

Honorable Magistrado
FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
Despacho

Asunto: **CONTESTACION DEMANDA**
Medio de Control: *Nulidad y Restablecimiento del Derecho* **2012-0030**
Demandante: ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A.
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

SONIA JOHANNA BAEZ MACIAS, Identificada con Cedula de Ciudadanía No. 1.055.272.219 de Santa Rosa de Viterbo y Tarjeta Profesional No. 210.856 del C. S. de la J. obrando en nombre y representación del Departamento de Boyacá, según poder otorgado, el cual anexo para que me reconozca personería, encontrándome dentro del término de fijación en lista, me permito contestar la demanda de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia, instaurada en contra del Departamento de Boyacá, en los siguientes términos:

A LAS PRETENSIONES:

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones, peticiones o declaraciones de la demanda, por carecer éstas de fundamentos facticos y jurídicos, en el sentido que el acto administrativo objeto de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra revestido de legalidad y no está afectado por la causal alguna de Nulidad establecidas en el artículo 137 del C.P.A.C.A. En primer lugar al momento en que la empresa demandante hace la solicitud de devolución de lo cancelado por concepto del impuesto de Contribución Estampilla Prodesarrollo, no anexo prueba alguna de que es el sujeto de pasivo del impuesto, pues en la Gobernación de Boyacá no existe documentos que certifiquen que el contribuyente era la Empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A., puesto que dichos pagos los efectuó HOLCIM COLOMBIA S.A., por ende no probo estar legitimada para solicitar la devolución. Igualmente en el acto administrativo objeto de demanda se le manifestó a la demandante que debía allegar los documentos que acreditaran la legitimación para dicha reclamación y su relación con la Empresa HOLCIM COLOMBIA S.A, sin embargo dicha entidad no allego estas pruebas dejando vencer los términos en sede administrativa para que el Departamento de resolviera de fondo su petición. En segundo lugar no es procedente la devolución de lo supuestamente pagado por la entidad demandante, por un lado porque no está legitimada y por otro porque la acción de Nulidad y restablecimiento del derecho no es la vía procedente para realizar ésta reclamación.

A LOS HECHOS:

AL HECHO 1. Es cierto.

AL HECHO 2. Es cierto. Sin embargo aclaro que no se allega prueba idónea por parte del accionante que permita inferir que verdaderamente la Empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. haya sido transportadora de HOLCIM COLOMBIA S.A., no existe relación de las guías de transporte soporte donde se constata la cantidad de toneladas y la clase de material que transportaba relacionada mes a mes.

AL HECHO 3. Es cierto.

AL HECHO 4. Es cierto.

AL HECHO 5. No nos consta, que se pruebe.

AL HECHO 6. No nos consta, que la empresa HOLCIM S.A le haya descontado a la entidad demandante dichos valores, pues la parte actora no prueba que mes a mes se hubiesen efectuado dichos descuentos a la empresa transportadora.

AL HECHO 7. Es cierto. Aclaro que el Departamento de Boyacá no tiene soportes documentales donde se constate que los valores pagados por HOLCIM S.A provenían de la empresa transportadora ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. y el peticionario no allego dichas pruebas en el derecho de petición.

AL HECHO 8. Es cierto.

AL HECHO 9. Es cierto. Sin embargo no solamente la prueba se refiere a la relación contractual entre HOLCIM S.A y ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A., sino también a soportes documentales mes a mes, de los cuales se pueda constatar ya sea que HOLCIM S.A descontó los valores por concepto del impuesto estampilla prodesarrollo a la empresa transportadora ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. o ya sea que la empresa transportadora se los pago a HOLCIM S.A en el periodo comprendido entre el mes de marzo de 2006 hasta noviembre de 2011.

AL HECHO 10. No es cierto. Ya que la peticionaria radicó la primera petición ante la Oficina de Recaudo y fiscalización de la Gobernación de Boyacá el día 13 de marzo de 2012, se dio respuesta mediante oficio N,D.R.F 266 de fecha 20 de abril de 2012. Y la peticionario debió interponer los recursos de ley una vez recibida la comunicación mediante la cual se le estaba informando por qué no se le podía dar trámite a su solicitud, o hubiese podido allegar las pruebas necesarios para darle una respuesta de fondo.

AL HECHO 11. Es parcialmente cierto. Ya que efectivamente la Ordenanza 031 de 2005, establecía que el sujeto pasivo de la contribución, estampilla prodesarrollo, eran las empresas transportadoras de recursos naturales no renovables, y la empresa que lo recaudaba en éste caso era HOLCIM COLOMBIA S.A., sin embargo al momento de que ésta empresa realizaba la auto declaración del tributo, nunca señaló a que empresa transportadora le recaudaba, por ende la Oficina de Fiscalización y Recaudo, no podía darle trámite a la solicitud hecha por la empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A., puesto que no allegó documentación alguna que le permitiera inferir a la Administración Departamental, que realmente ésta empresa había transportado cierto número de recursos ni tampoco verificar durante que periodos realizó los supuestos pagos.

AL HECHO 12. Es cierto. Sin embargo aclaro que dichos certificados no son prueba idónea que permita concluir que a la empresa transportadora en este caso el demandante

HOLCIM S.A le haya descontado mensualmente los valores por la contribución Estampilla Prodesarrollo.

AL HECHO 13. No nos consta. Que se pruebe el hecho de que realmente ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. era el sujeto pasivo de dicho tributo.

AL HECHO 14. No nos consta, que se pruebe.

AL HECHO 15. Es cierto.

AL HECHO 16. No es un hecho

FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

EXCEPCIONES EN FAVOR DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA

❖ FALTA DE COMPETENCIA

El oficio N,D.R.F 266 de fecha 20 de marzo de 2012, sobre el cual la demandante solicita su nulidad y eventual restablecimiento del Derecho, es un simple acto de trámite, mas no definitivo que resuelva de fondo el asunto, es decir, no contiene una decisión definitiva que ponga fin a la actuación en sede administrativa.

Así lo señala el artículo 43 del C.P.A.C.A: *“Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*.

Los actos administrativos de trámite o preparatorios son los actos preliminares que toma la administración para tomar una posterior decisión final o definitiva sobre el fondo de un asunto y los actos definitivos o principales, son los actos administrativos que deciden resolviendo definitivamente algún asunto o actuación administrativa.

El Consejo de Estado, sección primera sentencia de 29 de septiembre de 1978 ha establecido con respecto a éste tipo de actos, lo siguiente:

“Como es sabido, al lado de los actos administrativos que resuelven determinado asunto o actuación de esa índole (administrativa), conocidos como actos definitivos, existen los que sirven de medio para que los anteriores se pronuncien, llamados actos de tramite... La distinción que debe hacerse en cada caso concreto, es importante desde el punto de vista procesal, pues los meros actos administrativos no son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando no deciden definitivamente el asunto”.

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia T-945 de 2009, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, ha señalado sobre éste asunto lo siguiente:

Los actos de la administración. Actos de trámite o preparatorios y actos definitivos en los concursos.

4.1. El acto administrativo, ha sido definido como “La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”¹.

Son variadas e innumerables las formas en que la doctrina y la jurisprudencia ha clasificado los actos de la administración, bien por su contenido, por la autoridad que interviene en su elaboración, por la mayor o menor discrecionalidad de quien lo expide o por la incidencia que tengan en la decisión final, entre otras. Dentro de éste catálogo, se ha diferenciado claramente los llamados actos administrativos de carácter general y los actos administrativos de carácter particular.

Así, los llamados actos administrativos de carácter general, son aquellos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Puede existir un acto general que se dirija a algunas pocas personas o a ninguna en particular.

Por el contrario, los actos de carácter particular, son de contenido específico y concreto; producen situaciones y crean efectos individualmente considerados. Dentro de esta clasificación, la administración pública puede expedir un acto de contenido individual que puede estar referido a muchas personas concretamente identificadas².

4.2. También se han distinguido los actos administrativos según el contenido de la decisión, en actos de trámite o preparatorios y actos definitivos. Los primeros no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y en la mayoría de los casos no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

Según el inciso final del artículo 50 del C.C.A., “son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”. En tal virtud, según lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia³, los actos de trámite y preparatorios, como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración, o disponen u organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto. Es obvio, como lo advierte el aparte final de la norma citada, que un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta. Estos actos no producen efectos jurídicos para los administrados, ni crean, extinguen o modifican sus derechos subjetivos personales.

Con el fin de garantizar la eficiencia y celeridad de las funciones que le competen a la Administración, el artículo 49 del C.C.A.⁴, ha previsto que tales actos preparatorios o

¹ García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas Ediciones. Madrid. España 2001. pag. 540. Ver también Sentencia C-620 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

² Sentencia Consejo de Estado. Exp. N1570A de 1997. Sección Quinta.

³ Ver entre otras las sentencias, SU-201 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-088 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T- 105 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁴ En sentencia C-339 de 1996, M.P. Julio César Ortiz Gutierrez, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional señaló que la imposibilidad de presentar recursos contra los actos de trámite no vulnera la Constitución, si se tiene en cuenta que los mismos “no producen efectos jurídicos, en relación con los administrados, ni crean, extinguen o modifican sus derechos subjetivos personales, reales o de crédito, ni afectan sus intereses jurídicos”, de manera que los fundamentos o supuestos de derecho que tuvo en cuenta el legislador para establecer la improcedencia de recursos de vía gubernativa contra los actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución “atienden a la necesidad de evitar la parálisis o el retardo, la inoportunidad y la demora en la actividad administrativa, que debe estar, salvo excepciones señaladas en

de trámite no sean susceptibles, por regla general, de recursos en vía gubernativa, ni de acciones judiciales autónomas, de forma que su control solamente sea viable por medio de la discusión del acto definitivo que concreta la voluntad administrativa, bien sea a través de los recursos procedentes contra él o bien como causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo (art. 84 C.C.A). No obstante, dado que el control de estos actos debe hacerse a partir de los actos definitivos y demostrando la relevancia de la irregularidad previa en la ilegalidad de la decisión final, es necesario esperar a la decisión final para plantear la invalidez del procedimiento”.

De lo anterior se infiere, que dicho acto administrativo es de trámite pues está **informando** al peticionario las razones por las cuales no puede ser atendida su solicitud, acto que no es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual el despacho carece de competencia para decidir de fondo el asunto bajo estudio.

❖ INEPTA DEMANDA

La peticionaria solicitó mediante derecho de petición ante la Oficina de Recaudo y fiscalización de la Gobernación de Boyacá el día 13 de marzo de 2012, lo siguiente:

“Primero: Se ordene a quien corresponda la devolución inmediata de los dineros cancelados por ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. a favor de la gobernación de Boyacá, secretaria de Hacienda de Boyacá tributados por concepto de la contribución Estampilla Pro Desarrollo del Departamento de Boyacá en el periodo de marzo de 2006 a noviembre de 2011 que fueran reportados por la Empresa Holcim Colombia S.A. y el Municipio de Nobsa.

Segundo: Se indexen los anteriores valores y se cancelen a mi representada por no mediar legalidad en la creación y recaudo de la estampilla Pro Desarrollo del Departamento de Boyacá, de acuerdo a la decisión proferida por el Consejo de Estado con fecha 16 de septiembre de 2011”.

Oportunamente la oficina de Recaudo y Fiscalización dio respuesta a ésta petición, mediante oficio N.D.R.F 266 de fecha 20 de marzo de 2012, donde se le **informó** a la peticionaria lo siguiente:

“...su solicitud no puede ser atendida, toda vez que verificados los documentos anexos a la petición y los archivos existentes en ésta dependencia la empresa, ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A., no aparece como contribuyente de la estampilla Pro Desarrollo, además una vez revisadas las consignaciones realizadas por el concepto de pago del mencionado gravamen, se constató que estos los realizó HOLCIM COLOMBIA S.A., ...De igual manera no se allega documento alguno que demuestre legitimación en el caso para poder actuar y los registros y documentos que reposan junto a los pagos NO permiten establecer la relación entre HOLCIM COLOMBIA S.A. y ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. y de ser así los montos de celebración de estos contratos”.

En primer lugar se configura inepta demanda en el sentido que el acto administrativo sobre el cual la demandante está solicitando nulidad y restablecimiento es de trámite no definitivo, así lo ha establecido el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA, Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009). Radicación numero: 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00:

“La norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas

la ley, en condiciones de decidir en la mayor parte de los asuntos previamente a la intervención del administrado o interesado.”

necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo. La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos por la vía gubernativa y asimismo de control jurisdiccional contencioso administrativo, conforme a los artículos 49, 50 y 84 del Código Contencioso Administrativo”.

De lo anterior se infiere que el auto de fecha 20 de marzo de 2012 es de trámite puesto que no puso fin a la actuación administrativa, pues se le informó a la peticionaria que para poderle dar trámite a su solicitud era necesario allegar pruebas de que había sido la empresa transportadora de HOLCIM COLOMBIA S.A., sin embargo la peticionaria no allegó información alguna con base en ésta primera respuesta al derecho de petición que le permitiera a la Administración Departamental dar respuesta de forma definitiva y de fondo.

En segundo lugar se configura la excepción de inepta demanda, puesto que la demandante al observar su error y no allegar las pruebas necesarias, simultáneamente a la presentación de la actual demanda presente otro derecho de petición por los mismos hechos y pretensiones el 03 de julio de 2012 en el cual solicita al igual que el anterior la DEVOLUCION ESTAMPILLA PRODESARROLLO:

“...respetuosamente me dirijo a su Despacho con el fin de solicitar la devolución inmediata de los dineros cancelados por ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. a favor de la Gobernación de Boyacá, Secretaria de Hacienda y tributados por concepto de la Contribución Estampilla Pro Desarrollo del Departamento de Boyacá en el periodo de marzo de 2006 a noviembre de 2011, que fueran reportadas por la Empresa HOLCIM COLOMBIA S.A., según certificados de retención adjuntos en un monto de \$236.511.722 pesos.

Lo anterior obedeciendo que probada la condición de contribuyente de mi representada, es viable jurídicamente, de acuerdo al estatuto de rentas departamentales la devolución de lo cancelado por concepto de contribución estampilla Pro desarrollo del Departamento de Boyacá, dada la declaratoria de la nulidad de la ordenanza 031 de 2004”.

Igualmente en la misma fecha 03 de julio de 2012, nuevamente la peticionaria mediante oficio hace aclaración a la petición radicada el mismo día, expresando que la solicitud de devolución es a favor de la empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A.

La Oficina de recaudo y fiscalización le dio respuesta parcial a la anterior petición mediante oficio de DRF-575 de fecha 25 de julio de 2012, posteriormente ésta oficina expide Resolución No. 000662 de fecha 09 de noviembre de 2012 mediante la cual se rechaza una solicitud de devolución Estampilla Pro Desarrollo, contra la cual la apoderada de la Empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. el 29 de noviembre de 2012 interpone recurso de reposición y en subsidio apelación; la Oficina de Recaudo y Fiscalización expide la Resolución No. 000034 de 2013 de fecha 25 de enero, mediante la cual resuelve confirmar en su totalidad todo lo expuesto en la Resolución No. 000662 del 09 de noviembre de 2012 y concede recurso de apelación ante el Despacho de la Secretaria de Hacienda del Departamento de Boyacá de conformidad con los artículos 74 y ss de la ley 1437 de 2011. Actualmente el procedimiento administrativo no ha terminado, es decir aún no se ha agotado dicho procedimiento ante la Gobernación de Boyacá, entidad acá demandada.

Como se evidencia existe ineptitud de la demanda por falta de requisitos sustanciales para acudir ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues por un lado el acto administrativo objeto de nulidad y restablecimiento es un auto de trámite y por otra parte, el procedimiento administrativo aún no ha cesado en sede administrativa, pues la demandante pese a que sabía que había incurrido en un error al no allegar las pruebas pertinentes que acreditaran su relación con la empresa HOLCIM COLOMBA S.A y que en ultimas le permitirían a la Gobernación de Boyacá dar una respuesta de fondo a la petición que consista en la devolución de los dineros pagados por concepto de la Estampilla Pro desarrollo contenida en la Ordenanza 031 de 2005, acude ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo para pretender la nulidad de un acto administrativo de trámite. Por tanto aún no se ha agotado el requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción, pues con la actuación de la parte actora no le permitió a la administración pronunciarse de fondo y de forma definitiva, violando así la confianza legítima a la que debe estar sujeto tanto el administrado como la administración.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA en sentencia de fecha tres (3) de febrero de dos mil once (2011):

“El artículo 135 del C.C.A. condiciona la solicitud de nulidad de un acto administrativo de carácter particular, y por ende el restablecimiento del derecho del actor, al agotamiento de la vía gubernativa ante la misma administración, la cual finaliza mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. Se trata entonces de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta Jurisdicción el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendida. A su vez, es concebido en dos sentidos, a) como una garantía y b) como una obligación. Lo primero porque constituye un instrumento del cual goza el administrado para que las decisiones adoptadas por la administración, a través de un acto administrativo particular que perjudique sus intereses, sean reconsideradas por ella misma sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, se busca que la administración pueda enmendar los posibles errores subyacentes en sus propios actos administrativos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Ahora bien, el artículo 63 del C.C.A. consagra que se agota la vía gubernativa: i) cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, ii) cuando siendo procedentes los recursos ya fueron decididos y iii) cuando los actos administrativos queden en firme por no haberse interpuesto los recursos de reposición o queja. Sin embargo, no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido. En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración”.

❖ FALTA DE LEGITAMACION POR ACTIVA

Para Giuseppe Chiovenda "esta condición de la sentencia favorable se puede designar con el nombre de cualidad para obrar... preferimos nuestra vieja denominación de legitimatio ad causam (o legitimidad para obrar). Con ella se expresa que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo

favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva). Con el nombre de Legitimatío ad processum se indica, por el contrario, un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros".

Así pues, se concluye que la legitimidad de la parte actora no se encuentra acreditada, toda vez que no obra en el proceso prueba idónea y conducente que permitan extraer que la empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A., le transportó a la empresa HOLCIM COLOMBIA S.A., recursos naturales no renovables y sus derivados, y que por ende le descontó sumas de dinero por concepto de Estampilla Pro Desarrollo. La parte actora no prueba que cantidad de material ni en que fechas ni el valor retenido por el número de toneladas que transportaba.

Por consiguiente, no se encuentra la ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. legitimada para solicitar la devolución de los pagos efectuados por concepto de Estampilla Pro Desarrollo.

❖ INDEBIDO AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: CONCILIACION EXTRAJUDICIAL.

Con respecto a la solicitud presentada por la apoderada del convocante, el objeto de la conciliación fue la nulidad y restablecimiento del derecho, con respecto a la respuesta realizada por el Director de Recaudo y Fiscalización contenida en el oficio N, D.R.F 353 de fecha 04 de abril de 2012, sin embargo la convocante no mencionó que de forma simultánea con la demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo elevó un nuevo derecho de petición ante la Gobernación de Boyacá, por los mismos hechos y pretensiones, pero anexando las pruebas que no permitieron a la Administración dar respuesta de fondo a la primera petición. Procedimiento administrativo que aún a la fecha de la presente contestación se encuentra en trámite ante el Departamento de Boyacá.

❖ CUMPLIMIENTO DE DEBER CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El ARTÍCULO 88 del Código de Procedimiento Administrativo señala sobre la *PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO*, lo siguiente:

"Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar".

Mientras la Ordenanza 031 de 2005 estuvo vigente, ejecutoriada y al ser considerada como un acto administrativo eficaz, éste impone deberes y obligaciones en cabeza tanto de la administración como de los administrados, los actos administrativos por regla general son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativo, por tanto antes de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 031 de 2005 y su decreto reglamentario, las sumas recibidas por concepto de Estampilla Prodesarrollo son legales y por ende constituyen situaciones jurídicas consolidadas, sin existir causal legal para su eventual devolución.

❖ LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

La Oficina de Recaudo y Fiscalización de la Gobernación de Boyacá, en cumplimiento de un mandato legal y constitucional, dio respuesta en forma oportuna del derecho de petición elevado por la Empresa demandante, sin embargo éste acto administrativo es de los llamados actos de trámite, pues contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, por tanto fue expedido de forma legal, pues se le indico a la peticionaria que no se le podía dar trámite o contestar de fondo su solicitud pues la Gobernación no tenía soportes de que la empresa HOLCIM COLOMBIA S.A le recaudaba a la empresa transportadora ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. Decisión que no impidió que se continuara con la actuación administrativa, tanto así que permitió a la demandante a que presentara una nueva petición allegando las pruebas que la acreditaban como la empresa transportadora supuestamente de HOLCIM COLOMBIA S.A, quien en ultimas era la encargada de recaudar el tributo, realizar la respectiva auto declaración y pagos del mismo, tal como se evidencia en las pruebas que obran en la Oficina de Archivo de la Recaudo y Fiscalización, donde ésta empresa nunca relaciono a que empresa transportadora le descontaba la contribución.

FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS

El acto administrativo objeto de nulidad y restablecimiento del derecho es un acto administrativo de trámite, es decir, que no contiene una decisión de fondo o definitiva, que le permita al peticionario acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO de fecha diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011):

“Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo Colombiano no contiene una definición sobre acto administrativo, la doctrina ha intentado definirlo expresando que se entiende como tal la manifestación de la voluntad de la administración, que en cumplimiento de funciones administrativas, esta encaminada a producir efectos jurídicos. (...) Ahora, la Sección Primera de esta Corporación ha clasificado los actos administrativos en actos definitivos o actos de trámite. En este sentido ha sostenido que solo los actos administrativos definitivos que producen efectos jurídicos son enjuiciables por esta jurisdicción, en consecuencia, como los actos de trámite, en principio, no producen efectos jurídicos, escapan de la jurisdicción contencioso administrativa. (...) Como se aprecia del estudio del caso concreto y de la citada jurisprudencia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los segundos, generalmente, no son enjuiciable por asta jurisdicción. De acuerdo con lo anterior, reitera la Sala en esta oportunidad que los actos de trámite solo podrán ser enjuiciados ante esta jurisdicción cuando generen efectos reales frente a otros sujetos de derecho. En este orden de ideas, en el proceso objeto de estudio, como quiera que los actos acusados no modifican, extinguen o crean una nueva situación jurídica a la parte actora, no pueden ser considerados como actos administrativos definitivos, y en consecuencia, no son enjuiciables ante esta jurisdicción”.

Pues mediante ésta respuesta se le estaba informando a la peticionaria que no allegó prueba que permitiera establecer su relación con HOLCIM COLOMBIA S.A., y menos aún prueba de los pagos por concepto de Estampilla Pro desarrollo, situación que le permitió a la demandante para presentar una nueva solicitud ante la Gobernación de Boyacá con los mismos hechos y pretensiones y bajo los mismos argumentos la devolución de los supuestos pagos. Razón por la cual nos asiste razón en afirmar que se configura INEPTA DEMANDA, pues en primer lugar el acto objeto de demanda es un acto administrativo de trámite, y como la empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A., simultáneamente a la presentación de la presente demanda, presenta un nuevo derecho de petición, procedimiento administrativo que no ha finalizado.

Efectivamente, el 16 de septiembre de 2011 se declaró la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 12 de Ordenanza No 031 de 25 de octubre de 2005 y del Decreto Departamental 276 del 10 de febrero de 2006 por medio del cual se adopta el formulario de auto declaración para el recaudo de la Estampilla Prodesarrollo del Departamento de Boyacá, prevista en la Ordenanza 031 de 2005.

Una vez declarada en sede jurisdiccional la nulidad del acto administrativo por extralimitación en el ejercicio de sus potestades tributarias a las que debía sujetarse, las consecuencias después de dicha declaratoria consisten en la pérdida de validez y de vigencia del acto administrativo, y con ello, de su fuerza ejecutoria, pues ha desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho. Sobre el asunto el Código de Procedimiento administrativo ha establecido, lo siguiente:

Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.

Artículo 91. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y por lo tanto no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. "Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o derecho.
3. Cuando al cabo de 5 años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia."

Por tanto, los artículos anulados de la Ordenanza 031 de 2005 ya no forman parte del ordenamiento jurídico, y no son fuente de la obligación tributaria sustancial de la

contribución Prodesarrollo, pues éste perdió su causa y legitimidad para su cobro, al igual que las cargas o deberes secundarios de percepción, recaudo y traslado de los recursos derivados de la existencia del tributo. Debe afirmarse entonces, que después de la ejecutoria de la sentencia, no procede liquidación, cobro o recaudo alguno del impuesto inexistente y los recursos que con posterioridad a ella se hayan percibido, deben ser devueltos de oficio a los contribuyentes.

Razón por la cual el Departamento de Boyacá, posterior a la declaratoria de nulidad no continuó haciendo efectivo el recaudo del tributo; ahora bien con respecto a las obligaciones que surgieron a cargo del contribuyente durante la vigencia de dicha ordenanza, La Corte Constitucional en sentencia C-785 de 2012 señaló con respecto a la irretroactividad de la ley, lo siguiente:

“Acorde con la Constitución, el ordenamiento jurídico tributario se fundamenta en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Además la Carta sostiene que las leyes tributarias no pueden ser aplicadas con retroactividad. De igual manera se señala que las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo. La irretroactividad de la ley tributaria pretende en esencia salvaguardar el principio de seguridad jurídica. En efecto, el hecho de que la norma tributaria tenga como característica el ser antecedente a la producción de las consecuencias normativas que establece, garantiza que el beneficiario o destinatario de la disposición la conozca, impide que el receptor o receptores de la norma tributaria sean sorprendidos con el gravamen y salvaguarda el principio constitucional de legalidad. Si bien es cierto, el principio es general en relación con la irretroactividad de la ley tributaria, la Corte Constitucional ha entendido que su aplicación no puede ser absoluta, en aquellos eventos en los cuales se disponen modificaciones que resultan benéficas al contribuyente. Al respecto se señaló: "Si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, si puede aplicarse en el mismo período sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución. La prohibición contenida en esta norma está encaminada a impedir que se aumenten las cargas del contribuyente, modificando las regulaciones en relación con períodos vencidos o en curso. La razón de la prohibición es elemental: El que el Estado no pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe". No obstante lo anterior, esta Corporación ha modulado la excepción citada, en el sentido de que la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a leyes tributarias está atada a la presencia de situaciones jurídicas consolidadas. Al respecto se indicó que el concepto de derechos adquiridos está intrínsecamente vinculado con la garantía de protección de situaciones jurídicas consolidadas, lo cual a su vez, está relacionado con el principio de irretroactividad de la ley, según el cual los efectos retroactivos de las leyes en materia tributaria no pueden afectar situaciones ya reconocidas y cuyos efectos se hayan dado bajo una legislación anterior, por lo cual este principio prohíbe en materia de tributos que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo que se trate de una disposición favorable para el contribuyente”.

De lo anterior se infiere que en materia tributaria no se habla de derechos adquiridos sino de situaciones jurídicas consolidadas, puesto que estas tienen un efecto directo en los derechos y obligaciones de los particulares frente al fisco. Lo que significa que el recaudo de la contribución Prodesarrollo durante los años 2006, 2007, 2008, 2009,

2010 y 2011, se encontraba sujeto bajo el principio de legalidad, pues por un lado la administración departamental se encontraba en la obligación y legitimado de recaudar dicho tributo pues estaba dando cumplimiento a la imposición de un tributo contenido en la Ordenanza 031 de 2005, preceptos legales que son de obligatorio cumplimiento tanto por el administrado como por la administración, y el administrado estaba obligado a cumplir los deberes legales y constitucionales, los cuales consistían en efectuar su pago.

Es claro que la ordenanza cobró firmeza, y quedó ejecutoriada desde el momento de su publicación, al respecto establece el decreto 1222 de 1986 régimen departamental.

ARTICULO 83.-Las ordenanzas rigen en todo el territorio del departamento, treinta (30) días después de su publicación en el periódico oficial. Sin embargo, las asambleas pueden reglamentar este punto como a bien lo tengan, pero en todo caso ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación.

ARTÍCULO 84.-Las disposiciones sobre derogación de las leyes se hacen extensivas a las ordenanzas.

ARTICULO 85.-Las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (C.P., ARTICULO 192).

ARTICULO 86.-Las ordenanzas u otros actos de las asambleas departamentales anulados definitivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo, en el concepto de ser contrarios a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a las asambleas para ocuparse de tales asuntos.

PARAGRAFO-Las ordenanzas y demás actos que se expidan en contravención de esta disposición son nulos. Los gobernadores objetarán los proyectos de ordenanza que se encuentren en este caso, y estas objeciones sólo podrán ser declaradas infundadas por la mayoría absoluta de los votos de los diputados.

ARTÍCULO 87.-Si el gobernador no cumple el deber de objetar los proyectos de ordenanza, o si las objeciones fueron declaradas infundadas por la asamblea, el acto es acusable por cualquiera de las autoridades o de las personas que puedan hacerlo.

ARTICULO 88.-Para todo lo relativo a la nulidad de las ordenanzas se estará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo. (D.L. 01/84)

De lo anterior se infiere, que la petición de devolución de lo pagado en virtud del impuesto creado por la ordenanza 031 de 2005, no es procedente, amparado bajo el principio de presunción de legalidad de la ordenanza durante su vigencia y las normas anteriores.

El Honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha 18 de julio de 2012, MP: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, Radicación número: 11001-03-27-000-2006-00044-00(16191), establece con respecto a los efectos de los fallos de nulidad:

“...Si bien la parte actora incluyó hechos alusivos a situaciones jurídicas particulares y concretas, y pretensiones que, a su juicio, se derivarían si los cargos de nulidad propuestos llegaran a prosperar y se dictara una sentencia de nulidad; para la Sala es

claro que las sentencias de nulidad de actos administrativos de carácter general no generan ningún restablecimiento del derecho, así éste se haya pedido. Así mismo, para la Sala es claro que esas sentencias no tienen efectos retroactivos, como parece creerlo la parte actora. Por el contrario, esas sentencias tienen efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, porque si bien los actos administrativos de carácter general, con fundamento en el criterio orgánico y en sentido formal no son Leyes, si lo son con fundamento en el criterio material, porque, al igual que la ley, tales actos también mandan, prohíben o permiten.

Las leyes, en sentido formal y material, crean situaciones jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto y, por eso, se requiere que se cumplan los presupuestos de la ley para que se cree una situación jurídica particular, personal y concreta. Esas situaciones jurídicas particulares, personales y concretas se expresan en actos administrativos, expresos, tácitos, presuntos o fictos, estos sí demandables en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, excepcionalmente, en acción de nulidad simple

En esa medida, “La [simple] nulidad en el proceso contencioso administrativo (...) sólo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, por lo tanto involucra una pretensión general y no particular.”

Por eso ha dicho el Consejo de Estado que “La declaración de inexequibilidad equivale a una declaración de nulidad. (...) la sentencia de inexequibilidad: no tiene efecto retroactivo, todo lo contrario, sus efectos son hacia el futuro y, por consiguiente, se reconocen los actos y situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley. (...) tanto la inexequibilidad como la nulidad se asimilan. Por lo tanto, los efectos de la primera son perfectamente aplicables a la segunda.”

Y eso es así, porque, como también lo ha dicho el Consejo de Estado, “(...) el fallo de nulidad se puede asimilar al de inexequibilidad porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto (...)”.

De conformidad con lo anterior se concluye que, a partir de la consideración de la naturaleza de los actos administrativos generales su anulación no tiene por qué generar efectos distintos de los que produce la declaratoria de inexequibilidad de una ley en sentido formal, esto es su inejecutabilidad, obviamente hacia el futuro. Así las cosas, resulta claro que el fallo de nulidad proferido sobre la Ordenanza No. 031 del 25 de octubre de 2005, surte sus efectos hacia el futuro, y por tanto no afecta las situaciones jurídicas nacidas durante su vigencia.

Sin embargo es necesario aclarar, que la Ordenanza 031 de 2005, estableció como sujeto pasivo de la Contribución:

“Art. 3 SUJETO ACTIVO Y PASIVO: el sujeto activo de la contribución de que trata la presente ordenanza, será el departamento de Boyacá. Los sujetos pasivos contribuyentes de la misma serán todas las personas naturales o jurídicas que transporten por vía terrestre y por vía férrea recursos naturales no renovables y sus derivados, de acuerdo con lo dispuesto en esta ordenanza”.

Igualmente el artículo 8 señalaba:

“RECAUDO. Son responsables del recaudo de ésta contribución los Municipios de origen de los materiales y las industrias cementeras, industrias de hierro, industrias siderúrgicas y demás que mediante reglamentación establezca el Departamento, que transporten sus materiales y/o productos con la excepción prevista en el artículo 4 de la presente Ordenanza”.

En éste evento y en el caso objeto de estudio, la empresa encargada de realizar el respectivo recaudo de la Estampilla Pro Desarrollo, era HOLCIM COLOMBIA S.A., quien mes a mes realizo los pagos por concepto del tributo en mención, sin embargo al momento de realizar la respectiva autodeclaracion solamente señalaba el tipo de recurso natural no renovable y sus derivados, el valor que recaudo, pero no mencionó a que empresa transportadora le recaudaba, además HOLCIM COLOMBIA S.A., tenía varias empresas transportadoras.

Igualmente, el Departamento de Boyacá desconoce a qué empresa HOLCIM COLOMBIA S.A., le retuvo la sumas por concepto de estampilla Pro Desarrollo, pues no obra en el proceso certificados de retención discriminados mes a mes o diariamente de la cantidad de recursos o sus derivados que transportaba la empresa ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. y la suma de cada retención, que le permitan inferir tanto a la entidad Territorial, como a su despacho Honorable Magistrado que efectivamente a ORGANIZACIÓN LOGISTICA TRANSPORTADORA S.A. pagó por concepto de Estampilla Pro Desarrollo durante los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011.

Por lo anteriormente expuesto, solicito Honorable Magistrado muy respetuosamente negar las suplicas de la demanda.

PRUEBAS:

- ✚ Copia del procedimiento administrativo que cursa actualmente ante la Gobernación de Boyacá, Oficina de Recaudo y Fiscalización. Derecho de Petición de fecha 03 de julio de 2012, respuesta parcial mediante oficio de DRF-575 de fecha 25 de julio de 2012.
- ✚ Resolución No. 000662 de fecha 09 de noviembre de 2012, recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. 000662 de fecha 09 de noviembre de 2012, Resolución No. 000034 de fecha 25 de enero de 2013, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición y se concede el de apelación.
- ✚ Copia del formato de declaración mensual realizada por HOLCIM COLOMBIA S.A., copia del comprobante de consignación y copia del comprobante de ingreso mensual a Tesorería desde el año 2008 hasta el año 2011 con ocasión a la estampilla Pro Desarrollo. Copia de informe estampilla pro desarrollo año 2007 y año 2006. Estos pagos se efectuaban mes vencido.

ANEXOS

Me permito acompañar a la presente contestación de la demanda los siguientes documentos:

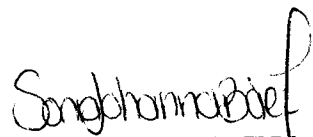
1. Los del acápite de pruebas. Y **EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO:** Derecho de Petición de fecha 13 de marzo de 2012; respuesta mediante Oficio N, DRF 266 de fecha 20 de marzo de 2012; derecho de petición de fecha 03 de julio de 2012, respuesta mediante oficio DRF-575 de fecha 25 de julio de 2012, Resolución No. 000662 de fecha 09 de noviembre de 2012, recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. 000662 de fecha 09 de noviembre de 2012, Resolución No. 000034 de fecha 25 de enero de 2013, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición y se concede el de apelación
2. Poder para actuar
3. Copia auténtica del Acta de Posesión donde consta la posesión como Gobernador del Departamento de Boyacá Doctor JUAN CARLOS GRANADOS BECERRA, con la respectiva certificación de ejercicio de funciones expedida por la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá.
4. Copia auténtica de la Escritura Pública No. 0054 del 13 de enero de 2012 donde consta la posesión como Director Jurídico al Doctor HENRY ALBERTO SAZA SANCHEZ, con la respectiva certificación de ejercicio de funciones expedida por la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá

NOTIFICACIONES:

Recibiré notificaciones en la Oficina Jurídica del Departamento de Boyacá ubicada en el Palacio de la Torre, calle 20 número 9-90, de la ciudad de Tunja.

Señor Juez Sírvase reconocerme personería jurídica.

Atentamente,



SONIA JOHANNA BAEZ MACIAS

C.C. No. 1.055.272.219 de Santa Rosa de Vbo.

T.P. No. 210.856 del C.S. de la J.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SECRETARIA
La anterior con estado de devuelto en 200
folios y sus anexos, es presentada por el Sr. Sonia Johanna Baez Macias
Por el Dr. Sonia Johanna Baez Macias
Quien se identifica, con el P. No. 210.856
Hoy 10 de AGO. 2013 a las 10:00 horas.
SECRETARIO
CC-1055.272.219
Firma: Sonia Johanna Baez Macias