



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VENTIDÓS ESPECIAL DE DECISIÓN

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil veinte (2020)

Referencia: CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD

Radicación: 11001-03-15-000-2020-02301-00

Acto: Resolución No. 000049 del 18 de mayo de 2020, proferida por el director general de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

Asunto: Avoca conocimiento

AUTO

Procede el despacho a estudiar la procedencia de asumir el conocimiento del medio de control inmediato de legalidad, previsto en el artículo 136 del CPACA, respecto de la Resolución No. 000049 del 18 de mayo de 2020, proferida por el director general de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, «*por la cual se flexibilizan transitoriamente algunas disposiciones para acceder al régimen de Compañías Holding Colombianas -CHC, de que tratan los artículos 894 al 898 del Estatuto Tributario y los artículos 1.2.1.23.3.1 al 1.2.1.23.3.5 de la Sección 3 del Capítulo 23 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada con ocasión de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social*», teniendo en cuenta los siguientes:

1. ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo previsto en el inciso segundo del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, la DIAN remitió al Consejo de Estado copia de la referida Resolución No. 000049 de 2020, para efectos de su correspondiente control inmediato de legalidad. En consecuencia, la Secretaría General de esta corporación, procedió a efectuar el reparto, correspondiéndole al suscrito magistrado el conocimiento de este asunto, lo cual fue comunicado mediante oficio del 2 de junio de 2020.



2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Este despacho es competente para sustanciar el proceso, de conformidad con el trámite previsto en el artículo 185 del CPACA¹, en concordancia con los artículos 136² y 111, numeral 8⁰³ de dicha normativa, el artículo 20 de la ley 137 de 1994 y el artículo 29 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019- Reglamento Interno del Consejo de Estado.

2.2. Estudio de procedibilidad del medio de control inmediato de legalidad

Para resolver si hay lugar o no a avocar el conocimiento del acto remitido a esta corporación, es menester verificar si se cumplen los requisitos de procedibilidad que devienen de lo prescrito en el artículo 136 *ejusdem* a saber: i) que sea dictado en ejercicio de la función administrativa; (ii) que su contenido sea de carácter general; (iii) que el mismo emane de una autoridad nacional y (iii) sea proferido en desarrollo de un decreto legislativo, durante la vigencia de cualquiera de los estados de excepción de que trata el Capítulo VI del Título VII de la Constitución Política.

2.2.1. En relación con el primero, es preciso señalar que la naturaleza de las funciones estatales, no obedece solo a un criterio meramente orgánico, sino también, a un criterio sustantivo o material, según el cual, no es el órgano que produce la manifestación de voluntad o la actividad estatal, la que define la naturaleza del acto, sino también la materia o sustancia de que está provista la misma.⁴ En consecuencia, de la amplia gama de actividad que se manifiesta en la administración pública, podemos identificar la que corresponde a la *actividad*

¹ **ART. 185.- Trámite del control inmediato de legalidad de actos.** (...) 1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los magistrados de la corporación y el fallo a la Sala Plena (...).

² **ART. 136.- Control inmediato de legalidad.** Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este código. (Subrayado fuera del original)

³ **ART. 111.- Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.** (...) 8. Ejercer el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general dictados por autoridades nacionales con fundamento y durante los estados de excepción (...).

⁴ Véase a Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Legis. Segunda Edición, 2012, Pag 4 y Benavides José Luis. Editor. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Pag 52



administrativa, que por su complejidad la componen una diversidad de contenidos: la prestación de servicios públicos, las actividades de fomento, las funciones de policía, las labores de inspección control y vigilancia, la ejecución de las obras públicas, que en últimas corresponde a los cometidos estatales. No obstante, con carácter excepcional la administración pública puede desarrollar otro tipo de funciones ajenas a la actividad administrativa, como la actividad jurisdiccional o legislativa, la cual está prevista en nuestro Estado constitucional (Art. 116, 212, 213, 214 y 215 CP). En este orden, tenemos que el control inmediato de legalidad recae sobre la *función administrativa* del Estado, razón por la cual, no puede extenderse a otros ámbitos de acción estatal.

En el presente caso, se advierte que la Resolución No. 000049 de 2020, proferida por el director general de la DIAN, dispone en su artículo 1 que: *«Por el término de duración de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que deseen acceder al régimen de Compañías Holding Colombianas– CHC, podrán presentar los documentos exigidos por el artículo 1.2.1.23.3.3 del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria a través de correo electrónico a la dirección 215361_gestiondocumental@dian.gov.co»* y si los documentos exigidos en dicha norma *«(…) son emitidos en el exterior y debe adjuntarse la apostilla y/o consularización, este último requisito podrá ser presentado dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha del levantamiento de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social a la carrera 7 No. 6c-54 piso séptimo dirigido a la Subdirección de Gestión de Fiscalización Internacional de la Dirección de Gestión de Fiscalización o quien haga sus veces. En caso de que los documentos mencionados no sean aportados en el plazo señalado, no procederá la actualización de oficio del Registro Único Tributario – RUT al estado “CHC Habilitado” de conformidad con lo establecido en el artículo 1.2.1.23.3.4 del mismo Decreto. Los términos de que trata el artículo 1.2.1.23.3.4 del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria empezarán a correr desde la fecha en la cual se radiquen los documentos con su respectiva apostilla y /o consularización»*. Por su parte, en los restantes artículos 2, 3, 4 y 5 establece disposiciones relacionadas con su oportunidad, comunicación, publicación y vigencia, respectivamente.

Lo anterior, en cumplimiento de sus competencias, consagradas en el artículo 1º del Decreto 1292 de 2015, que modificó el artículo 1º del Decreto 4048 de 2008, y de sus funciones generales contempladas en el artículo 3º de esta última normativa, razón por cual, corresponde al ejercicio de la función administrativa a cargo de esta entidad estatal, en el marco de su objeto de: *«Coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias, los derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y*



azar explotados por entidades públicas del nivel nacional y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad», y su misión de «Facilitar y garantizar el entendimiento y cumplimiento de los deberes tributarios, aduaneros y cambiarios, para contribuir a la seguridad fiscal del Estado y la competitividad del país», según su Plan estratégico 2019-2022.

2.2.2. En cuanto al segundo de los requisitos, conviene recordar que, desde el punto de vista de su contenido, los actos administrativos se clasifican en actos administrativos generales o particulares, según que sus efectos estén dirigidos a o una generalidad de personas o a un sujeto determinado o sujetos determinables. Así lo ha sostenido esta corporación de tiempo atrás, al explicar que:

La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: “Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman⁵. (Subrayado fuera del original)

En este caso, se tiene que la Resolución No. 000049 de 2020 es de carácter general, impersonal o abstracto, en tanto, flexibiliza la presentación de documentos emitidos en el exterior por el término de duración de la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social para los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que deseen acceder al régimen de Compañías Holding Colombianas- CHC, quienes son entonces sus destinatarios genéricos.

2.2.3. Respecto del tercero de los requisitos, se advierte que la DIAN esta organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya jurisdicción comprende todo el territorio nacional; por lo tanto, en la medida en que el acto objeto de análisis fue

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN “A”. Sentencia de L 4 de marzo de 2010, Expediente No. 2003-00360-01(3875-03), M.P. Alfonso Vargas Rincón.



emitido por dicha autoridad pública, se encuentra cumplida esta tercera exigencia.

2.2.4. Sobre el cuarto y último requisito de procedibilidad, es menester precisar que el Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 215 de la carta, expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual, declaró el Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días, como medida de contención para enfrentar la llegada al país del brote epidemiológico por coronavirus, COVID-19, calificado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud- OMS, el pasado 12 de marzo. En tal virtud, el gobierno nacional quedó facultado para expedir decretos legislativos tendientes a conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos, los cuales son objeto de control automático de constitucionalidad en la jurisdicción constitucional, mientras que, de conformidad con el artículo 136 del CPACA, corresponde a esta jurisdicción conocer, a través del medio de control inmediato de legalidad, de *«las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción»*.

En el presente caso, se tiene que la Resolución No. 000049 de 2020 invoca como presupuestos normativos, entre otros: (i) *«Que mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 hasta el 30 de mayo de 2020, y en virtud de la misma se adoptan las medidas sanitarias con el objeto de prevenir y controlar la propagación de COVID-19 en el territorio nacional y mitigar sus efectos»* (ii) *«Que según la Organización Mundial de la Salud -OMS la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19 es una emergencia sanitaria y social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas y una de las principales medidas, que recomienda, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección la vida y la salud de los colombianos»*; (iii) *«Que el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 adopta medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas, señalando en su artículo 3 que estas autoridades velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones»*; y (iv) *«Que el artículo 15 del mencionado Decreto señaló que durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos cumplan sus funciones mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Así mismo, cuando las funciones que desempeña un servidor público no puedan desarrollarse mediante trabajo en casa, las autoridades competentes podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y*



excepcionalmente, éstos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan».

En este orden, se evidencia que el acto administrativo *sub examine* fue dictado con fundamento y como desarrollo del Decreto Legislativo 491 de 2020, dictado dictados al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarado por el Gobierno nacional a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, de modo tal que se observa satisfecho también este último requisito para asumir su conocimiento, en los términos del artículo 136 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto, el despacho

RESUELVE:

PRIMERO: AVOCAR CONOCIMIENTO, en sede del medio de control inmediato de legalidad de que trata el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, de la Resolución No. 000049 del 18 de mayo de 2020, proferida por el director general de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, *«por la cual se flexibilizan transitoriamente algunas disposiciones para acceder al régimen de Compañías Holding Colombianas -CHC, de que tratan los artículos 894 al 898 del Estatuto Tributario y los artículos 1.2.1.23.3.1 al 1.2.1.23.3.5 de la Sección 3 del Capítulo 23 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada con ocasión de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social»*, con base en las consideraciones consignadas en este proveído y, en consecuencia, disponer según lo previsto en los artículos 185 y 186 del mismo estatuto procesal:

1. Notifíquese personalmente, a través de mensaje dirigido al buzón de correo electrónico dispuesto para recibir notificaciones judiciales, conforme a lo establecido en los artículos 197 y 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, o por cualquiera de los medios virtuales que estén a disposición de la Secretaría General del Consejo de Estado, a los siguientes sujetos procesales:
 - a. Director general de la DIAN.
 - b. Director general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
 - c. Agente del Ministerio Público.
2. Córrese traslado a la DIAN, por el término de diez (10) días, según lo establecidos en el artículo 185 del CPACA, en concordancia con el artículo 199 *ibídem*, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso.



Referencia: Control automático de legalidad
Radicación: 11001-03-15-000-2020-02301-00
Resolución No.000049 de 2020- DIAN

3. Adviértasele a la DIAN que, durante el término de traslado, deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la Resolución No. 000049 de 2020 y las demás pruebas que tenga en su poder y pretenda hacer valer en el proceso; el incumplimiento de este deber legal constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto, en concordancia con el artículo 175, parágrafo 1° del CPACA.
4. Infórmese a la comunidad en general, mediante aviso publicado en la página web de la corporación o cualquiera de los medios virtuales que estén a disposición de la Secretaría General, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar la legalidad de la Resolución No. 000049 de 2020, de conformidad con el artículo 185, numeral 2° del CPACA.
5. Vencido el término anterior, córrase traslado al agente del Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que rinda concepto, por escrito, sobre la legalidad de la Resolución No. 000049 de 2020, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185, numeral 5 del CPACA.
6. Invítese, a través de los correos institucionales que aparecen en sus respectivos portales web, al Ministerio de Hacienda, BLITA internacional, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, el Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia y el área de derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes para que, si a bien lo tienen, se pronuncien por escrito sobre la legalidad de la Resolución No. 000049 de 2020, dentro del término de traslado al agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 185 del CPACA.
7. Infórmese por conducto de la Secretaría General, que las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, conceptos, pruebas documentales y demás documentos dirigidos al Despacho sustanciador con ocasión del presente proceso, se recibirán en el correo electrónico de la Secretaría General del Consejo de Estado: «secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co», especificando en el asunto el correspondiente número de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

Se suscribe con firma escaneada, por salubridad
pública (Art. 11, Decreto 491 de 2020)

