

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

MAGISTRADA PONENTE: MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA

Riohacha, dieciocho de julio de dos mil trece.

REFERENCIA: CONCILIACION PREJUDICIAL
CONVOCANTE: EXXONMOBIL DE COLOMBIA
CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA
RADICACION: 44-001-23-33-002-2013-00120-00

Competencia. De conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 640 de 2001, procede el Tribunal a estudiar la viabilidad de impartir o no aprobación a la conciliación extrajudicial suscrita el día 4 de junio 2013, ante la Procuraduría 154 Judicial II Administrativa de Riohacha, entre la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA y el Departamento de la Guajira.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

El 14 de febrero de 2011, presentó solicitud de conciliación extrajudicial, el doctor Rafael Darío Solano Arregocés, en calidad de apoderado de la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA, con el fin de obtener la devolución de la suma de \$1.906.866.694 más los intereses legales e indexación por pérdida del valor adquisitivo de la moneda colombiana, a partir del 7 de septiembre de 2005, a consecuencia del cobro de dinero embargado y remanente del mismo, relacionado con un proceso de cobro coactivo, iniciado por el Departamento de La Guajira, en contra de la citada empresa, por no presentar declaración mensual del impuesto de la Estampilla – Pro desarrollo Fronterizo, por el período de enero a mayo de 2004, y en consideración a que los actos administrativos expedidos en el proceso de cobro coactivo fueron declarados nulos, por la jurisdicción contenciosa

administrativa, en dos procesos de nulidad y restablecimiento instaurados por la empresa convocante.

2. El acuerdo conciliatorio.

Luego de tres solicitudes de aplazamiento, en dos oportunidades por la empresa convocante y una de manera conjunta por las partes¹, finalmente es celebrada la audiencia de conciliación el día 4 de junio de 2013, diligencia de la cual se extraen como aspectos relevantes los siguientes:

- La apoderada del Departamento de La Guajira hace lectura de la propuesta de conciliación, aprobada por el comité constituido para dichos efectos en dicha entidad así:

Mediante sentencias del 1 de agosto de 2008 y 1 de septiembre de 2011, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO y el CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, respectivamente, anularon las resoluciones 005 del 28 de octubre de 2004 y 234 del 12 de abril de 2005 por la cual se impuso una sanción y se resuelve un recurso en razón a la sanción, por no declarar impuesto de Desarrollo Fronterizo por los meses de enero a marzo de 2004. En conclusión, con la expedición de los actos anteriores se embargó por jurisdicción coactiva la suma de 41.906.866.694, como medida preventiva. Posteriormente se liquidó y aprobó el crédito por valor de \$1.150.603.363, a favor del **DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA** y en consecuencia, correspondía devolver el valor restante a la empresa **EXXONMOBIL S.A**, lo cual no se hizo sino que se procedió, incluso, a tomar los dineros de propiedad de **EXXONMOBIL S.A** y **no del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA** de la siguiente manera: Al valor de medidas cautelares por \$ **1.906.866.694**, se le restan el valor del crédito aprobado por **\$1.150.603.363** y el valor de las costas y Agencia en derecho por **\$119.707.749**, resultando el valor de **\$ 636.555.582**, valor este que debía devolverse a la entidad ejecutada. Una vez finalizado el proceso de jurisdicción coactiva, el Departamento ha debido devolver la suma de **\$636.555.582** a la empresa convocante, pero de los cuales el Departamento de La Guajira, a nuestro juicio, de manera indebida, utilizó dineros de dicha empresa por valor **de \$319.514.260**. Con los actos administrativos demandados y anulados, el Departamento de La Guajira utilizó recursos de la empresa EXXONMOBIL S.A así:

POR CONCEPTO DE CRÉDITO	\$1.150.603.363
POR CONCEPTO DE AGENCIAS EN	\$119.707.749

¹ Consta en el expediente solicitud de aplazamiento de audiencia para los días 10 de abril, 29 de abril y 8 de mayo de 2013, folios, 116, 120 y 136 respectivamente.

DERECHO	
DINEROS UTILIADOS DE MANERA IRREGULAR	\$317.041.322
TOTAL	\$1.587.352.434

El valor de **\$1.587.352.434**, se actualizó de la siguiente manera: desde el 7 de septiembre de 2005, fecha en que se practicó el embargo, hasta el 31 de marzo de 2013. Con relación a los intereses sólo proceden a partir de la ejecución de la sentencia declarativa, el día 31 de octubre del 2012 hasta el 31 de marzo del 2013. Dando como resultado actualizado el valor de **DOS MIL, CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES, OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL, CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$2.143.877.436.04)**, más los intereses moratorios por valor de **CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES, CIENTO SESENTA Y SIETE MIL, DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$192.167.243)** para un total de **DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES, CUARENTA Y CUATRO MIL, SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON CUATRO CENTAVOS. (\$2.336.044.679.04)**, en conclusión en mi calidad de apoderada del Departamento de La Guajira, propongo conciliar por la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES, CUARENTA Y CUATRO MIL, SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON CUATRO CENTAVOS. (\$2.336.044.679.047)**, la cual será cancelada dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes, una vez aprobada por el Tribunal Administrativo de la Guajira y presentada la Oficina Asesora Jurídica del Departamento de la Guajira. La cual será cancelada dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes, una vez sea aprobada por el Tribunal Administrativo de la Guajira y presentada a la Oficina Asesora Jurídica del Departamento de la Guajira.

Escuchada la propuesta, la misma es asentida por el apoderado de la entidad convocante al manifestar: *“Acepto la propuesta presentada por la apoderada de la entidad convocada y la forma de pago estipulada”*.

3. Pruebas obrantes en el expediente.

A efectos de respaldar las pretensiones formuladas por la empresa convocante, a la audiencia de conciliación se allegaron copia de las siguientes pruebas documentales:

- Sentencia de fecha 1 de agosto de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, Magistrado Ponente, Doctor Jairo Ruiz Rueda (fl.17-32).
- Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Alberto Orlando Jaiquel (fl.34- 48).

- Sentencia de fecha 1° de septiembre de 2011, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero Ponente Doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenas, mediante la cual se decide recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 1° de agosto de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira (fl.49-74), edicto No. 296 que notifica dicha providencia (fl.75).
- Auto de mandamiento de pago de fecha 5 de agosto de 2005, suscrito por el tesorero del departamento de La Guajira, proferido en proceso de cobro coactivo, en donde funge como ejecutado EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A (fl. 76-77).
- Acta de notificación de mandamiento de pago de fecha 31 de agosto de 2005 (fl.78).
- Poder para notificación personal de mandamiento de pago en el proceso de cobro coactivo seguido contra EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A (fl.81).

Así mismo se allegaron los siguientes documentos:

- Copia autenticada de solicitud de levantamiento de medidas cautelares de fecha 5 de septiembre de 2005, presentadas en el plurimencionado proceso de cobro coactivo, por la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A (fl.82-83).
- Escrito de excepciones con constancia de recibido de fecha 7 de septiembre de 2005, presentadas por la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. en el aludido proceso de cobro coactivo (fl.84-86).
- Copia simple de la resolución No. 1051 de 2005 por medio de la cual se resuelve una excepción, suscrita por el tesorero departamental. (fl.87-90).
- Recurso de reposición contra la resolución No. 1051 del 18 de octubre de 2005, con constancia de recibido 6 de diciembre de 2005 (fl. 91-94).

- Resolución No. 041 de 2005, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición (fl.95-96).
- Copia de constancia de notificación de la resolución No. 041 de fecha 27 de enero de 2006. (97).
- Copia de oficio de comunicación de embargo dirigido al Banco Bogotá de fecha 21 de agosto de 2005, suscrito por el tesorero del Departamento de la Guajira en calidad de funcionario ejecutor (fl.98-99).
- Copia de formato de consignación de depósitos judiciales, por la suma de \$1.906.866.694 (fl.100).
- Copia de oficio de fecha septiembre 2005, en el cual el Banco de Bogotá pone a disposición del Departamento de la Guajira la suma de \$1.906.866.694, como consecuencia de una medida de embargo (fl.100).
- Copia de escrito de devolución de la suma de \$1.906.866.694, presentado por el apoderado de la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., ante el Director de Rentas e Impuestos del Departamento de La Guajira y/o tesorero departamental (fl.103-106).
- Respuesta a solicitud de devolución de la suma de \$1.906.866.694, suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento de La Guajira. (fl. 107).
- Oficio de fecha 30 de enero de 2013, dirigido a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, suscrito por el apoderado de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A, donde le informa acerca de la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial. (fl.110).
- Oficio dirigido al señor Gobernador del Departamento, suscrito por el apoderado de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A, donde le informa acerca de la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial. (fl.111).

4. Fundamentos legales y jurisprudenciales.

La conciliación prejudicial ha de ser vista por la administración pública como el ejercicio de una de las potestades con las que la Constitución Política y la ley la han dotado para revisar sus actos, hechos y contratos de manera que cumpla con su función de evitar la causación de daños antijurídicos o de que en los casos en que los haya causado, pueda aminorar las consecuencias patrimoniales negativas que de ellos se deriven.

El artículo 56 del Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución, es del siguiente tenor literal:

ARTICULO 56. ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE CONCILIACION. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO 1o. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

PARAGRAFO 2o. <Ver Notas del Editor> No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario (artículo 70 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 59 de la Ley 23 de 1991).

Así mismo mediante la expedición del Decreto 1716 de 2009 reglamentario del artículo 13 de la ley 1285 de 2009 y del Capítulo V de la ley 640 de 2009 se determinaron los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativa y en el artículo 2 se estableció lo siguiente

"ART. 2º—Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a

través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

PAR. 1º—No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

— Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.

— **Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.**

— Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

PAR. 2º—El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

PAR. 3º—Cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.

PAR. 4º—En el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, se entenderá incluida la acción de repetición consagrada en el inciso segundo de dicho artículo.

PAR. 5º—El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998”

Del texto de las normas en cita, así como de la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado², son requisitos que se deben cumplir a efectos de impartir aprobación a los acuerdos conciliatorios los siguientes:

1. Que no haya operado la caducidad de la acción.
2. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.
3. Que las entidades estén debidamente representadas. y que tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio.
4. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación.
5. Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.

² 1 Auto del 21 de octubre de 2004. M.P. Germán Rodríguez Villamizar, Radicado: 2002-2507-01 (25140), actor: Seguros Liberty S.A., demandado: Empresa Inmobiliario Cundinamarquesa Conciliación Prejudicial: No. 2012 – 00115

Conocidos los requisitos necesarios para acceder a la aprobación de un acuerdo conciliatorio, este Tribunal improbará el sometido a consideración, por carencia de uno de ellos, tal como se detalla a continuación.

5°. El caso concreto

La conciliación no versa sobre derechos económicos disponibles de la convocada.

En el caso concreto entiende el Tribunal que el origen de la conciliación, deviene de los perjuicios ocasionados por el Departamento de La Guajira a la entidad convocante con ocasión de la expedición del acto administrativo a través del cual el ente territorial profiere medida cautelar consistente en embargo de dineros de propiedad de EXXON MOBIL S.A por valor \$1.150.603.363, dentro del proceso de cobro coactivo que inicia en contra de la citada empresa por el no pago del impuesto de la Estampilla Pro Desarrollo Fronterizo por los meses de enero a mayo de 2004.

Dentro del expediente está acreditado que la empresa convocante inició ante este Tribunal, dos acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en las cuales formuló pretensiones dirigidas a controvertir actos administrativos expedidos con ocasión del proceso de cobro coactivo, génesis del acuerdo que hoy se somete a consideración.

En la demanda de la primera acción incoada³, se advierte que se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas⁴:

PRIMERA- Que son nulos los siguientes actos administrativos:

³ De las pruebas aportadas al proceso, específicamente del contenido de la sentencia de fecha 1 de agosto se deduce que la demanda fue presentada el 13 de julio 2005 (fl.20)

⁴ Fl.17

REFERENCIA: CONCILIACION PREJUDICIAL

CONVOCANTE: EXXONMOBIL DE COLOMBIA

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

RADICACION: 44-001-23-33-002-2013-00120-00

Página 9 de 12

1. La resolución No. 005 del 28 de octubre de 2004, originaria del Director de Rentas de Impuestos Departamentales de la (sic) Guajira, por medio de la cual se impuso una sanción de \$703.546.575 por la supuesta infracción de no haber presentado declaración tributaria de impuesto de Estampilla Pro-Desarrollo Fronterizo, por los meses de enero a mayo de 2004.
2. La resolución N° 234 del 12 de abril de 2005, originaria del Director de Rentas de Impuestos Departamentales de la (sic) Guajira, por medio de la cual, al resolver el recurso de reposición contra la anterior resolución, se aumentó a la cantidad de \$953.433.347 la sanción por no declarar el Impuesto de Estampilla Pro-Desarrollo Fronterizo, por los meses de enero a mayo de 2004.

SEGUNDA. Que, como consecuencia de las nulidades de que se trata, se declare la compañía EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A, no está obligada a pagar suma alguna por concepto de no haber presentado la declaración de Impuesto de Estampilla Pro-Desarrollo Fronterizo por los meses de enero a mayo de 2.004.

TERCERA. Que el Departamento de la (sic) Guajira está obligado a pagar las costas del presente proceso.

Así mismo advierte el Tribunal que con la segunda demanda presentada fueron formuladas las pretensiones que se detallan a continuación⁵.

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a) La Resolución No. 1051 del 18 de octubre de 2005, proferida por la Tesorería Departamental de La Guajira, la cual declaró improcedente la excepción de "interposición de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho"
- b) La resolución No. 041 de fecha 27 de enero de 2005, proferida por la Tesorería Departamental de La Guajira, la cual confirmó la Resolución de que trata el literal anterior"

Y como restablecimiento del derecho se solicitó:

- Se restablezca el derecho del contribuyente mediante sentencia, en la cual se acepte la excepción "interposición de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho", de que trata el numeral 5 del artículo 831 del Estatuto Tributario.
- Se ordene el levantamiento de las medidas cautelares, conforme al artículo 837 del ESTATUTO TRIBUTARIO, y se condene a la parte demandada al pago de las agencias en derecho o las llamadas costas del proceso.

⁵ Fl.34-35

La finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplada en el artículo 85 del C.C.A vigente a la fecha de presentación de las demandas, establece que la misma, además de buscar el restablecimiento de la legalidad, está dirigida a restablecer el derecho considerado vulnerado, lo cual implica, la indemnización de daños, o la restitución de sumas indebidamente pagadas y/o embargadas entre otras.

Entonces, las pretensiones de las demandas instauradas, las cuales estaban encaminadas a dejar sin fundamento jurídico el proceso de cobro coactivo, mediante la impugnación de los actos administrativos que lo originaron, así como de algunos expedidos en su trámite, este Tribunal encuentra que la devolución de los dineros objeto de embargo, producto de la medida cautelar proferida en el proceso administrativo de cobro, debe ser la consecuencia de las sentencias de nulidad de las actuaciones administrativas que fueron objeto del fallo.

Por consiguiente, el departamento de La Guajira convocado no tiene en este caso autonomía de la voluntad para celebrar el negocio jurídico involucrado en la conciliación, sino que le corresponde darle cumplimiento a los fallos de la jurisdicción contenciosa que tienen efecto *erga omnes* por mandato de la ley⁶.

Para el Tribunal es obvio, que el departamento de La Guajira, no puede celebrar negocio jurídico con dinero que no le pertenece, pues, no tiene justo título en la adquisición de tales recursos, debido a que la actuación administrativa por la que se los apropió, fue anulada. Y, la garantía constitucional del control judicial efectuado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conlleva a tal restitución con la correspondiente indemnización, no entenderlo así, es desconocer el Estado Social de Derecho, que permitiría en ese contexto expropiar el patrimonio particular, sin

⁶ C.C.A., ART. 175.

la correspondiente indemnización, aspecto, que el orden jurídico colombiano tiene superado hace más de un siglo.

La conciliación no versa sobre un conflicto a precaver.

El objeto esencial de todo negocio jurídico implícito en la conciliación, es precaver el conflicto. En el caso bajo estudio, no hay tal porque el conflicto surgido con ocasión de las medidas cautelares en el proceso de cobro coactivo de donde surge la causación de los recursos, es actuación administrativa anulada, que tiene la condición de cosa juzgada.

Luego, las partes, no puede utilizar el mecanismo de la conciliación para precaver un conflicto que ya fue dilucidado conforme con el orden jurídico vigente y que por gozar de la autoridad de la cosa juzgada, las partes no pueden convenir su cumplimiento.

Por consiguiente, la entidad convocada carece de facultad para conciliar y disponer de la materia objeto del convenio, razón por la cual no se aprueba la conciliación.

La conciliación no es para legalizar hechos cumplidos o convalidar actuaciones propias de la administración.

Ahora bien, si lo que se pretende es legitimar la apropiación y disposición de los dineros que hizo el departamento de La Guajira, sin la previa autorización jurídica, ello es una actuación propia de la autonomía de voluntad de la entidad convocada que no puede ser convalidada o legalizada por este Tribunal, pues, ese no es el objeto de la conciliación.

Por consiguiente, corresponde a la administración responder por las consecuencias de sus actuaciones, una de las cuales en este caso, es restablecer el derecho de la sociedad convocante, siendo que es claro que

28 ASO 2013
REFERENCIA: CONCILIACION PREJUDICIAL
CONVOCANTE: EXXONMOBIL DE COLOMBIA
CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA
RADICACION: 44-001-23-33-002-2013-00120-00

Página 12 de 12

existe una obligación clara, expresa y exigible que no se ha honrado a cumplir por parte de la entidad convocada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira

RESUELVE:

1. **Improbar** la conciliación prejudicial, llevada a cabo ante la Procuraduría 154 Judicial II Para Asuntos Administrativos contenida en el acta vista a folios 140-142 del expediente, celebrada entre la empresa EXXONMOBIL DE COLOLOMBIA S.A y el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA.
2. Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de Sala de la fecha.


CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL
Vicepresidente


CESAR AUGUSTO TORRES ORMAZA
Magistrado


MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA
Magistrada ponente