

Honorable Magistrada
Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA
SUB SECCIÓN “B”
Bogotá D.C.
E. S. D.

REF.: Proceso con radicado N° 25000-23-37-000-2015-01700-00
Demandante: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED
Demandando: INDUMIL- U.A.E. DIAN- ADRES
**RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EXCEPCIONES
PREVIAS**

CAMILO ZARAMA identificado con cédula de ciudadanía No. 79.791.437 y la tarjeta profesional de abogado No. 107.701 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre y representación de **INDUMIL**, de manera respetuosa procedo a presentar recurso de apelación contra del Auto de Excepciones Previas, notificado el pasado 7 de mayo de 2021 en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD PROCESAL

El siguiente escrito de apelación se presenta dentro del término legal de tres (3) días siguientes contados a partir de la notificación del auto, el cual fue notificado por estado el pasado 7 de mayo de 2021, de acuerdo con lo señalado en el artículo 244 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante “CPACA”).

Así, el término para presentar este recurso tendría como vencimiento el 12 de mayo de 2021.

II. ARGUMENTOS POR LOS CUALES EL AUTO DE LA SUB-SECCION “B” DE LA SECCION CUARTA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA DEBE SER REVOCADO

A. El Tribunal no resuelve de fondo la excepción de inexistencia de actos administrativos demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo.

Con fundamento en lo establecido en el numeral 3 del artículo 169 del CPACA, INDUMIL interpuso excepción de inexistencia de actos administrativos toda vez

que el Cerrejón pretender demandar la nulidad de factura de ventas y de recibos de caja en los cuales se liquidó el Impuesto Social. En su oportunidad se adujo que los actos que pretenden ser demandados no cumplen con los requisitos legales para ser considerados actos administrativos y, por lo tanto, no son sujetos de control judicial ante lo contencioso administrativo.

En lo que respecta a las facturas, estas son un acto jurídico de carácter privado que emiten INDUMIL con el fin de realizar el cobro de su actividad comercial y sobre la cual se realiza el recaudo del Impuesto Social, de acuerdo con los lineamientos legales de acuerdo a su función de mero recaudador del Impuesto Social según también lo ha señalado Consejo de Estado en sus pronunciamientos.

En cuanto a los recibos de caja, se adujo que tampoco cumplen con los requisitos para ser considerados actos administrativos, más cuando son la constancia del pago del impuesto que autoliquidó el propio Cerrejón de forma previa a la emisión de la factura. Es absolutamente claro que la autoliquidación de impuesto es una actuación privada y de ninguna manera puede considerarse que son actos administrativos de determinación oficial.

El demandante erróneamente considera que la factura comercial que fue emitida por INDUMIL y que pretende demandar constituye una Factura de Liquidación Oficial. Igualmente confunde los recibos de caja con recibos oficiales.

Al respecto, el Honorable Tribunal mediante el auto que se recurre niega la excepción con fundamento en el pronunciamiento realizado por la DIAN en vía gubernativa en el que consideró que los actos proferidos por INDUMIL si corresponden a actos administrativos.

Con fundamento en dicho pronunciamiento y sin lugar a realizar un análisis de carácter legal sobre la naturaleza de los actos que están siendo demandados, en contravía de las normas que regulan los requisitos de los actos administrativos y las normas que regulan el procedimiento administrativo, el Tribunal decidió declara no probada la excepción relacionada con la inexistencia de los actos demandados, por lo tanto, el auto debe revocarse con el fin de realizar un análisis de fondo de los argumentos jurídicos esbozados en esta excepción de cara a declarar que lo aducido por INDUMIL tiene vocación de prosperar, dado que la jurisdicción contencioso administrativa no tendría competencia para declarar la “nulidad” de actos jurídicos de naturaleza comercial como lo son las facturas y las cuentas de cobro.

B. El Tribunal legitima el indebido agotamiento de las actuaciones en sede administrativa.

De la mano con la excepción de inexistencia de actos administrativos, INDUMIL adujo oportunamente que la parte demandante no agotó correctamente el procedimiento en sede administrativa el para caso que nos compete. En particular, vale la pena reiterar que la actora aduce que no es sujeto pasivo del Impuesto Social, la normativa tributaria establece un procedimiento específico para estos casos en el que prevé la posibilidad de solicitar la devolución del pago de lo no debido.

Es decir que, aunque los actos por los cuales se recaudó el pago del Impuesto Social (factura y recibos de caja) no eran objeto de recursos a no ser actos administrativos, la normativa consagraba el procedimiento de devolución del pago de lo no debido ante la DIAN que debió seguir la parte demandante antes de impetrar la demanda de los mismos actos que no fungen como actos administrativos. De ahí se derivan las falencias e incongruencias desde el punto de vista legal que hoy se pretenden avizorar en esta instancia.

Por lo tanto, vale la pena reiterar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia del 10 de febrero de 2014, proferida al resolver el conflicto de competencia negativo presentado por la Industria Militar en materia de Impuesto Social, precisó que a la Industria Militar tan solo tenía la función de recaudo y que, de acuerdo a la normativa vigente, la DIAN es la titular de las otras funciones de administración, vale decir la fiscalización, liquidación, discusión, cobro, **devolución**, sanción y demás aspectos relacionados con el tributo.

Por lo anterior, se comprueba que el procedimiento que debió realizar la demandante antes de iniciar la etapa judicial implicaba agotar la etapa administrativa por medio de la solicitud de devolución en la medida que a través de dicho proceso la DIAN era competente para pronunciarse sobre la sujeción pasiva del Impuesto Social en el caso del Cerrejón y las eventuales resoluciones que emitirá la Administración eran actos administrativos que podrían ser demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

De haberse seguido correctamente el procedimiento que establece la normativa fiscal para este tipo de situaciones, no se generarían las inconsistencias legales del caso particular como la pretensión de nulidad sobre actos de carácter privado como fue indicado en el cargo anterior.

En lo que respecta al indebido agotamiento de la sede administrativa por diferencia en lo planteado en sede administrativa y en vía judicial, en el escrito de la demanda se adujo que Cerrejón nunca solicitó en la discusión que sostuvo con INDUMIL la nulidad de los actos comerciales que profería (recibos de caja), sino la revocatoria de las actuaciones previas a la expedición de dichos actos comerciales.

Sobre el particular, el Tribunal consideró que por el hecho de haber solicitado en el recurso de reconsideración que fue resuelto por la DIAN y no por INDUMIL, la revocatoria de la liquidación del Impuesto Social a los Explosivos, debe entenderse que es la misma solicitud de declaración de nulidad de las facturas de venta y recibos de caja.

No obstante, en nuestro criterio existe una diferencia sustancial entre lo que se entiende revocar la liquidación de un impuesto que, dicho sea de paso, la hizo el Cerrejón mismo, y otra muy distinta declarar la nulidad de todo el acto jurídico que en este caso consiste en una factura de venta que entre otras cosas también soporta la actividad comercial que realizó INDUMIL.

En esos términos solicitamos sea revocada la decisión del Tribunal de considerar como no probada la excepción de indebido agotamiento de las actuaciones en sede administrativa.

C. El Tribunal legitima una indebida acumulación de pretensiones.

El Tribunal concluye que la excepción que plantea INDUMIL bajo este supuesto es el mismo planteado realizado en la excepción de indebido agotamiento de las actuaciones en sede administrativa. No obstante, no compartimos dicha conclusión dado que tal y como fue indicado en la sustentación de la excepción, existe una indebida acumulación de pretensiones por cuanto el Tribunal no es competente para declarar la nulidad de actos de carácter privado que no cumplen con los requisitos para ser considerados actos administrativos.

Por lo tanto, se solicita se revoque la decisión del Tribunal de declarar como no probada esta excepción y por lo tanto se declara que este vicio impide el desarrollo del proceso.

D. Falta de legitimación por Pasiva- El Tribunal legitima las pretensiones de devolución del Impuesto Social en cabeza de INDUMIL, aunque funja simplemente como agente recaudador.

El Tribunal rechaza esta excepción secundándose en un pronunciamiento anterior del Consejo de Estado, ajeno a la presente controversia. No obstante, el Tribunal no precisa si los argumentos esbozados en dicha oportunidad son compatibles con lo que nos compete en este proceso.

En particular, con el fin de velar por el debido proceso se solicita pronunciamiento particular sobre el caso en estudio. En la oportunidad debida se adujo que como INDUMIL tiene la condición de demandado sin que el Cerrejón haya precisado e individualizado las pretensiones contra él, implica que INDUMIL debe responder por la totalidad de las pretensiones, y está vinculado no sólo frente a la nulidad de

las facturas y recibos de caja, sino también frente a la devolución del Impuesto Social con sus intereses.

En ese sentido, se observa que, más allá de los perjuicios que lo anterior le pueda ocasionar a INDUMIL, lo cierto es que, INDUMIL tiene solamente una función recaudatoria, el demandarlo pretendiendo que responda también por las devoluciones del Impuesto Social, sobre lo cual no tiene competencia; de tal forma que la demanda tiene un vicio en la legitimación de la causa en pasiva, que también podría considerarse como indebida acumulación de pretensiones al no especificar cuáles son contra un demandado y cuáles contra el otro.

En ese sentido, solicitamos se revoque la decisión del Tribunal y se disponga a pronunciarse de manera específica sobre la excepción interpuesta, declarando que INDUMIL no tiene legitimidad en la causa por pasiva.

E. Falta de legitimidad por Activa.

Contrario a lo aducido por el Tribunal, independientemente de que las resoluciones demandadas y emitidas por la DIAN hayan sido proferidos en contra de la actora, ésta no está facultada para solicitar la nulidad de facturas y recibos de caja que no fueron pagados por esta.

Por lo tanto, debido a que Cerrejón confiesa que los pagos del Impuesto Social no fueron efectuados en su totalidad por la compañía y, adicionalmente, solicita que se le devuelvan sumas que no ha cancelado, configurándose así la falta de legitimación en la causa por activa por parte de CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED, al no ser quien pagó la totalidad de las sumas que espera le sean reintegradas.

En esos términos se solicita se revoque el auto y se conceda las excepciones.

F. El Tribunal legitima el indebido agotamiento de las actuaciones en sede administrativa- Solicitud de silencio administrativo positivo.

El Tribunal no interpreta adecuadamente la excepción propuesta en este supuesto. De acuerdo con lo previamente señalado por INDUMIL, la excepción se sustenta en la falta de agotamiento de actuaciones en sede administrativa debido a que el artículo 734 del Estatuto Tributario expresamente señala que el silencio administrativo positivo debe ser solicitado en sede administrativa.

El Tribunal por su parte, desestima la excepción señalando que *“el silencio administrativo positivo en el marco de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se subsume dentro del cargo de nulidad por falta de competencia temporal de la Administración y por ende constituye un argumento nuevo o mejorado a efectos de reforzar su ataque contra la actuación combatida, siendo ello procedente y sin que constituya ninguna vulneración al debido proceso de la*

Administración, toda vez que existe identidad en la pretensión presentada en los recursos de reconsideración como en la demanda contenciosa esto es, dejar sin efectos los actos a través de la cual se liquidó el impuesto social a los explosivos, razón por la cual resulta viable traer a la instancia judicial nuevos planteamientos o cargos no expuestos en sede administrativa, pues al final busca desvirtuar la legalidad de las resoluciones demandadas”.

De manera que, se comprueba que el Tribunal no se refirió a los argumentos particulares esbozados por INDUMIL al momento de interponer las excepciones previas. En ese sentido, se solicita revocar la sentencia y declarar probada la excepción previa.

III. SOLICITUD DE APELACION

Por medio de este escrito, solicito que se de tramite al presente Recurso de apelación, declaren probadas las excepciones previas interpuestas oportunamente por INDUMIL en los términos antes indicados y en consecuencia se revoque el auto que niega las mismas proferidas por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cordialmente,



CAMILO ZARAMA

C.C. No. 79.791.437 de Bogotá

T.P. No. 107.701 del C. S. de la J.