



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO.

**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., - SECCIÓN CUARTA.**

Bogotá DC, cinco (5) de junio de dos mil dieciocho (2018).

EXPEDIENTE N°: 11001 33 37 042 2018 00074 00.

DEMANDANTE: LUIS FERNANDO ROJAS ARANGO

**DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL –
UGPP**

I. ASUNTO A RESOLVER.

Decide el despacho sobre la adopción de una medida cautelar dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos tributarios, consistente en la suspensión provisional del siguiente acto administrativo expedido por la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL – en adelante UGPP.

II. DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.

El señor Luis Fernando Rojas Arango, obrando a través de su apoderado, solicitó que al tenor de lo dispuesto en el artículo 91, en el numeral 3 del artículo 230 y en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 -en adelante CPACA-, se decrete la suspensión provisional de los siguientes actos:

Resolución No. RDO-2017-02987 del 24 de agosto de 2017, por medio del cual i) se profiere liquidación oficial al señor Luis Fernando Rojas Arango y ii) se impone sanción por no declarar la conducta de omisión.

Este acto administrativo de Liquidación Oficial tiene lugar debido a la omisión en la afiliación y/o vinculación al Sistema de Seguridad Social Integral en los

subsistemas de salud y pensión por los periodos de enero a diciembre de 2014 del señor Luis Fernando Rojas Arango en su calidad de rentista.

III.- DE LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Afirma el apoderado de la parte accionante que el acto del cual solicita la suspensión provisional es contrario a la Constitución, toda vez que transgrede lo dispuesto en el artículo 338, en tanto dispone qué autoridades y por medio de qué tipo de normas pueden imponer contribuciones fiscales y parafiscales.

También afirma que se viola el artículo 157 de la ley 100 de 1993 en relación con la determinación de quienes deber ser afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo y; el artículo 12 de la ley 153 de 1887, en desarrollo del principio de supremacía normativa en tanto dispone que la reglamentación expedida por la rama ejecutiva del poder público no puede ser contraria ni a la regulación dada por el Congreso mediante las Leyes de la República ni contraria a la Constitución.

De esta manera, al presentar el concepto de la violación, el actor estructura dos cargos. El primero de ellos consiste en el reproche de que el acto administrativo demandado adolece de falsa motivación debido a que considera que la entidad fundó la decisión sobre la base de un concepto no vinculante de intervinientes dentro de un fallo de inconstitucionalidad tramitado por la Corte Constitucional bajo el radicado C-587 de 2009.

El segundo de ellos es complejo, dado que trata sobre la atipicidad de la contribución liquidada oficialmente, sobre el indebido tratamiento de la condición de rentista de capital por parte de la administración al contribuyente y de la ausencia de reglamentación de la contribución parafiscal aplicable al particular.

Pues bien, en relación con la atipicidad de la contribución parafiscal en cuestión, se remite el actor al contenido del artículo 157 de la ley 100 de 1993, de lo cual extrae que en lo relativo al régimen contributivo del subsistema de salud, los sujetos pasivos de la obligación de pagar las contribuciones parafiscales a la seguridad social en salud son: i) las personas vinculadas mediante contrato de trabajo; ii) los pensionados y jubilados; iii) los servidores públicos, y iv) los trabajadores independiente con capacidad de pago.

En desarrollo de este punto afirma que en fiel aplicación el principio de legalidad en asuntos tributarios, la determinación del sujeto pasivo de la contribución tendrá lugar solo por medio de la Ley, el acuerdo o la ordenanza, sin que sea atribuible al operador administrativo interpretar extensiva o la norma para integrar como sujetos pasivos aquellos que no están clara y explícitamente tipificados en la ley.

Ello con el fin de reprochar la interpretación de la norma que hace la administración, considerando el actor que no es posible comprender que los rentistas de capital sean asimilados a los trabajadores independientes. En ese sentido señala que según lo dispone el artículo 27 del Código Civil, no puede desatenderse la literalidad de la norma bajo pretexto de consultar su espíritu.

Por otro lado, se apoya el apoderado en un concepto no vinculante de la DIAN, al respecto del cual concluye que su mandante no puede ser comprendido como un trabajador independiente en tanto ello conlleva de manera inherente y por definición la prestación personal de un servicio respecto de la cual se reciba una remuneración.

Por ello ofrece un concepto al respecto de los dividendos basado en el artículo 379, numeral 29, del Código de Comercio y concluye que el accionista no presta un servicio personal a la sociedad, en el sentido de que su obligación es de dar, más no de hacer y que tampoco pueden entenderse las utilidades que le corresponden a los accionistas como remuneraciones.

Ahora bien, argumenta que la administración viola la cláusula constitucional arriba citada, artículo 338, por cuanto aplica como fuente normativa para la determinación del sujeto pasivo del tributo el artículo 26 del Decreto 806 de 1998. Al respecto, reitera que la Ley 100 de 1993 no incorpora expresamente al rentista como sujeto pasivo de la contribución parafiscal en comento a través del régimen contributivo.

Finalmente, en relación con el establecimiento de la tarifa del tributo, arguye que a la luz del ordenamiento jurídico no es posible establecer la base gravable con fundamento en los ingresos percibidos a título de dividendos accionarios, en tanto aquellos no se consideran remuneraciones a servicios prestados de manera personal.

IV. DE LAS PRUEBAS APORTADAS CON LA DEMANDA

- Copia de requerimiento de información N9 RQJ-M-82 de agosto 17 de 2016, proferido por la UGPP.
- Copia de oficio adiado 30 de septiembre de 2016, mediante el cual el actor dio respuesta al requerimiento de información N- RQJ-M-82.
- Copia de requerimiento para declarar y/o corregir N9 RCD-2017-00184, proferido por la UGPP.
- Copia de oficio del 8 de junio de 2017, mediante el cual el actor dio respuesta al requerimiento para declarar y/o corregir W RCD-2017-00184.
- Copia de liquidación oficial RDO-2017-02987, proferida por la UGPP.

V. DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE.

Solicita se oficie a la Entidad demandada para que arrime al proceso copia íntegra del expediente N°. 20161520058000387 y particularmente los actos administrativos ya anexados en copia simple por su parte.

VI.- DE LA OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR.

En el curso que lleva este proceso, se tiene que el auto admisorio de la demanda y el auto que corre traslado de la medida cautelar se notificaron el 17 de mayo del corriente, tal como consta a folio 104 del cuaderno principal. Debido a esto la parte accionada contó con el lapso de cinco días hábiles, transcurrido hasta el 24 de este mes para pronunciarse sobre la medida cautelar.

De esta manera, recorriendo el traslado ordenado, el abogado ARMANDO CALDERÓN GONZÁLEZ, como apoderado especial de la UGPP, sustenta la improcedencia formal y material de la medida cautelar conforme a las premisas resumidas a continuación:

Primero sostiene que la medida resulta improcedente debido a que no se cumplen los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Para argumentar tal señalamiento, inicialmente ofrece un concepto acerca de la naturaleza, trámite y requerimientos necesarios para proceder al decreto de la medida cautelar de suspensión de actos administrativos.

A renglón seguido, afirma que el demandante no logró evidenciar ni probar si quiera someramente la violación derivada de la confrontación del acto y las disposiciones invocadas, pues solo presenta su inconformidad contra los actos impugnados. También manifiesta que los actos demandados han sido suspendidos en virtud de este proceso judicial.

En segunda medida, afirma el apoderado de la parte pasiva que los actos demandados fueron expedidos sin infringir las normas en que debían fundarse, garantizado el derecho al debido proceso y defensa. En este sentido manifiesta lo que en su concepto son tales derechos constitucionales y, escuetamente, señala que se le brindaron garantías a la sociedad demandante consistentes en presentar pruebas, y ejercer recursos.

Siguiendo la misma estructura discursiva presentada en los argumentos que anteceden a este último, doctrina al respecto de las medidas cautelares, haciendo énfasis en la de suspensión provisional que en el caso nos ocupa. Pretende argumentar que la suspensión provisional de los actos administrativos "afectaría" la presunción de legalidad que aquellos ostentan.

Finalmente declara que la medida cautelar es innecesaria para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Aportó copias del poder conferido por la Señora Claudia Alejandra Caicedo Borrás y del Auto N° ACC -16383 del 23 de mayo del corriente dentro del expediente de cobro 89840, por medio del cual se ordena la suspensión del proceso administrativo de cobro coactivo (folios 15 y reverso del cuaderno de Medida Cautelar).

VII. – DE LAS CONSIDERACIONES.

Las medidas cautelares en el CPACA.

Las medidas cautelares son proferidas con el fin de asegurar de manera preventiva los derechos en pugna, sin embargo, se comprende, no implican la *prejudicialidad (sic)* del debate respecto de la existencia del derecho. Esto significa que su adopción se limita a hacer efectivo el goce del derecho que, eventualmente, podrá o no ser reconocido¹.

¹ Al respecto, revisar Ossorio, M. (2006). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta.

Ahora, en de acuerdo régimen nacional, se tiene que su procedencia puede tener lugar en cualquier momento a petición de parte debidamente sustentada en todos los procesos declarativos promovidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A este respecto, debe resaltarse que el juez contencioso únicamente puede decretar las medidas cautelares de manera oficiosa en procesos relativos a derechos e intereses colectivos.

En cuanto a su procedencia, el artículo 231 del CPACA determina, en esencia, que la demanda debe estar razonablemente fundada en derecho, que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados, haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla y; que adicionalmente, debe probar que al no otorgarse la medida se causará un perjuicio irremediable o que existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Téngase en la cuenta que a su vez, el artículo 232 del CPACA le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir.

La suspensión de los actos administrativos.

El artículo 238 de la Constitución señala que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial, legando al legislador establecer los motivos y los requisitos para decretar la suspensión.

De conformidad con lo anterior, el numeral 3 del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé la

suspensión provisional de los actos administrativos como medida cautelar dentro del proceso contencioso administrativo, medida cuya finalidad no es otra que "proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]".

Los requisitos sustanciales para la suspensión provisional de un acto administrativo, cuando se pretende su nulidad, están contenidos en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma conforme a la cual: i) procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, o en la solicitud que se realice en escrito separado; ii) dicha violación debe surgir 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, iii) en aquellos casos en los que adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse "al menos sumariamente la existencia de los mismos."

En esencia, en procesos como el que nos ocupa, en el cual se formulan pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, la medida cautelar procederá cuando, además de que exista prueba sumaria de la existencia de perjuicios, de la confrontación entre el acto y las normas invocadas como violadas en el escrito de solicitud de medida cautelar o en la demanda, o de las pruebas allegadas con la misma, surge que el acto contraviene las disposiciones en las cuales debía fundarse. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

"Este requisito se diferencia de lo previsto en el código anterior, que exigía una `manifiesta infracción` para que procediera la suspensión de los actos impugnados. Así, la medida de suspensión requiere del Juez una carga argumentativa que de manera razonada explique los motivos por los cuales estima que el acto contraviene las disposiciones superiores en que debía fundarse y justifica la decisión que de manera preventiva suspende la

ejecución del acto administrativo. Esta decisión por expresa disposición legal, "no implica prejuzgamiento"².

(Subrayado fuera de texto)

En cuanto a la oportunidad para adoptar medidas cautelares, el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

"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 [...]".

(Negrilla fuera de texto)

Es claro entonces que la adopción de las medidas cautelares reguladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se hace en providencia motivada, separada del auto admisorio de la demanda, a diferencia de lo que estaba previsto en los artículos 154 y 155 del Código Contencioso Administrativo. De igual manera, en la misma codificación se establece un régimen independiente de recursos³.

Ahora bien, considérese el contenido del artículo 235 del mismo CPACA, conforme al cual la medida puede ser levantada a solicitud del demandado, previa caución a satisfacción del Juez y modificada o revocada en cualquier estado del trámite de

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Auto del trece (13) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14). Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

oficio o a petición de parte, sin tener en cuenta las restantes decisiones del proceso.

En suma, el trámite dispuesto para las medidas cautelares es independiente al previsto para las demás actuaciones del proceso pues su régimen legal de oportunidad, requisitos, procedencia, términos y recursos así lo evidencia.

Si bien el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que la suspensión provisional de los actos administrativos demandados procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, la decisión puede estar sustentada en el concepto de violación que se formule en el libelo introductorio; luego, ello no implica que la decisión de suspensión de actos administrativos esté condicionada, o deba estar antecedida, por un grado absoluto de certeza sobre la procedencia de declarar la nulidad de los actos administrativos enjuiciados conforme a los cargos de la demanda.

VII.- DEL CASO EN CONCRETO.

a.)- Hechos relevantes para resolver la solicitud de medida cautelar:

1. La UGPP, en cumplimiento de sus funciones, mediante la Subdirección de Determinación de Obligaciones, remitió el requerimiento de información N-RQJ-M-82 al señor Luis Fernando Rojas Arango, con el fin de solicitar información correspondiente al período 2014 y poder con ello determinar la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales del Sistema de la Protección Social.
2. Por medio de oficio radicado el 30 de septiembre de 2016, bajo el número de radicación 201560003272762, el actor dio respuesta al requerimiento N-RQJ-M-82 arguyendo que bajo su condición de rentista de capital durante el período de consulta, no estaba obligado a afiliarse y aportar a los sistemas de salud y pensión, ni a tomar como ingresos brutos como ingreso base de

cotización -IBC-, habida cuenta de la ausencia de claridad en las normas vigentes para la época.

3. La Subdirección de determinación de Obligaciones de la UGPP, con fecha 28 de febrero de 2017, profirió requerimiento para declarar y/o corregir N° RCD-2017-00184, estableciendo la obligación de afiliarse y/o reportar la novedad de ingreso, declarar y pagar como cotizante al Sistema de la Protección Social por los subsistemas de salud y pensión, la suma de cincuenta y seis millones trescientos sesenta y cuatro mil pesos (\$ 56.364.000), por el período de enero a diciembre de 2014, y pagar la suma de ciento nueve millones novecientos nueve mil ochocientos pesos (\$ 109.909.800) por concepto de sanción por la omisión en la afiliación y/o vinculación por el mismo período.
4. El actor, reiterando sus argumentos, dio respuesta al requerimiento para declarar y/o corregir N° RCD-2017-00184 mediante memorial con número de radicación 201760051740662, formulando como corolario la petición de revocación del requerimiento para declarar y/o corregir y consecuente el archivo del expediente.
5. La Subdirección de Determinación de Obligaciones de la UGPP mediante liquidación oficial RDO-2017-02987, resolvió proferir liquidación oficial por omisión en la afiliación y/o vinculación del actor al Sistema de Seguridad Social Integral en los subsistemas de salud y pensión, por el período comprendido entre enero y diciembre de 2014, por la suma de cincuenta y seis millones trescientos sesenta y cuatro mil pesos (\$ 56`364.000), e imponer sanción por no declarar, por la presunta conducta de omisión, por valor de ciento doce millones setecientos veintiocho mil pesos (\$ 112`728.000).
6. Habiendo ya respondido al requerimiento especial, el accionante optó por no interponer recurso de reconsideración activando directamente la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo por el medio de control que ahora nos convoca.

b.)-Examen de requisitos formales y sustanciales.

1.- Oportunidad de la solicitud.

Como se ha anotado previamente, es claro que las medidas cautelares pueden ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso; la presentación puede hacerse por escrito y también oralmente en audiencia.

Luego, en esta etapa procesal no existe obstáculo para el decreto de la medida cautelar solicitada, la cual dependerá del lleno de los requisitos que se continuarán examinando en seguida.

2.- Que el proceso sea declarativo y la medida cautelar tenga relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (art. 230).

En efecto el demandante ha hecho uso de un medio de control que tiene carácter declarativo, solicitando se declare la ilegalidad del acto administrativo que nos convoca lo cual no obsta para que, incluso de manera automática, deba restablecerse del derecho.

En cuanto a la relación de la medida cautelar con las pretensiones, en este caso no sólo se encuentran en relación directa, sino que el contenido de la medida cautelar es idéntico a las pretensiones de la demanda, en el sentido de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo de Liquidación Oficial N°. RDO 2017-0298 de agosto 24 de 2017.

No obstante, en cuanto a la necesidad de la medida cautelar que nos ocupa, este despacho la evidencia ausente. Esto, en esencia, debido a que los actos censurados han perdido, provisionalmente, su fuerza ejecutoria, debido a que por medio del Auto N° ACC -16383 del 23 de mayo del corriente dentro del expediente de cobro 89840, se ordenó la suspensión del proceso administrativo de cobro coactivo.

Tal suspensión tiene lugar debido al fiel seguimiento de las normas por parte de la Entidad demandada, a saber, siguiendo lo establecido por el artículo 829 del Estatuto Tributario Nacional: es claro que cursa en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la presente acción y, por lo tanto, no se ha establecido de forma definitiva la legalidad de los actos, fenómeno que tendrá lugar solo hasta que exista decisión en firme respecto de esta acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De esta manera, aun siendo que el carácter ejecutorio de los actos administrativos tiene lugar cuando aquellos se encuentren en firme, se tiene por cierto también que aunque no hayan sido anulados, si se encuentran demandados ante la Jurisdicción competente, deben ser suspendidos por la autoridad que los expidió.

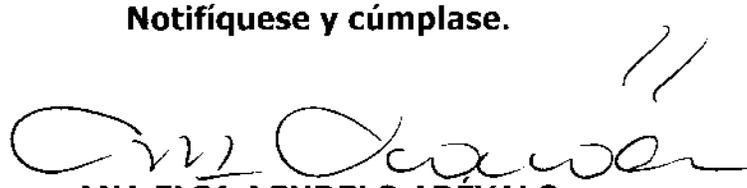
Conforme a tal derrotero, debe darse por insatisfecho el requisito de la necesidad de la medida, razón suficiente para negar la adopción de la suspensión provisional, sin que sea necesario continuar con el examen de los restantes requisitos sustanciales para su adopción.

En mérito de los expuesto, el Juzgado Cuarenta y dos Administrativo de Bogotá,

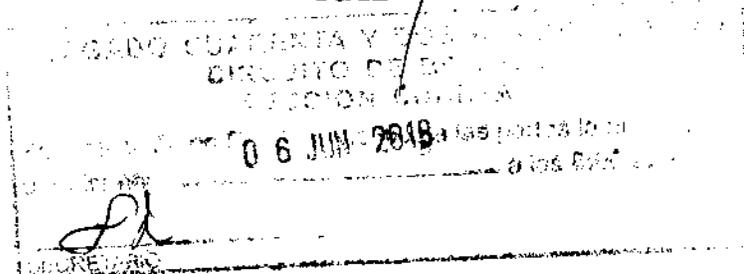
VIII. RESUELVE:

UNICO.- Se niega el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos solicitada por el actor, habida cuenta de las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.


ANA ELSA AGUDELO AREVALO

Juez



⁴ Mateo Ceballos Alzate.

 JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ DC. NOTIFICACIÓN ESTADO
Por anotación en ESTADO notifico a las partes la anterior <u>6 de JUN 2019</u> providencia hoy <u>6 de JUN 2019</u> a las 8:00 am.  Secretaria (o) Ad Hoc

⁴Esta providencia fue notificada en estado electrónico el _____ en la página web www.ramajudicial.gov.co.