

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Persigue la defensa de la legalidad del orden jurídico en abstracto / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Persigue además de la legalidad del orden jurídico, el restablecimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo / DEMANDANTE EN EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Debe ser el titular del derecho presuntamente desconocido por el acto administrativo / DEMANDANTE EN EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Puede ser cualquier persona y ejercerlo en cualquier tiempo / RECURSOS ADMINISTRATIVOS – Se debe agotar previamente a demandarse en nulidad y restablecimiento del derecho / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR – Contra ellos procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Contra ellos procede el medio de control de nulidad

Previo a resolver el problema que se plantea en el presente asunto, es necesario advertir que, en general, los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de los actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con el de nulidad se persigue la defensa de la legalidad del orden jurídico en abstracto, con el de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. A diferencia del medio de control de nulidad, que puede ser ejercido por cualquier persona, en cualquier tiempo, y sin necesidad de agotar los recursos en la actuación administrativa, el de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ejercerlo la persona que crea que se le ha causado un perjuicio, esto es, la titular del derecho presuntamente desconocido por el acto administrativo y, por ende, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar. El interesado, asimismo, debe probar que agotó los recursos de la actuación administrativa y ejercer el medio de control oportunamente, esto es, en el plazo previsto en la ley. Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de medio de control que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, el medio de control apropiado sería el de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiere causado con su expedición. A contrario sensu, si el acto es de carácter general, el medio de control de nulidad será el adecuado para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en este último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto y no podrá conceder restablecimiento alguno.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD CONTRA ACTO PARTICULAR – El CPACA lo acepta cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia no se genere un restablecimiento automático de un derecho subjetivo / ACTO SANCIONATORIO DE LA DIAN – Contra él procede el medio de control de nulidad y restablecimiento / RESTABLECIMIENTO AUTONOMO DEL DERECHO – Implica que el medio de control sea de nulidad y restablecimiento del derecho

En este orden de ideas, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), prevé la posibilidad de demandar, en ejercicio del medio de control de nulidad, un acto administrativo de contenido particular, cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo. La norma enuncia los

siguientes casos: (i) recuperación de bienes de uso público, (ii) cuando se vea afectado el orden público, económico social o ecológico, (iii) en el caso que la ley lo disponga expresamente. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el juez deberá determinar si con la demanda de nulidad se busca el reconocimiento automático de un derecho, pues, en ese caso, deberá darle a la misma el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. **Del caso concreto** En el sub examine, observa la Sala que el Instituto demandante ejerció el medio de control de nulidad, con el objeto de que se excluyera del ordenamiento jurídico la Resolución número 182412012000009 del 2 de febrero de 2012, por la que la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Quibdó le impuso una sanción. Al respecto, se advierte 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 tanto, su eventual nulidad automáticamente generaría el restablecimiento del derecho patrimonial del afectado con dicha decisión, razón por la cual el medio de control interpuesto no es el adecuado, sino el de nulidad y restablecimiento del derecho, como acertadamente lo concluyó el a quo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 137

RECURSO DE RECONSIDERACION – Es obligatorio interponerlo en los casos en que se discute la legalidad de un acto sancionatorio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales / DEMANDA TRIBUTARIA PER SALTUM- Se presenta solamente en los casos en que el contribuyente haya tenido en debida forma el requerimiento especial / CADUCIDAD DE LA ACCION – Se configura cuando la demanda es presentada después de los cuatro meses de notificado el acto sancionatorio

En efecto, contra la resolución sanción objeto de la demanda procedía el recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 720 del Estatuto Tributario. El recurso debió presentarse en los dos meses siguientes a la notificación de dicha resolución.(...) La Ley 223 de 1995 adicionó al artículo en comento, en el sentido de indicar que se puede acudir directamente a la jurisdicción contenciosa sin agotar el recurso de reconsideración, pero en los casos en que el contribuyente haya atendido el requerimiento especial y, a pesar de ello, se produzca la liquidación oficial, circunstancia que no se presenta en el presente asunto, porque se trata de un proceso sancionatorio, en el que no hay requerimiento especial, sino pliego de cargos, por lo que el recurso de reconsideración es obligatorio, de conformidad con la disposición transcrita. Ahora bien, en el sub examine la resolución fue notificada el 7 de febrero de 2012, y el recurso de reconsideración debió presentarse en los dos meses siguientes a la notificación, esto es, el 9 de abril de 2012, sin que el demandante lo presentara. Por lo tanto, no se cumplió el requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procura de que se revise la legalidad del acto administrativo. Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el recurso de reconsideración no es obligatorio, como pretende hacerlo ver el demandante (argumento contrario a la reiterada jurisprudencia de esta Sala), la Sala también advierte que el medio de control ha caducado. En efecto, desde la fecha en se notificó la resolución demandada (7 de febrero de 2012) a la fecha en que se presentó la demanda de nulidad, (13 de marzo de 2013), transcurrió más de un año, razón por la que el término de cuatro meses establecido en el literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPACA fue superado ampliamente.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 720 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 164 NUMERAL 2 LITERAL d)

NOTA DE RELATORIA: Sobre la obligatoriedad del recurso de reconsideración para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se citan las sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 5 de julio de 2012, Exp. 15001-23-31-000-2008-00139-01(17916) y de 1 de septiembre de 2011, Exp. 68001-23-31-000-2006-03455-01(17607) C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá 26 de septiembre de 2013

Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00095-01(20133)

Actor: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES AMBIENTALES DEL

PACIFICO JHON VON NEWMAN

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTO Y ADUNAS NACIONALES

La Sala decide el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte **demandante contra el auto del 4 de abril de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó**, que rechazó de plano la demanda de nulidad interpuesta contra la DIAN.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio del medio de control de nulidad, el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico Jhon Von Newman, por medio de apoderado judicial, presentó demanda contra la DIAN, y solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 182412012000009 del 2 de febrero de 2012, por la que se le impuso una sanción por la suma de trescientos cincuenta y seis millones cuatrocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$356.445.000), por no enviar la información exógena tributaria del año gravable 2009.
2. El estudio de la demanda correspondió por competencia al Tribunal Administrativo del Chocó.
3. Mediante auto del 4 de abril de 2013, el tribunal rechazó de plano la demanda.

EL AUTO APELADO

Las razones que fundamentaron el auto del 4 de abril de 2013 fueron las siguientes:

Que el actor presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el 10 de diciembre de 2012, en la que solicitó la nulidad de la Resolución No.

182412012000009 del 2 de febrero de 2012. De la demanda conoció el Tribunal Administrativo del Chocó y fue radicado con el No. 2012 – 93.

Que esa demanda fue rechazada, mediante auto del 31 de enero de 2013, porque el demandante no agotó la vía gubernativa, esto es, presentó en forma extemporánea el recurso de reconsideración contra la Resolución 18412012000009 del 2 de febrero de 2012.

Que la demanda es idéntica (en lo que a la solicitud de nulidad se refiere) a la que ahora interpuso en ejercicio del medio de control de nulidad.

A juicio del tribunal, a la demanda debía dársele el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, porque con la declaratoria de nulidad del acto acusado se genera el restablecimiento de un derecho.

Sostuvo que con la declaratoria de nulidad pedida el demandante persigue evitar el pago de la sanción que le fue impuesta y que, por tanto, los argumentos tenidos en cuenta para rechazar la primera demanda son el fundamento para rechazar la presente, esto es, que el demandante no agotó los recursos de la vía gubernativa.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En el término de la ejecutoria del auto que rechazó la demanda, la parte demandante apeló la decisión. En síntesis, dijo lo siguiente:

Que la demanda persigue la nulidad de un acto administrativo de carácter particular por ser violatorio del marco legal en que debía fundarse, pero que *“no se persigue, ni se genera el restablecimiento automático de ningún derecho subjetivo del demandado (sic), puesto que lo que se busca es evitar el pago de una sanción de multa impuesta al contribuyente, que como puede verse no se trata de ningún derecho del contribuyente”*¹ que, por ello, con esta demanda pretende rectificar el error que cometió cuando presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Indicó que se trata de un proceso administrativo sancionatorio que desconoció el marco legal en el que debía fundarse. Que el demandante ejerció los medios necesarios para que la administración revocara el acto. Así, impetró el recurso de reconsideración en contra del acto demandado, el recurso de reposición en contra del auto que negó la reconsideración y solicitó la revocatoria directa de la resolución demandada.

Explicó que el recurso de reconsideración no es un recurso ordinario obligatorio para agotar la vía gubernativa. Que, por ende, así se haya interpuesto en forma extemporánea, se entienden agotados los recursos de la actuación administrativa. Que, en consecuencia, no procedía el rechazo de la demanda.

TRAMITE DEL RECURSO

Del recurso de apelación presentado contra el auto que rechazó la demanda se corrió traslado a las partes por el término de tres días. Vencido el término, la parte demandada no se pronunció.

¹ Folio 110 del expediente

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema que se plantea en el presente asunto, es necesario advertir que, en general, los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de los actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con el de nulidad se persigue la defensa de la legalidad del orden jurídico en abstracto, con el de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo.

A diferencia del medio de control de nulidad, que puede ser ejercido por cualquier persona, en cualquier tiempo, y sin necesidad de agotar los recursos en la actuación administrativa, el de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ejercerlo la persona que crea que se le ha causado un perjuicio, esto es, la titular del derecho presuntamente desconocido por el acto administrativo y, por ende, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar. El interesado, asimismo, debe probar que agotó los recursos de la actuación administrativa y ejercer el medio de control oportunamente, esto es, en el plazo previsto en la ley.

Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de medio de control que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, el medio de control apropiado sería el de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiere causado con su expedición. A contrario sensu, si el acto es de carácter general, el medio de control de nulidad será el adecuado para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en este último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto y no podrá conceder restablecimiento alguno.

En este orden de ideas, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)², prevé la posibilidad de demandar, en ejercicio del medio de control de nulidad, un acto administrativo de contenido particular, cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo. La norma enuncia los siguientes casos: (i) recuperación de bienes de uso público, (ii) cuando se vea afectado el orden público, económico social o ecológico, (iii) en el caso que la ley lo disponga expresamente.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el juez deberá determinar si con la demanda de nulidad se busca el reconocimiento automático de un derecho, pues, en ese caso, deberá darle a la misma el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Del caso concreto

En el sub examine, observa la Sala que el Instituto demandante ejerció el medio de control de nulidad, con el objeto de que se excluyera del ordenamiento jurídico la Resolución número 182412012000009 del 2 de febrero de 2012, por la que la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Quibdó le impuso una sanción.

² Ley 1437 de 2011

Al respecto, se advierte 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 tanto, su eventual nulidad automáticamente generaría el restablecimiento del derecho patrimonial del afectado con dicha decisión, razón por la cual el medio de control interpuesto no es el adecuado, sino el de nulidad y restablecimiento del derecho, como acertadamente lo concluyó el a quo.

Por consiguiente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del CPACA, el trámite que debe darse a la demanda es el correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.

De manera subsiguiente, el despacho debe examinar si la demanda cumple con los requisitos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo primero que ha de verificarse es si la demanda cumplió con los requisitos de procedibilidad (art 161 del CPACA), es decir, si se cumplen los requerimientos necesarios para intentar la acción. Estos se refieren a la capacidad de las partes, a que la acción no haya caducado, que se hubieran agotado los recursos de la actuación administrativa y que se haya presentado el silencio frente a los recursos interpuestos. Visto el expediente, la Sala encuentra probado que el demandante no agotó los recursos de la actuación administrativa.

En efecto, contra la resolución sanción objeto de la demanda procedía el recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 720 del Estatuto Tributario. El recurso debió presentarse en los dos meses siguientes a la notificación de dicha resolución.

Dice el artículo 720 del Estatuto Tributario:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales de este Estatuto, contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, procede el recurso de reconsideración.....” (Subrayado no es del texto original)

La Ley 223 de 1995 adicionó al artículo en comento, en el sentido de indicar que se puede acudir directamente a la jurisdicción contenciosa sin agotar el recurso de reconsideración, pero en los casos en que el contribuyente haya atendido el requerimiento especial y, a pesar de ello, se produzca la liquidación oficial, circunstancia que no se presenta en el presente asunto, porque se trata de un proceso sancionatorio, en el que no hay requerimiento especial, sino pliego de cargos, por lo que el recurso de reconsideración es obligatorio, de conformidad con la disposición trascrita³.

Ahora bien, en el sub examine la resolución fue notificada el 7 de febrero de 2012, y el recurso de reconsideración debió presentarse en los dos meses siguientes a la notificación, esto es, el 9 de abril de 2012⁴, sin que el demandante lo presentara. Por lo tanto, no se cumplió el requisito de procedibilidad para acudir

³ Sobre la obligatoriedad del recurso de reconsideración para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, léanse entre otras las sentencias del 5 de julio de 2012, radicado: 15001-23-31-000-2008-00139-01(17916) y del 1º de septiembre de 2011, radicado: 68001-23-31-000-2006-03455-01(17607), Magistrada Ponente Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

⁴ Los días 7 y 8 de abril de 2012 correspondieron a fin de semana, el siguiente día hábil fue el 9 de abril.

ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procura de que se revise la legalidad del acto administrativo.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el recurso de reconsideración no es obligatorio, como pretende hacerlo ver el demandante (argumento contrario a la reiterada jurisprudencia de esta Sala), la Sala también advierte que el medio de control ha caducado. En efecto, desde la fecha en se notificó la resolución demandada (7 de febrero de 2012) a la fecha en que se presentó la demanda de nulidad, (13 de marzo de 2013), transcurrió más de un año, razón por la que el término de cuatro meses establecido en el literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPACA fue superado ampliamente.

Las razones anteriores son suficientes para abstenerse de examinar los demás presupuestos procesales de la acción y, por ende, la Sala confirmará el auto apelado.

Por lo expuesto, el despacho,

RESUELVE

1. **Confírmese** el auto del 4 de abril de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó.
2. Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**
Presidente

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ**