



Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,
SECCIÓN CUARTA

Dra. Mery Cecilia Moreno Amaya
Magistrada Ponente
E.S.D.



Al contestar por favor cite el siguiente número de radicado
19/11/2020 04:26:32 SAL-2020-000002227
Asunto: SOLICITUD DE NULI ...
No. Folios: 1

No. Anexos:

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Expediente: No. 25000-23-37000-2019-00553-00.
Demandantes: Consorcio Concesionaria del Desarrollo Vial de la Sabana (en adelante, "Devisab") identificado con NIT 830.026.741-3 y sus integrantes.
Demandado: Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca.
Tributo: Contribución de obra pública y estampillas departamentales por los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017.
Asunto: Solicitud de nulidad de la fijación en lista por medio de la cual se corre traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada en el proceso No. 25000-23-37000-2019-00553-00

HERNÁN ANDRÉS ROJAS LOPEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderado especial del **CONSORCIO CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA** (en adelante, "Devisab" o el "Consortio") y sus integrantes Pavimentos Colombia S.A.S., Industrias Asfálticas S.A.S., Construcciones Carrillo Caycedo, x Ingenieros Constructores S.A.S. y Mario Huertas Cotes (en conjunto, "los demandantes"), por medio del presente documento respetuosamente solicito que se decrete la nulidad de la fijación en lista por medio de la cual se corre traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada el día 3 de agosto de 2020.

Esta solicitud de nulidad se fundamenta en el artículo 29 Constitucional, que consagra el derecho fundamental al Debido Proceso, según el cual dentro de los procesos judiciales se requiere la "observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". El incumplimiento de estos mandatos constitucionales derivaría en una nulidad constitucional (supra-legal) de la actuación¹.

En este caso, la citada violación al derecho constitucional al Debido Proceso de los demandantes se concreta a la luz de los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

- El Artículo 101 del CGP prevé el trámite de las excepciones previas. Según dicha norma:

"1. Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados. (...)

¹ Según la sentencia C-0217 de 1996, "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que, para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita ley alguna que lo establezca o permita. En otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible". Con lo anterior, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado (sentencia 13164 de 2006, entre otras) han admitido la existencia de una causal de nulidad del proceso de carácter Constitucional, cuando existe violación al derecho constitucional al Debido proceso.



3. Si se hubiere corregido, aclarado o reformado la demanda, solo se tramitarán una vez vencido el traslado. (...) Dentro del traslado de la reforma el demandado podrá proponer nuevas excepciones previas siempre que se originen en dicha reforma. Estas y las anteriores que no hubieren quedado subsanadas se tramitarán conjuntamente una vez vencido dicho traslado."

- A su vez, el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020 prevé que:

"Artículo 9º. Notificación por estado y traslados. Las notificaciones por estado se fijarán virtualmente, con inserción de la providencia, y no será necesario imprimirlos, ni firmarlos por el secretario, ni dejar constancia con firma al pie de la providencia respectiva. (...)

De la misma forma podrán surtirse los traslados que deban hacerse por fuera de audiencia.

Los ejemplares de los estados y traslados virtuales se conservarán en línea para consulta permanente por cualquier interesado.

Parágrafo. Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por Secretaría, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente."

- En el caso que nos ocupa, en mi condición de apoderado especial de las demandantes no conocí el contenido del documento radicado por el demandado el día 3 de agosto de 2020, pues como puede evidenciarse del correo reenviado el día de hoy por la Secretaría del H. Tribunal, el demandado no me copió en el correo remitido de éste.

- Así las cosas, en virtud del Decreto Legislativo 806, correspondía que la Secretaría del H. Tribunal fijara en lista las excepciones propuestas en dicho documento, con inserción del documento contentivo de las mismas por el término de tres días.

- El día 13 de noviembre de 2020, se registró un movimiento en la página de consulta de procesos de la rama judicial, en el cual se indicaba:

"En la fecha se fija el presente negocio en lista, para correrle traslado a la parte demandante por tres (3) días, de las EXCEPCIONES propuestas por la parte demandada (Parágrafo 2º. Art. 175 del CPACA)"

Asimismo, se indicaba que este término de traslado correría desde el 17 hasta el 19 de noviembre de 2020.

No obstante, ni el día 13 de noviembre ni los días 17 o 18 de noviembre, me fue enviado correo alguno mediante el cual la Secretaría del H. Tribunal me remitiera el documento contentivo de las excepciones previas.

- Ante esta situación, el día 18 de noviembre de 2020 radiqué una solicitud para que me fuera practicado el traslado de las excepciones previas en mención, mediante el envío del



documento que las contenía (documento que, presumí, correspondía a la contestación a la reforma de la demanda).

- Únicamente el día de hoy 19 de noviembre, fecha en la cual vencía la supuesta fijación en lista de las excepciones previas ordenada el 13 de noviembre de 2020, a las 1:36pm de la tarde, la Secretaría del H. Tribunal me envió un correo electrónico contentivo de la fijación en lista. Dicho correo electrónico remitía además, el correo enviado por la demandada el día 3 de agosto de 2020.

Sin embargo, este último correo sencillamente contiene un link para acceder al sharepoint contentivo de la contestación a la demanda inicial, fechada 3 de julio de 2020, sin que figure un escrito de contestación a la reforma de la demanda.

-En vista de lo anterior, parece ser que la demandada no contestó la reforma a la demanda, de forma tal que no pudo haber propuesto excepciones previas asociadas a esta reforma.

En cambio, al parecer la Secretaría del H. Tribunal corrió traslado de las excepciones previas planteadas por la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda inicial, las cuales ya habían sido recorridas por el Consorcio, mediante escrito radicado el 10 de julio de 2020.

1. PETICIÓN

En consideración de lo anterior, respetuosamente solicito:

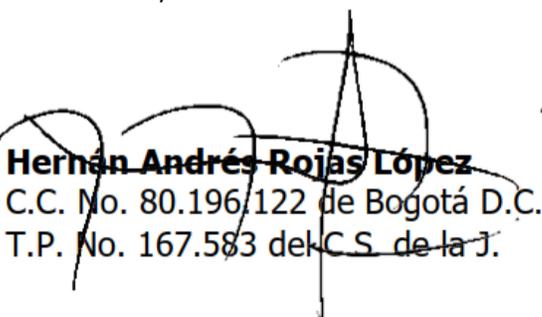
1.1. Se declare la nulidad de la fijación en lista por la cual se corrió traslado de las excepciones previas propuestas por la parte demandada.

1.2. De manera subsidiaria, en el eventual caso de que el H. Tribunal entienda que dicha fijación en lista es procedente a pesar de lo aquí señalado, solicito que se se tengan por contestadas las excepciones formuladas en la contestación de la demanda inicial, de las cuales nuevamente se dio traslado, con el documento radicado por Devisab el 10 de julio de 2020, que aporte como anexo.

2. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones y citaciones en el Kilómetro 9 vía Mosquera - Chía, Teléfono 5953535. He designado como canal digital elegido desde donde se originarán las actuaciones y donde se surtirán todas las notificaciones el correo electrónico notificacionesjudiciales@devisab.com, y arojas@devisab.com

Cordialmente,


Hernán Andrés Rojas López
C.C. No. 80.196.122 de Bogotá D.C.
T.P. No. 167.583 del C.S. de la J.



Señores magistrados

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA**

M.P. Mery Cecilia Moreno Amaya Bogotá D.C.



Al contestar por favor cite el siguiente número de radicado
10/07/2020 01:40:01 SAL-2020-0000001348

Asunto: RESPUESTA A LA EX ...

No. Folios: 12

No. Anexos:

Asunto: Respuesta a la excepción previa de “falta de integración del litisconsorcio necesario – no comprender la demanda a todos los liticonsortes necesarios”, propuesta en la contestación de la demanda por la entidad demandada en el proceso No. 25000-23-37000-2019-00553-00.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Expediente No. 25000-23-37-000-2019-00553-00

Demandantes: Consorcio Concesionaria del Desarrollo Vial de la Sabana
(en adelante “Devisab”) con NIT 830.026.741-3 y sus integrantes.

Demandado: Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Hacienda de
la Gobernación de Cundinamarca.

Tributo: Contribución de obra pública y estampillas departamentales por
los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017.

HERNÁN ANDRÉS ROJAS LÓPEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderado especial del Consorcio Concesionaria del Desarrollo Vial de la Sabana (en adelante “Devisab”, “el Consorcio” o “el Concesionario”) y sus integrantes: Pavimentos Colombia S.A.S., Industrias Asfálticas S.A.S., Construcciones Carrillo Caycedo (en adelante “Concay S.A.”), Indugravas Ingenieros Constructores S.A.S. y Mario Huertas Cotes (conjuntamente, “los demandantes”), tal como consta en los poderes que reposan en el expediente, por medio del presente escrito doy respuesta a la excepción previa propuesta por la entidad demandada en la contestación de la demanda, en los siguientes términos:

1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA.

De conformidad con el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, de las excepciones previas presentadas en la jurisdicción de lo Contencioso administrativo “se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 101 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En



este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuera el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas”.

De conformidad con el artículo 101 del Código General del Proceso (“CGP”), “Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados”. Dicho artículo 110 del CGP, a su vez prevé que “todo traslado que deba surtirse por fuera de audiencia, se surtirá en secretaría por el término de tres (3) días y no requerirá auto ni constancia en el expediente”.

Teniendo en cuenta que este artículo 12 es especial frente a las demás reglas contenidas en el Decreto Legislativo, en principio no habría empezado a correr el término de traslado para responder la excepción previa en mención, por cuanto ésta no se ha fijado en lista por parte de Secretaría del Tribunal.

No obstante, en aras de evitar cualquier discusión sobre el tema, la presente respuesta a la excepción previa se presenta dentro del término previsto en el parágrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020 según el cual “cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaría, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente”.

Teniendo en cuenta que recibí el correo electrónico con la contestación presentada por el demandado el viernes 3 de julio de 2020, el traslado de éste se entendería corrido el día 7 de julio de 2020. A partir del día siguiente habría empezado a correr el término de tres días con que cuento para pronunciarme respecto de la excepción previa, el cual vence el día 10 de julio de 2020. Por lo tanto, la presente respuesta es oportuna.

2. POSICIÓN DEL DEMANDADO EN LA EXCEPCIÓN PROPUESTA.

En la contestación de la demanda, el Departamento de Cundinamarca, actuando a través de apoderado especial, propuso la excepción de “falta de integración del litisconsorcio necesario – no comprender la demanda a todos los liticonsortes necesarios”.

El demandado consideró que la demanda debió dirigirse, en adición al Departamento, al Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU, por ser éste último quien: (i) suscribió con DEVISAB el Contrato de Concesión y su Adición, que dio lugar a los pagos sobre los cuales se retuvieron la contribución y las estampillas, (ii) “realizó descuentos por concepto del impuesto de contribución especial sobre los pagos correspondientes a vigencias futuras”, y (iii) “realizó descuentos por concepto de estampillas departamentales para las vigencias 2014 y 2015”.



En consecuencia, en su opinión, como la “*demanda ataca la retención realizada por el ICCU*”, éste “*era el llamado a efectuar la compensación y en ese orden de ideas, es innegable y procedente la vinculación procesal del ICCU, para que dicha entidad informe o rinda cuentas sobre los descuentos y las compensaciones que llegaren a ordenarse*”.

3. HECHOS IMPORTANTES PARA DEFINIR LA EXCEPCIÓN PROPUESTA

En el expediente está debidamente acreditado que:

3.1. El ICCU, en efecto, retuvo la contribución por obra pública en su condición de agente retenedor sobre los pagos efectuados a DEVISAB provenientes de vigencias futuras de los años 2012 a 2015. Asimismo, retuvo las estampillas en discusión por los años 2012 y 2013.

3.2. El ICCU consignó a favor del Departamento de Cundinamarca los montos que retuvo a DEVISAB.

La constancia de haber girado estos montos fue enviada al Departamento por el ICCU mediante Comunicación ICCU-SCN 762 de 29 de septiembre de 2016, en donde se indicó que se remitía a la Secretaría de Hacienda Departamental “el balance de los descuentos realizados por el ICCU a cada uno de los proyectos de Concesión Vial a cargo del Departamento por los periodos comprendidos entre el 2011 y el 2015, así como el soporte de causación y pago a los Concesionarios, y giro de descuentos a la Tesorería Departamental, como parte de las funciones del ICCU como Agente de retención de los mismos”¹.

Así lo reconoció el mismo Departamento en la Resolución 00001771 de 30 de julio de 2019², en la cual indicó que solicitó al ICCU mediante requerimiento ordinario de información -entre otras- “*soporte de los giros (pagos) que ha realizado el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca -ICCU- (o la entidad que anteriormente realizaba tal función) al Departamento de Cundinamarca por concepto de estampillas departamentales en virtud del contrato de concesión 01 de 1996 y los contratos adicionales que se han suscrito*”, y que esta información “*fue atendida oportunamente por parte del Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca -ICCU-*”.

3.3. A pesar de que el Concesionario había solicitado al ICCU la devolución de las sumas retenidas, éste -por instrucción expresa de la Secretaría de Hacienda Departamental³- indicó no ser competente para resolver la devolución del pago de lo no debido e instruyó a DEVISAB a presentar la devolución ante la Secretaría de Hacienda Departamental.

3.4. Una vez presentada la solicitud de devolución ante la Secretaría de Hacienda Departamental, ésta: (i) la tramitó como una solicitud de devolución de pago de lo no debido o pago en exceso, y (ii) se declaró competente para resolverla.

¹ Anexo 7.17. de la demanda reformada.

² Anexo 7.24. de la demanda reformada.

³ Anexo 7.17. de la demanda reformada.



De hecho, en la Resolución No. 000924 del 24 de abril de 2019, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por DEVISAB contra la Resolución de Liquidación demandada, el Departamento analizó extensamente la competencia funcional de la Secretaría de Hacienda para resolver la solicitud de devolución. Con base en el artículo 607 del Estatuto de Rentas Departamental y el artículo 9 del Decreto Ordenanza 265 de

2016, concluyó que *“la dependencia competente para resolver la solicitud de devolución realizada por el contribuyente es la Subdirección de Atención al Contribuyente”*.

3.5. Lo cierto es que lo que inició con una solicitud de devolución, culminó en la expedición de la Resolución de Liquidación No. 72 del 20 de febrero de 2018 demandada, en la cual la Secretaría de Hacienda Departamental:

- (i) Indicó que la retención efectuada por el ICCU a DEVISAB por la suma de \$169.615.294,93 por concepto de la contribución a la tarifa del 2,5 x mil, no constituía un pago de lo no debido,
- (ii) Resolvió que el ICCU había retenido en exceso a DEVISAB la suma de \$2.214.147.647,07, por haber aplicado una tarifa del 5% en vez del 2,5x mil, con lo cual esta suma era un pago en exceso y procedía su devolución por parte del Departamento,
- (iii) Liquidó sobre el monto de peajes de la concesión, respecto del cual el ICCU no practicó retención, la suma de \$ 2.417.624.435 por concepto de contribución e intereses de mora.
- (iv) Señaló que las estampillas retenidas por el ICCU por los años 2012 y 2013 no constituían un pago en exceso o de lo no debido, mientras que la estampilla retenida en el año 2015 sí lo era y procedía su devolución por parte del Departamento.

Con base en esta Resolución de Liquidación, es que el Departamento en la Resolución 00001771 de 30 de julio de 2019⁴ -que está siendo discutida actualmente en vía gubernativa- decidió no devolver a DEVISAB el pago en exceso efectuado por el Concesionario por la suma de \$2.214.147.647,07, sino compensarlo frente a la deuda que según la Resolución de Liquidación demandada se tenía por concepto de la contribución sobre peajes.

Compensación ésta que, a su vez, confirma que los recursos que en su momento fueron retenidos por el ICCU ya se encuentran en las arcas del Departamento de Cundinamarca.

⁴ Anexo 7.24. de la demanda reformada.



4. RESPUESTA A LA EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO.

De conformidad con el artículo 61 del CGP, existirá litisconsorcio necesario *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”*.

En cuanto a la existencia de litisconsorcio necesario en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

“Es de recordar que la relación jurídica sustancial corresponde a una vinculación entre las partes y el interés material discutido en el proceso, determinándose por la titularidad del derecho que debe declararse o discutirse, como presupuesto de la pretensión y la oposición. (...)

En estos términos definió el legislador la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como instrumento de defensa judicial con el que cuenta el administrado frente a la lesión de sus derechos particulares por causa de un acto administrativo viciado de alguna causal de nulidad.

*A su vez, el artículo 150 ibídem señaló que ‘Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos **que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan**’.*

*De acuerdo con los preceptos referidos, **la relación jurídica sustancial sobre la cual versa la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene sujetos procesales particularizados, vinculados por un acto administrativo a través del cual la autoridad pública creó, modificó o extinguió una situación jurídica concreta para el administrado.***

*Según ello, la parte activa de dichas acciones es quien se cree afectado alguno de los derechos que le amparan las normas jurídicas, por razón de una decisión administrativa que infringe el principio de legalidad. **Y la parte pasiva se representa en la entidad pública o la privada que ejerce funciones públicas, siempre que hayan sido directamente demandadas o que hubieren expedido o intervenido de alguna forma en la expedición de dicha decisión.***

Así, la autoría del acto es el primer parámetro para determinar la parte pasiva en esta clase de acciones³, de suerte que el deber de vinculación forzosa a cargo del juez, surge respecto de la autoridad, que expide el acto administrativo cuya nulidad se demanda, debiendo ordenar su comparecencia al proceso en calidad de parte, máxime cuando, predicándose de tal acto la lesión



del derecho subjetivo, sólo dicha autoridad es la llamada a restablecer el derecho.⁵ (negrita y subrayado fuera del texto original)

De este fallo, se concluye que los parámetros para determinar si una persona o entidad tiene condición de litisconsorte necesario por pasivo en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, son dos: (i) si ésta es la autora del acto administrativo demandado, o ha “*intervenido de alguna forma en la expedición de dicha decisión*”, o (ii) si, por algún motivo legal o de naturaleza de la relación, ésta está llamada a reestablecer el derecho subjetivo lesionado por el acto demandado.

En el caso concreto, tenemos lo siguiente:

(i) La autoría de los actos administrativos demandados es del Departamento de Cundinamarca.

El que nos ocupa es un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual se discute la legalidad de la Resolución de Liquidación No. 72 de 2018, cuyo contenido se expuso previamente, y de la Resolución No. 000924 de 2019 que la confirma.

Ambas resoluciones fueron expedidas por el Departamento de Cundinamarca, según se evidencia de su texto y lo ha reconocido el demandado en la contestación.

(ii) El ICCU no intervino en la expedición de los actos administrativos demandados.

Con los documentos que constan en el expediente, entre ellos los actos administrativos demandados, se demuestra que el ICCU no intervino de forma alguna en la decisión que tomó el Departamento sobre la procedencia de la devolución, o la liquidación de la contribución sobre otras bases.

Como se expuso en el acápite de hechos relevantes, DEVISAB solicitó directamente al ICCU la devolución de los recursos retenidos. Y esta entidad reconoció que carecía de competencia para decidir sobre esta solicitud, indicándole al Concesionario que las normas vigentes le exigían promover un proceso de devolución de pago en exceso o de lo no debido directamente ante el Departamento, quien es el sujeto activo de la contribución y de las estampillas.

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia 54001-23-31-000-1998-00137-01 (15546) de 27 de marzo de 2008. M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.



Su intervención en el proceso de devolución se limitó a enviar al Departamento aquellos documentos que éste le solicitó a través de un requerimiento ordinario de información. Documentos que acreditaban los montos de los contratos, las retenciones practicadas y el hecho de que éstas fueron en efecto consignadas al Departamento.

Al ICCU ni siquiera se le pidió su concepto sobre si procedía la devolución, o la liquidación de montos de contribución adicionales.

Y es que el ICCU no tenía ninguna facultad legal para intervenir en la expedición de los actos demandados.

Es cierto que esta entidad era la contratante en el contrato de concesión, pero tal condición de contratante sólo le otorgaba el carácter de agente retenedor sobre los montos de contribución o estampillas que se hubieran causado bajo las normas vigentes.

Entender que un agente retenedor intervino en la expedición de un acto administrativo que decide sobre la procedencia de una devolución y la liquidación de un nuevo tributo, solamente porque recaudó parte del tributo y lo envió al sujeto activo, carece de soporte legal.

La obligación de retener en la fuente recae en terceros ajenos al sujeto activo que, al intervenir en actos o contratos que dan lugar a un tributo, se ven obligados a recaudar anticipadamente las sumas que su contraparte adeudaría por dicho tributo. Y, una vez retenidas, deben girarlas en un plazo perentorio al sujeto activo.

Nada de las obligaciones y derechos de los agentes retenedores, según éstos están regulados en la ley, lleva a concluir que éstos puedan ejercer funciones administrativas propias de los sujetos activos de los tributos, como lo sería la fiscalización o liquidación. Y, mucho menos, decidir una solicitud de devolución cuando existe una norma expresa que otorga tal competencia únicamente a la Secretaría de Hacienda Departamental.

En el caso del ICCU, entidad pública del orden departamental, es aún más claro que éste no podía intervenir en la expedición de los actos demandados: recordemos que según el artículo 6 Constitucional, los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido en la Constitución o la ley. Ninguna de las normas que rigen al ICCU, ni siquiera las que cita el demandado en la contestación, le permiten a



éste tomar decisiones en relación con los tributos del orden departamental (ni la de devolverlos, ni la de liquidarlos oficialmente en cabeza del contribuyente).

En esa medida, mal podría entenderse que, solo por cumplir su deber legal de retener, el ICCU participó en la expedición de los actos administrativos demandados. O peor, que al enviar información al Departamento en virtud de un requerimiento ordinario de información, el ICCU intervino en la expedición de estos actos administrativos.

El deber de contestar requerimientos ordinarios está previsto en la ley como una forma que tiene el sujeto activo del tributo de comprobar la veracidad de los hechos declarados por los contribuyentes, o información requerida para liquidar tributos en cabeza de éstos. De ninguna manera constituye una autorización de que personas ajenas a la Administración tributaria participen en la expedición de actos de liquidación o devolución de tributos.

Adoptar la posición tomada por el demandado llevaría a conclusiones tan ilógicas como que en todo proceso judicial en que se discuta la legalidad de actos que deciden la devolución de un pago en exceso o de lo no debido, los terceros con los que se hayan hecho cruces de información deben participar como litisconsortes necesarios. En procesos en los que se hacen cruces de información masivos, ello querría decir que podríamos tener 300 particulares que nada tienen que ver con la sujeción activa del tributo, participando como litisconsortes. Esto es simplemente ilógico.

(iii) No existe ningún motivo legal o derivado de la naturaleza de la relación jurídica, que oblique al ICCU a restablecer el derecho de DEVISAB que fue vulnerado con los actos demandados.

El restablecimiento del derecho que se pretende con la demanda, consiste en: (i) que se declare que los demandantes no están obligados a realizar ningún pago adicional por concepto de la contribución o las estampillas, y (ii) se devuelva las sumas pagadas indebidamente al Departamento, que fueron retenidas por el ICCU, por concepto de la contribución y estampillas, reconociendo los intereses correspondientes.

La primera pretensión de restablecimiento del derecho obedece a una declaración ligada a la liquidación de mayores sumas por concepto de contribución que hizo el Departamento en los actos administrativos demandados. Si, en efecto, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo reconoce que DEVISAB no debía suma alguna por esta contribución, ello únicamente afectará el recaudo que de la misma pretendía hacer el Departamento con los actos demandados. El ICCU, al no ser sujeto activo del tributo, no sufre ningún perjuicio patrimonial como consecuencia directa de que se otorgue este restablecimiento.



En cuanto a la segunda pretensión de restablecimiento, tendiente a obtener la devolución de las sumas pagadas indebidamente, a través de la retención efectuada por el ICCU, si ésta es concedida ello tampoco implicará obligación alguna para el ICCU, como mal parece entenderlo el demandado.

En efecto, si se ordena devolver las sumas pagadas indebidamente junto con los intereses correspondientes, la obligación de hacerlo recaerá enteramente en el Departamento. Está debidamente acreditado en el proceso que el agente retenedor consignó a favor del Departamento las sumas retenidas, con lo cual el Departamento es quien las tiene en sus arcas y se ha beneficiado de éstas. En consecuencia, es sólo el Departamento el llamado a devolverlas, y pagar los intereses que correspondan.

De hecho, el precedente del Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que los agentes retenedores no tienen la condición de litisconsortes necesarios. En sentencia 20223 de septiembre de 2018, esta Corporación decidió un caso idéntico:

-Se discutía la legalidad de unos actos administrativos de orden departamental, en que se negó la devolución de unas estampillas departamentales que habían sido retenidas por una entidad que tenía la condición de agente retenedor.

-El Departamento, sujeto activo de las estampillas, propuso la excepción de ausencia de conformación del litisconsorcio necesario. Ello, por no haberse demandado también al agente retenedor (el ISS).

-Al decidir respecto de la condición de litisconsorte necesario del agente retenedor, el Consejo de Estado indicó:

“Es de anotar que las retenciones efectuadas a la actora por parte del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, en calidad de agente retenedor, no son objeto de discusión en el presente proceso. Por el contrario, este es un hecho aceptado por las partes.”

El demandado es el obligado a devolver los \$187.424.886, suma reclamada por la actora el 19 de agosto de 2008, esto es, dentro del término de 5 años, pues las retenciones se practicaron por los años 2006, 2007 y hasta julio de 2008.

La suma que se pidió en devolución corresponde al total que, por concepto de retención en la fuente a título de estampillas Pro-Ciudadela Universitaria y Pro-Desarrollo Departamental, efectuó el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, sobre los contratos suscritos con la actora durante los años 2006, 2007 y 2008 [con corte a 31 de julio de 2008] y que debió declarar y consignar a la Administración Departamental



en los lugares y plazos legales, en su calidad de agente retenedor, aspecto que no es objeto de discusión en este proceso.

Al respecto, en sentencia de 25 de febrero de 2016, la Sección sostuvo lo siguiente:^[24]

“[...]La obligación de retener implica una delegación o autorización de atribuciones públicas relacionadas con el recaudo del tributo y, por ende, trae aparejadas una serie de cargas y facultades previstas en la ley, como retener, **consignar**, contabilizar, declarar, informar y certificar^[25].

De acuerdo con el artículo 376 del Estatuto Tributario, la obligación de consignar significa que el agente retenedor debe entregar al Estado los dineros retenidos dentro de los plazos y lugares que fije el Gobierno Nacional^[26]. De acuerdo con el artículo 382 del Estatuto Tributario Nacional, los agentes de retención deben presentar mensualmente las declaraciones de retenciones y para los periodos gravables en discusión, debían presentarse con pago, pues, de lo contrario, se tendrían por no presentadas (artículo 580 del E.T.N)^[27]. [...]”

Por lo tanto, para el 19 de agosto de 2008, fecha en que fue presentada la solicitud de devolución de las retenciones por concepto de las estampillas Pro-Ciudadela Universitaria y Pro-Desarrollo Departamental por los años 2006, 2007 y 2008 [con corte a 31 de julio de 2008], el Instituto de Seguros Sociales, agente de retención, ya debía haber consignado al Departamento del Atlántico el valor de las retenciones que le practicó a la actora, cuyo monto no fue discutido.

En consecuencia, el Departamento del Atlántico era el obligado a devolver a la demandante los valores retenidos, pues los tenía en su poder desde el momento en que fueron consignados por el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, en su calidad de agente retenedor.”⁶

Queda claro, entonces, que el obligado a devolver las sumas objeto de este proceso, en caso de que se declare la nulidad de los actos demandados, es el Departamento y no el ICCU.

En consecuencia, está debidamente acreditado que no existe ningún motivo legal o derivado de la naturaleza de la relación jurídica, que obligue al ICCU a restablecer el derecho de DEVISAB que fue vulnerado con los actos demandados.

⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia 08001-23-31-000-2010-00777-01(20223) 20223 de 20 de septiembre de 2018. M.P. Milton Chaves García. En forma similar, en Sentencia 15001-23-33-000-201300664-01(21892) de 5 de julio de 2018, el Consejo de Estado -al resolver una solicitud de devolución de pago de lo no debido a través del mecanismo de retención en la fuente- indicó que “Es necesario mencionar que las retenciones efectuadas a la sociedad demandante por HOLCIM de Colombia S.A., en calidad de agente retenedor de la citada estampilla, así como los pagos que este realizó a favor del Departamento de Boyacá, no son objeto de controversia en este proceso”.



De acuerdo con las consideraciones anteriores, no procede la excepción planteada por la DIAN, por el sencillo motivo de que no se reúnen las condiciones a las que se refiere el artículo 61 del CGP para que el ICCU sea considerado litisconsorte necesario dentro de este proceso.

5. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO PLANTEADAS EN LA CONTESTACIÓN.

Respecto de las excepciones de fondo propuestas en la contestación, denominadas “Ausencia de ilegalidad de los actos administrativos acusados, debido a la inexistencia de pago de lo no debido y pago en exceso” y “Cobro de lo no debido al Departamento de Cundinamarca por concepto de intereses legales y moratorios”, debemos advertir que éstas sólo constituyen una reiteración de los argumentos planteados en la contestación⁷.

En esa medida, respecto de la primera excepción, basta con remitirnos a los argumentos planteados en la demanda, en los cuales se analizan los motivos por los cuales los actos administrativos acusados son ilegales.

Respecto de la segunda excepción, cabe indicar que -a diferencia de los indicado por la demandada- existe un sustento probatorio para concluir que el Departamento está obligado al pago de intereses legales y moratorios a las demandantes. Éste se expuso en el acápite 3 de este escrito, y está ligado sencillamente a que es el Departamento tiene en sus arcas los fondos que constituyen pago de lo no debido o en exceso. El sustento legal para la procedencia de los intereses está debidamente expuesto en la demanda.

6. PETICIONES

De acuerdo con lo anterior, solicito que:

6.1. Se desestime la excepción previa propuesta por el Departamento de Cundinamarca en la contestación de la demanda, referida a una supuesta *falta de integración del litisconsorcio necesario – no comprender la demanda a todos los liticonsortes necesarios*”.

6.2. En la sentencia de fondo que se profiera dentro del proceso, se desestimen las excepciones de mérito planteadas por la demandada, a la luz de los argumentos expuestos en la demanda y en este escrito.

⁷ Al tratarse de argumentos que discuten el fondo del asunto, éstas deben ser decididas en sentencia.



7. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones y citaciones en el Kilómetro 9 vía Mosquera - Chía, Teléfono 5953535. He designado como canal digital elegido desde donde se originarán las actuaciones y donde se surtirán todas las notificaciones el correo electrónico notificacionesjudiciales@devisab.com.

Atentamente,

Hernán Andrés Rojas López

C.C. No. 80.196.122 de Bogotá D.C.

T.P. No. 167.583 del C.S. de la J.

7 Al tratarse de argumentos que discuten el fondo del asunto, éstas deben ser decididas en sentencia.