro Ltda. -, a través de su apoderado, y en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La sociedad Comercioagro Ltda. interpuso acción de tutela el 20 de febrero de 2018, con el fin de que se le protegiera el derecho fundamental al debido proceso¹, el cual consideró vulnerado por parte de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ocasión de la sentencia proferida por dicha autoridad judicial el 8 de noviembre de 2017, dentro del proceso con radicado 68001233300020120031501 (20427).

¹ Folio 96 del expediente.



En el proceso mencionado se dirimió un conflicto iniciado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la sociedad Comercioagro Ltda. contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que se declarara la nulidad de la liquidación oficial de revisión 042412011000037 del 28 de junio de 2011, por medio de la cual se aplica una sanción a dicha sociedad por inexactitud y la Resolución 900134 del 17 de julio de 2012, que confirma la multa impuesta.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

“(…)

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.”²

2. Hechos

Señaló que interpuso una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de lograr la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la DIAN dentro del expediente DT-2008-2010-000034, en los cuales se le impuso una sanción por inexactitud.

Indicó que en primera instancia, el proceso le correspondió al Tribunal Administrativo de Santander y se radicó con el número 68001233300020120031500.

Manifestó que, después del trámite correspondiente, el Tribunal Administrativo de Santander decidió negar las pretensiones de la demanda por cuanto, a su juicio, la liquidación oficial de revisión efectuada por la DIAN se encontraba debidamente sustentada en suficiente respaldo probatorio.

Señaló que una vez se interpuso el correspondiente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el mismo fue dirimido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante

² Folio 102 del expediente.



providencia del 8 de noviembre de 2017, revocó la sentencia apelada y, en su lugar, declaró la nulidad parcial de la liquidación oficial de revisión 042412011000037 del 28 de junio de 2011 y la Resolución 900134 del 17 de julio de 2012, que modificaron la declaración de renta del año gravable 2008.

Indicó que a título de restablecimiento se ordenó tener como liquidación del impuesto sobre la renta del año gravable 2008 a cargo de la actora, la practicada en dicha providencia.

Se explica, que la decisión mencionada definió si era procedente la adición de ingresos por \$3.134.702.000, el rechazo de la deducción correspondiente a la cuota de fomento de Fedecacao por \$1.252.257.969, el rechazo de costos por \$131.858.278.000 y la sanción por inexactitud por \$13.546.864.000 y, una vez realizado el análisis fáctico y jurídico correspondiente, consideró que en la liquidación debía haberse realizado una deducción de \$409.918.929 por concepto de la cuota de fomento y reliquidar la sanción por inexactitud con base en la nueva determinación del impuesto y la tarifa del 100% de la diferencia entre el saldo a pagar determinado oficialmente y el fijado por el acto.

3. Fundamento de la petición

Precisó la autoridad judicial demandada vulneró su derecho fundamental al debido proceso puesto que no aceptó las deducciones por cuotas de fomento a Fedecacao, pese a que en sede administrativa se solicitó a la DIAN la inspección a su contabilidad o la verificación o cruce de los clientes, prueba que debió solicitar directamente a la entidad porque, a su juicio, los clientes son renuentes a certificar.

Indicó que al expediente administrativo solo se allegó una certificación expedida por la sociedad Sucesores de José Jesús Restrepo - Casa Luker S.A.- en la que se informó que pagó a Fedecacao la suma de \$409.908.949 por al año gravable 2008, lo cual se aceptó en el fallo impugnado, pero los demás clientes no fueron valorados porque la DIAN no decretó las pruebas solicitadas ni cumplió con las obligaciones probatorias exigidas en el Estatuto Tributario.



Aclaró que se acude a la tutela porque en el trámite judicial no se pudo hacer nada.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante auto del 5 de marzo de 2018 se admitió la solicitud de tutela y se ordenó notificar a los magistrados que integran el la Sección Cuarta del Consejo de Estado, como parte demandada, y comunicar la iniciación del proceso a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Santander y al director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales³.

Además, se solicitó en calidad de préstamo el expediente 680012333000201200315, el cual fue allegado el 2 de abril de 2018⁴.

5. Argumentos de Defensa

5.1. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

La subdirectora de Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Jurídica de la entidad rindió el informe solicitado en los siguientes términos:

Indicó que la petición de amparo presentada por la parte demandante no cumple con los requisitos exigidos por la Corte Constitucional.

Explicó que, en el caso en estudio, no se demostró el perjuicio irremediable el cual no está probado en este proceso, por lo que solicitó que se negara el amparo solicitado por improcedente.

5.2. Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Cuarta del Consejo de Estado

Pese a haber sido debidamente notificados⁵, estos guardaron silencio.

³ Folio 113 y 113 vto. del expediente.

⁴ Folio 165 del expediente.

⁵ Folios 116 y 117 del expediente.



II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso, con la providencia del 8 de noviembre de 2017 la Sección Cuarta del Consejo de Estado vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la Cooperativa de Mercado Agropecuario Limitada - Comercioagro Ltda. -.

Sin embargo, de manera previa a resolver se analizarán los siguientes aspectos: *i)* el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; *ii)* estudio sobre los requisitos de procedibilidad y, finalmente, de encontrarse superados los requisitos de procedibilidad adjetiva se estudiará *iii)* el fondo del reclamo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de julio 31 de 2012⁶, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁷, conforme al cual:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁷ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.



la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.”⁸.

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “...**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**...”. En efecto:

Es claro 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, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁹ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

⁸ Ídem.

⁹ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



En tales condiciones, se verificará en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* inmediatez y *iii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

4. Requisitos de procedibilidad adjetiva

Para comenzar con el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra decisión de tutela, pues la providencia censurada se profirió en el curso de un proceso iniciado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.



De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez¹⁰, toda vez que la providencia de segunda instancia que se censura se dictó el 8 de noviembre de 2017, decisión que fue notificada mediante correo electrónico, el 27 del mismo mes y año, por lo que es claro que la providencia censurada en este caso quedó ejecutoriada el 2 de diciembre del mismo año¹¹.

En tales condiciones, como la solicitud de tutela se presentó el 20 de febrero de 2018, es claro que, entre la fecha de ejecutoria de la decisión acusada y la presentación del escrito de tutela que ahora se analiza, transcurrió un término que se considera razonable para el efecto.

Ahora bien, en lo referente a la existencia de otro mecanismo de defensa para controvertir la decisión que, en concepto de la parte actora, vulneró sus derechos fundamentales, se advierte que la parte demandante no cuenta con otro medio de defensa judicial ordinario ni extraordinario para el efecto.

Sin embargo, al analizar los argumentos expuestos por la parte demandante, es claro que el sustento de la presunta vulneración de los derechos fundamentales se circunscribe a que la DIAN omitió realizar la inspección a su contabilidad o la verificación y el cruce de los clientes para comprobar que Comercioagro Ltda. sí realizó los pagos de la cuota de fomento y que, como consecuencia de dicha omisión, se rechazaron las deducciones por valor de \$842.339.071, pese a que la contabilidad de la cooperativa fue debidamente allegada al expediente.

Al revisar el expediente en préstamo se observa que en el trámite administrativo sí se aportó un resumen general de la facturación de cacao del año 2008, pero la omisión de su valoración por parte de la entidad administrativa no fue objeto de controversia dentro del

¹⁰ El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

¹¹ Folio 391 del cuaderno 1 del expediente en préstamo.



proceso judicial.

La misma situación se presenta con la presunta omisión en el decreto de las pruebas solicitadas a la DIAN en el procedimiento administrativo y tampoco estas fueron solicitadas ante el juez contencioso administrativo, por lo que para la Sala no era posible tenerlas en cuenta, es decir que no fueron debidamente aportadas al proceso.

En atención a lo expuesto, la Sala no puede realizar ningún análisis en relación con este asunto, puesto que esto no fue objeto del debate en el proceso contencioso administrativo y no se cumple uno de los requisitos para que se estudie el defecto fáctico invocado, máxime si la omisión probatoria alegada se predicó respecto de la DIAN, mas no del juez natural.

Por lo tanto, la Sala declarará improcedente el amparo solicitado, ya que, pese a haber interpuesto una demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en este proceso no se contrvirtieron las presuntas irregularidades procedimentales que se presentaron en el trámite administrativo que se invocan como vulneradoras de los derechos fundamentales y, con todo, tampoco se allegaron o se solicitaron las pruebas necesarias para demostrar que las cuotas de fomentos que debían ser canceladas a Fedecacao.

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

FALLA

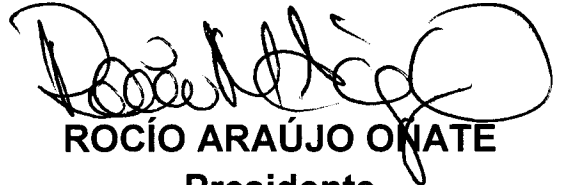
PRIMERO.- Declárase improcedente la acción de tutela interpuesta por la sociedad Cooperativa de Mercadeo Agropecuario Limitada - Comercioagro Ltda. - por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

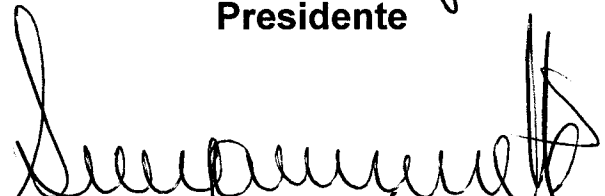


TERCERO.- Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria y devuélvase el expediente 680012333000201200315 que fue remitido en calidad de préstamo a esta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE




ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

