



## RAMA JUDICIAL

## TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

Riohacha, quince de mayo de dos mil trece.

**REFERENCIA:****MEDIO DE CONTROL: POPULAR****DEMANDANTE: PROCURADOR 91 JUDICIAL PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS****DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES****RAD. : EXP. No. 44-001-23-33-002-2012-00070-01**

**Competencia.** Conforme con lo dispuesto por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A - en su artículo 233, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, procede el Tribunal a resolver solicitud de suspensión provisional del concepto 015766 de fecha 17 de marzo de 2005, emitido por la DIAN.

**1. ANTECEDENTES**

El Procurador 91 Judicial para Asuntos Administrativos, en ejercicio de la acción Popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, desarrollada por la ley 472 de 1998, solicita como medida cautelar la suspensión provisional del Concepto No. 015766 del 17 de marzo de 2005, en el que se concede a las empresas privadas una exención tributaria que por disposición del artículo 116 del Estatuto Tributario, solo se podía conceder para los organismos descentralizados.

Mediante proveído de fecha 22 de marzo de 2013, se le dio trámite a la solicitud de medida cautelar de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, durante el término de traslado no hubo pronunciamiento por parte de la entidad accionada.

## **2. MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA.**

El actor solicita la suspensión provisional del concepto 015766 de fecha 17 de marzo de 2005, emitido por la DIAN, en los siguientes términos:

“Solicitamos muy respetuosamente, al Honorable Tribunal, que de conformidad con lo previsto por el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, antes de ser notificada la demanda a la entidad accionada, como Medida Cautelar, para evitar que continúe la vulneración de los Derechos e Intereses Colectivos antes enunciados, la suspensión provisional del Acto Administrativo, objeto de reproche, sobre el cual se concretan las pretensiones de la acción.

En esencia sustenta la medida cautelar con el argumento de que “se esta ante un acto administrativo, que por estar revestido de la presunción de legalidad, se reputa conforme a las normas jurídicas a las cuales debe obediencia, lo cual le imprime ejecutoriedad con las consecuencias, que ya hemos destacado en detrimento del patrimonio público , perjuicio de connotación fiscal, que se hará más ostensible, en la medida que esa presunción de legalidad permanezca incólume, por lo cual, debe ser excluida de manera urgente y prioritaria del ordenamiento jurídico, con más razón cuando se sabe, que por las dificultades económicas del país, el Gobierno Nacional, intenta, mediante Reforma Tributaria, lograr equilibrar las finanzas públicas, lo cual, no será posible, mientras, este Acto Administrativo este vigente, hasta no ser suspendido y/o anulado, pues los recursos que se obtienen por los pagos de los nuevos contribuyentes, nunca serán suficientes, mientras de manera arbitraria, se concedan exenciones ilegales, a otros sectores, contra expresa prohibición legal y constitucional, como sucede en este caso”.

## **3. CONSIDERACIONES**

El Tribunal desestimará la solicitud de la suspensión provisional del acto objeto de reproche, por las razones que se exponen a continuación:

### 3.1. Marco Normativo

El medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos en el C.P.A.CA. está definido en el artículo 144 así:

ARTÍCULO 144. *PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS.* Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Señala el **artículo 229** del mismo estatuto.

En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

**Parágrafo.-** Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

Por su parte el **artículo 231** ibídem, dispone:

Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

(...).

### **3.2. Marco Jurisprudencial**

En cuanto a los presupuestos que se deben acreditar, para la procedencia de una medida cautelar solicitada dentro del trámite de una acción Popular el Honorable Consejo de Estado, ha manifestado:

“2.- Por su parte, el artículo 17 ibídem, preceptúa que en desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables o irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos colectivos.

En armonía con dicha disposición, el artículo 25 de la citada ley, prevé que antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para *prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado*.

En particular, conforme a esta norma, podrá decretar las siguientes:

a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;

- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

**El decreto de una de tales medidas, o de otras distintas a éstas, pero que resulten procedentes para prevenir un daño inminente a los derechos e intereses colectivos o para hacer cesar el que se hubiere causado a aquellos, debe soportarse lógicamente en elementos de prueba idóneos y válidos que sean demostrativos de tales circunstancias; es precisamente la existencia de tales elementos de juicio lo que permitirá motivar debidamente la decisión del juez cuando disponga una medida cautelar para la protección de tales derechos.** (Negrillas del Tribunal)

(...)

6.- De tales circunstancias, la Sala considera que en garantía del debido proceso y de la prevalencia del derecho sustancial, es claro que además el juez puede, válidamente, examinar otros motivos de censura contra el auto impugnado, también invocados por el recurrente, en cuanto tiene que ver con la legalidad misma de la decisión de decretar la medida cautelar, esto es, si en el caso concreto se cumplen los presupuestos que exige el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 para la adopción de tal determinación.<sup>1</sup>

Los mencionados presupuestos, de acuerdo con la citada normativa, hacen relación a lo siguiente: **a) en primer lugar, a que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, pues de otra manera no podrían explicarse las finalidades de la medida cautelar, que apuntan a prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;** **b) en segundo lugar, es evidente que la decisión del juez al decretar la medida cautelar debe estar plenamente motivada;** y **c) en tercer lugar, para adoptar esa decisión, el juez debe tomar en consideración los argumentos contenidos en la petición que eleven los demandantes en ese orden, es decir, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al**

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Rad- N° AP 05001 2331 000 2005 03461 01, treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007), Bogotá, D.C.

convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido.<sup>2</sup>" (subrayado por fuera del texto original)

### 3.3 El Caso Concreto

En el asunto que se analiza, se advierte, que el actor solicitó la suspensión del concepto No. 015766 del 17 de marzo de 2005, proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por considerar que con su expedición se vulneran los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público, al crear dicho acto administrativo una exención tributaria que por disposición del artículo 116 del Estatuto Tributario, sólo se podía conceder a los "organismos descentralizados", y porque además el acto acusado infringe disposiciones normativas como lo son las normas constitucionales contenidas en los artículos 2,13,88,114,150,209 y 355, así mismo disposiciones legales tales como, artículo 3 del Decreto 01 de 1984, artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, artículo 5, 7, 107 y 116 del Estatuto tributario, y los literales b, y e del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

La Ley 472 de 1998, que de manera especial regula el ejercicio de las acciones populares, en su artículo 25 tal como así lo ha sentado la jurisprudencia, además de contemplar la posibilidad de poder decretar una medida cautelar diferente de las en él enunciadas, prevé como presupuesto necesario para acceder al decreto de una medida cautelar, el hecho de encontrarse debidamente demostrado en el proceso, la inminencia de un daño a los derechos colectivos invocados como violados, o que el mismo se haya producido, pues de otra manera no podrían explicarse las finalidades de la medida cautelar; carga procesal de carácter probatorio que gravita en cabeza de quien lo alega.

---

<sup>2</sup> Sección Primera, Sentencia de fecha 31 de marzo de 2011. Actor: GERMAN ADOLFO JIMENEZ VALENCIA Y OTROS. Radicación número: 19001 2331 000 2010 00464 01(AP). Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

En el mismo sentido el artículo 231 de la Ley 1437 determina que para decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud se exige: (i) Que la violación surja del acto demandado y su confrontación directa con las normas superiores invocadas como vulneradas o (ii) que la violación emane del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Alega el actor que el concepto aludido, genera detrimento patrimonial y perjuicios de carácter fiscal, por lo que debe ser excluido de manera urgente y prioritaria del ordenamiento jurídico, con más razón cuando es sabido que el Gobierno Nacional intenta hacer una reforma tributaria para lograr equilibrar las finanzas públicas, lo cual no será posible mientras este acto administrativo este vigente, pues los recursos que se obtienen nunca serán suficientes, mientras de manera arbitraria se conceden exenciones ilegales a otros sectores contra expresa prohibición legal o constitucional.

Sin embargo una vez revisado el expediente, encuentra el Tribunal que el mismo adolece de pruebas que acrediten que el concepto cuya suspensión provisional se solicita se haga necesario para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiese consumado, sobre todo cuando a nivel jurisprudencial ha sido reiterado el criterio, de considerar que no es suficiente la sola afirmación que en tal sentido pueda hacer quien alega la solicitud, sino que se hace imperativo se presente de manera palmaria ante los ojos del operador judicial la inminencia del daño que se pretende evitar o hacer cesar con la medida cautelar deprecada.

Si bien el actor popular al formular su solicitud de suspensión provisional considera que a la misma debe accederse de manera prioritaria y urgente, debido a los perjuicios de carácter patrimonial que la aplicación del concepto 015766 emitido por la DIAN, está produciendo a la economía nacional, en el sentido que se han dejado de percibir grandes cantidades de dinero con ocasión de la exención tributaria, que de manera ilegal contiene dicho acto y con el cual se están beneficiando personas naturales y jurídicas de derecho

privado, cuando es claro que el artículo 116 del E.T<sup>3</sup> que sólo es aplicable a entidades descentralizadas, lo cierto es, que con la solicitud de la medida cautelar no se allegó prueba que acredite de que forma la aplicación del acto cuya suspensión se solicita este vulnerando los derechos colectivos invocados; el actor no determina que sectores de la economía nacional se han visto afectados, no especifica el monto de los recursos económicos, que en su criterio ha dejado de captar el Estado, así como tampoco está demostrado el hecho que el desequilibrio de las finanzas, o el déficit fiscal del país tenga su origen en la expedición y aplicación del acto administrativo censurado, máxime cuando vista la fecha de su expedición, 17 de marzo de 2005, se extrae que el mismo tiene una vigencia de más de 7 años.

Por otra parte el Tribunal no puede desconocer, que revisado el contenido del acto acusado, se extrae que el mismo se expidió en ejercicio de la facultad legal prevista en el artículo 11 del Decreto 1265 de 1999<sup>4</sup>, que le otorga a la oficina jurídica de la DIAN la competencia para absolver de manera general las consultas que ante ella se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, y que para ello hace uso del método de interpretación normativa previsto en el artículo 27 del Código Civil, atinente a establecer cual fue la voluntad o el espíritu del legislador, al expedir el artículo 116 del Estatuto Tributario, lo cual a prima facie le impide

<sup>3</sup> El artículo 116 del Estatuto Tributario dispone:

ARTICULO 116. DEDUCCIÓN DE IMPUESTOS, REGALIAS Y CONTRIBUCIONES PAGADOS POR LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS. <Fuente original compilada: L. 75/86 Art. 38> Los impuestos, regalías y contribuciones, que los organismos descentralizados deban pagar conforme a disposiciones vigentes a la Nación u otras entidades territoriales, serán deducibles de la renta bruta del respectivo contribuyente, siempre y cuando cumplan los requisitos que para su deducibilidad exigen las normas vigentes.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 57 de la Ley 1430 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Las cuotas de afiliación pagadas a los gremios serán deducibles del impuesto de renta.

<sup>4</sup> El artículo 11 del Decreto Reglamentario 1265 de 1999, señala que son funciones de la Oficina Jurídica:

"1. Determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación de normas tributarias, en materia aduanera y de control de cambios, en lo de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales;

2. Actuar como autoridad doctrinaria nacional en materia aduanera, tributaria y de control de cambios, en lo de competencia de la Entidad;

...

7. Absolver las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, en materia aduanera o de comercio exterior, en lo de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y en materia de control de cambios".

a esta Corporación establecer claramente que en el acto administrativo acusado exista una fehaciente trasgresión de las normas constitucionales y legales invocadas como violadas, razón por la que la divergencia en la interpretación normativa que encuentra el actor entre el aludido artículo 116 del E.T con la hecha oficialmente en el concepto demandado conlleva a que la pretensión de decretar la medida cautelar deprecada, esté desprovista de fundamento en esta etapa procesal, toda vez, que se hace necesario hacer en este primer examen un estudio amplio y detallado de la vulneración alegada, sobre aspectos, como lo son la deducción de impuestos, regalías y contribuciones, los cuales solamente son menester dilucidar al hacer el pronunciamiento que corresponde al dictar sentencia.

Para esta Corporación, el actor expone su criterio frente a la interpretación hecha por la entidad demandada al artículo 116 del E.T, en el concepto 015766 del 17 de marzo de 2005, pero omite su obligación de probar la efectiva amenaza o violación a los derechos colectivos invocados como vulnerados, lo cual le impide a esta Corporación acceder a la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

De otra parte, el Tribunal observa que el concepto demandado se refiere a los recursos de "regalías" los cuales fueron objeto de modificación constitucional mediante el Acto Legislativo 5 de 2011, promulgado en el Diario Oficial No. 48.134 del 18 de julio de 2011, razón por la cual el concepto demandado en la actualidad tiene por razones de vigencia otro contexto jurídico que modifica su aplicación en la actualidad.

Por consiguiente el Tribunal considera que todas esas confrontaciones para verificar si hay o no detrimento patrimonial o perjuicios de carácter fiscal, no deben efectuarse en la etapa inicial donde solo se requiere que la vulneración normativa surja de la confrontación **directa**, la cual no es evidente en el caso concreto, sino que para decidir se requieren los análisis de mérito del proceso.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira.

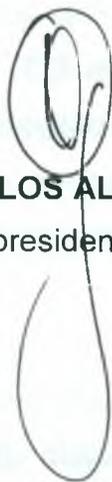
### RESUELVE

**Primero. Negar**, la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte actora. De conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** En firme esta providencia continúese con el trámite siguiente.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



**CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL**

Vicepresidente



**CESAR AUGUSTO TORRES ORMAZA**

Magistrado



**MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA**  
Presidente y Magistrada Ponente