

TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES - Concepto / DEMANDA CONTRA ACTO PARTICULAR - Si al declararse la nulidad surge el restablecimiento, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Es procedente cuando la nulidad del acto le restablece el derecho al demandante / LIQUIDACION DE REVISION - Al contener una decisión particular se debe demandar mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Respecto a la procedencia de la acción de nulidad simple en relación con los actos administrativos de carácter particular, la línea jurisprudencial de esta Corporación ha adoptado la teoría de los móviles y las finalidades, según la cual, independientemente de la acción interpuesta por el demandante, contra un acto particular y concreto, lo que debe tenerse en cuenta en cada caso es si, de la declaración de nulidad del acto, surge automáticamente el restablecimiento del derecho afectado. En tal caso, la acción que se debe ejercer es la de nulidad y restablecimiento del derecho y por tanto deberán verificarse los requisitos propios de la acción. Pero si la decisión de anulación no apareja el restablecimiento del derecho, puede tramitarse contra el acto la acción de simple nulidad. Si como consecuencia de la acción de nulidad, deviene un restablecimiento del derecho, es claro que el demandante debe ajustarse a los requisitos y presupuestos de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., como acreditar un interés para actuar, el agotamiento de la vía gubernativa y que la demanda se interponga dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto. Este argumento no tiene cabida en este caso, pues la liquidación oficial que se demanda contiene una decisión de carácter particular y concreto entre la DIAN y la sociedad ATUNES DE COLOMBIA S.A., que sólo vincula los intereses de estos sujetos, por lo que los efectos de la decisión que se adopte en este caso, no sería erga omnes sino inter partes. Además, surgiría un restablecimiento automático del derecho de la demandante, porque de declararse la nulidad de la liquidación oficial, adquiere firmeza la declaración privada de retención en la fuente presentada por la sociedad actora y que fue modificada por dicho acto. Tampoco habría lugar al pago de los mayores impuestos determinados, ni de la sanción impuesta. Como se interpuso otra acción diferente, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el juez puede interpretar la demanda y darle el impulso procesal que corresponde, para el caso el de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. En consecuencia, debe confirmarse la decisión del Tribunal, en cuanto se inhibió para resolver la demanda, pero por las razones que acaban de exponerse.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULOS 84 Y 85

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 13001-23-31-000-2003-01689-01(17322)

Actor: ATUNES DE COLOMBIA S.A.- EN LIQUIDACION OBLIGATORIA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia del 26 de junio de 2008 del Tribunal Administrativo de Bolívar, que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

ANTECEDENTES

La Administración Local de Impuestos Nacionales de Cartagena profirió la Liquidación Oficial de Revisión No 060642001000065 del 1º de noviembre de 2001, modificando la declaración de retención en la fuente del contribuyente del mes de septiembre de 1998, incrementando el valor a pagar por impuesto de timbre e imponiendo sanción por inexactitud.

DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad simple, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la sociedad ATUNES DE COLOMBIA S.A. – EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, demandó la nulidad de la liquidación oficial No 060642001000065 del 1º de noviembre de 2001, mediante la cual se modificó la declaración de retención en la fuente correspondiente al año gravable 1998, periodo 9.

Así mismo, que una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente acción, se comunique al Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, para los efectos legales consiguientes.

En su criterio, de acuerdo con las normas del Código de Comercio, el contrato de fletamento es un contrato de transporte marítimo, y por tanto está exento del impuesto de timbre de conformidad con el artículo 530, numeral 27 del Estatuto Tributario. Además, el requerimiento especial fue notificado cuando estaba en firme la declaración de retención en la fuente.

Los contratos de fletamento, afiliación o de vinculación de naves y artefactos navales registrados en Colombia, suscritos por empresas domiciliadas en el territorio colombiano, al igual que los contratos de servicio por reparación o mantenimiento de naves y artefactos navales, no causan impuesto de timbre.

OPOSICIÓN

La entidad demandada se opuso a las pretensiones del actor y relató que contra la liquidación oficial de revisión, la sociedad interpuso recurso de reconsideración, el cual fue inadmitido mediante Auto N° 060662002000007 del 12 de febrero de 2002 y luego confirmado por Auto del 8 de abril de 2002. No aportó copia de dichas actuaciones.

Alegó que no es posible confundir el contrato de fletamento con el de transporte, pues se trata de situaciones jurídicas diferentes. El numeral 27 del artículo 530 del Estatuto Tributario, se refiere exclusivamente a los contratos de transporte y por lo tanto, tratándose de una disposición que consagra una exención, su interpretación es restrictiva.

Solicitó la declaratoria de ineptitud de la demanda, dado que el acto invocado es de carácter particular y no está previsto expresamente en la ley como susceptible de ser atacado por la acción de nulidad simple, (artículo 84 del C.C.A.)

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia de 26 de junio de 2008, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para fallar de fondo, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El demandante se limita a pedir la declaratoria de la nulidad de la liquidación oficial de revisión que modificó la declaración de retención en la fuente del mes de septiembre de 1998. El acto demandado es de contenido particular, por tanto, al ser declarado nulo conlleva un restablecimiento automático del derecho, lo que implica que le es aplicable la teoría de los motivos y las finalidades.

Por tanto, la acción que debió impetrarse era la de nulidad y restablecimiento del derecho, y no la de simple nulidad escogida indebidamente por la sociedad actora.

EL RECURSO DE APELACION

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

Conforme a reiterada jurisprudencia, procede de la acción de simple nulidad contra los actos administrativos de carácter particular en procura de la protección del ordenamiento jurídico abstractamente apreciado.

El punto neurálgico de esta demanda es que la administración tributaria ha desconocido en forma reiterada y sistemática la existencia de la sentencia de la Corte Constitucional No 1714 de 2000, mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 540 del Estatuto Tributario, norma que exigía el pago del impuesto de timbre como requisito previo para la valoración probatoria de los documentos. Esta circunstancia hace necesaria la tutela del orden jurídico abstractamente considerado, para que no se vulnere el principio de jerarquía normativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.

La entidad demandada adujo que la sociedad Atunes de Colombia S.A. tiene un interés directo en la decisión que se adopte y, por ello, en el evento de prosperar las pretensiones, se produce un restablecimiento automático a su favor.

Conforme a lo señalado, en el presente caso, la acción que se ajusta a las finalidades perseguidas, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, y no la acción de nulidad simple impetrada por la sociedad actora, por lo que, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda declarada por el a-quo, se ajusta a derecho.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de junio de 2008 del Tribunal Administrativo de Bolívar, que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió de hacer un pronunciamiento de fondo.

De acuerdo con los términos del recurso de apelación corresponde a esta Corporación determinar, en primer lugar, si la acción de simple nulidad interpuesta por la parte actora es la procedente para analizar la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión No 060642001000065, del 1° de noviembre de 2001, expedida por la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cartagena, mediante la cual se modificó la liquidación privada de retención en la fuente correspondiente al periodo 9, del año 1998, presentada por la sociedad Atunes de Colombia S.A. -En Liquidación Obligatoria.

El acto demandado es de carácter particular y concreto, en la medida que se dirige específicamente a la sociedad demandante y a ella le crea una situación jurídica individual en relación con sus obligaciones tributarias relacionadas con la retención en la fuente.

Debe advertirse que la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sólo procede contra actos generales, salvo en aquellos casos en los cuales la ley expresamente la admite para actos particulares¹ o cuando el acto individual *“conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico. En estos casos, no obstante, deberá vincularse al proceso a la persona directamente afectada con el acto”*²; y cuando los actos particulares

¹ Los actos electorales concretos (artículo 223 y s.s. del C.C.A.); los contentivos de cartas de naturaleza (art. 221 ib.); los de patentes (art. 567 del C. de Co.); los de certificados de dibujos o modelos industriales (art. 580 ib.); los de certificados de marca (art. 596 ib.); las resoluciones de expropiación (art. 22 de la Ley 9ª de 1989); las resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– (art. 13 de la Ley 135 de 1961); los actos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente (art. 73 de la Ley 99 de 1993).

² Sentencia del 26 de octubre de 1995, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

tengan efecto de desestabilizar la economía nacional o sean trascendentes en el desarrollo económico y social del país.³

Respecto a la procedencia de la acción de nulidad simple en relación con los actos administrativos de carácter particular, la línea jurisprudencial de esta Corporación⁴ ha adoptado la teoría de los móviles y las finalidades, según la cual, independientemente de la acción interpuesta por el demandante, contra un acto particular y concreto, lo que debe tenerse en cuenta en cada caso es si, de la declaración de nulidad del acto, surge automáticamente el restablecimiento del derecho afectado. En tal caso, la acción que se debe ejercer es la de nulidad y restablecimiento del derecho y por tanto deberán verificarse los requisitos propios de la acción. Pero si la decisión de anulación no apareja el restablecimiento del derecho, puede tramitarse contra el acto la acción de simple nulidad⁵.

Si como consecuencia de la acción de nulidad, deviene un restablecimiento del derecho, es claro que el demandante debe ajustarse a los requisitos y presupuestos de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., como acreditar un interés para actuar, el agotamiento de la vía gubernativa y que la demanda se interponga dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto.

En el caso bajo examen, la demandante solicitó que a través de la acción de nulidad, se declare la nulidad de la liquidación de revisión, toda vez que en su criterio se está quebrantando el ordenamiento jurídico, porque la entidad demandada aplica una disposición declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Este argumento no tiene cabida en este caso, pues la liquidación oficial que se demanda contiene una decisión de carácter particular y concreto entre la DIAN y la sociedad ATUNES DE COLOMBIA S.A., que sólo vincula los intereses de estos sujetos, por lo que los efectos de la decisión que se adopte en este caso, no sería *erga omnes* sino *inter partes*.

³ Sentencia del 29 de octubre de 1996, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Autos del 4 de marzo de 2003, exp. 1999-05683 (IJ-030), M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; del 2 de noviembre de 2004, exp. 2004-0270, M.P. Rafael. E. Ostau de Lafont Planeta.

⁵ Sentencia del 20 de agosto de 2009, Exp. 16869, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

Además, surgiría un restablecimiento automático del derecho de la demandante, porque de declararse la nulidad de la liquidación oficial, adquiere firmeza la declaración privada de retención en la fuente presentada por la sociedad actora y que fue modificada por dicho acto. Tampoco habría lugar al pago de los mayores impuestos determinados, ni de la sanción impuesta. Todo lo anterior sólo tiene relevancia para las partes, sin que afecte a la comunidad o al interés general. Por lo anterior la acción pertinente era la de restablecimiento del derecho.

Como se interpuso otra acción diferente, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el juez puede interpretar la demanda y darle el impulso procesal que corresponde, para el caso el de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. Sin embargo, en este caso ello no es posible, porque verificado el expediente, la liquidación oficial fue notificada por correo certificado el 6 de noviembre de 2001 (Fls. 32 y 33 anverso) y la demanda contra ella se interpuso el 17 de diciembre de 2002, lo que significa que operó la caducidad de la acción, de conformidad con el artículo 136 num. 2 del C.C.A.

En consecuencia, debe confirmarse la decisión del Tribunal, en cuanto se inhibió para resolver la demanda, pero por las razones que acaban de exponerse.

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

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia 26 de junio de 2008 del Tribunal Administrativo de Bolívar, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
PRESIDENTE DE LA SECCIÓN

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ