

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: **15001-23-33-000-2013-00773-01 [21090]**

Actor: **TRANSPORTADORES UNIDOS DE COLOMBIA S.A.**

Referencia: **Apelación auto que rechaza la demanda**

Consejera Ponente: **MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

A U T O

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto de 11 de marzo de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante el cual rechazó la demanda.

ANTECEDENTES

1. La Asamblea Departamental de Boyacá expidió la Ordenanza 031 de 25 de octubre de 2005, “Por la cual se adopta la contribución Estampilla Pro Desarrollo del Departamento de Boyacá”. Posteriormente, el departamento de Boyacá profirió el Decreto 276 de 2006, “por el cual se adopta el formulario de autodeclaración para el recaudo de la Estampilla Prodesarrollo del Departamento de Boyacá, prevista en la Ordenanza 031 de 2005”

2. Durante los años 2006 a 2011, Holcim de Colombia S.A., actuando como agente retenedor, retuvo a Transunicol S.A. por Estampilla Pro Desarrollo la suma de \$883.840.870.

3. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de 16 de septiembre de 2011^[1], confirmó la decisión de 28 de enero de 2009 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual se declaró la nulidad de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 12 de la Ordenanza 031 de 2005 y del Decreto 276 de 2006.

4. Transunicol S.A., el 26 de octubre de 2012, solicitó a la Dirección de Recaudo y Fiscalización de la Secretaría de Hacienda de Boyacá la devolución de las sumas pagadas por estampilla Pro desarrollo durante los años 2006 a 2011.

5. La solicitud de devolución se negó mediante Resolución 000681 de 21 de noviembre de 2012. Esa negativa fue confirmada mediante la Resolución 000041 de 25 de enero de 2013.

6. Agotado el requisito de procedibilidad de conciliación pre judicial, la sociedad Transportadores Unidos de Colombia S.A.- Transunicol S.A., por intermedio de apoderada y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [en adelante C.P.A.C.A.], formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Sírvase Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y/O ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACÁ, por los daños antijurídicos ocasionados a la (sic) TRANSPORTADORES UNIDOS DE COLOMBIA S.A.- TRANSUNICOL S.A., como consecuencia de la expedición en forma ilegal de la Ordenanza 031 de octubre 25 de 2005 “Por la cual se adopta la contribución Estampilla Pro Desarrollo del Departamento de Boyacá” y el Decreto 000276 de 10 de febrero de 2006, “Por el cual el Departamento adopta el Formulario de

Auto-declaración para el recaudo de la Estampilla Pro Desarrollo del Departamento de Boyacá, prevista en la Ordenanza 031 de 2005”, anulados por el Consejo de Estado Sección 4, expediente 15001-23-31-000-2007-00573 (17655), mediante sentencia de dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011)

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de indemnización condénese al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, y/o a la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACÁ a pagar a TRANSPORTADORES UNIDOS DE COLOMBIA S.A.- TRANSUNICOL S.A. los perjuicios causados con la expedición ilegal de los actos administrativos Ordenanza 031 de 2005 y Decreto 076 de 10 de febrero de 2006, así: A título de daño emergente (...) A título de lucro cesante (...)”^[2]

7. La demanda se presentó el 16 de octubre de 2013^[3] en la Oficina Judicial de Tunja. El Tribunal Administrativo de Boyacá, Corporación a la que le correspondió por reparto, en auto de 13 de noviembre de 2013^[4], de Sala Unitaria, inadmitió la demanda por las siguientes razones:

La magistrada ponente advirtió que en este caso existen actos de carácter particular que negaron la devolución de lo pagado, razón por la cual, el medio de control adecuado era el de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta consideración se fundamentó en una providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la que se indicó que la reparación directa es procedente “... cuando quiera que entre el daño antijurídico causado y el acto administrativo general no media acto administrativo particular que pueda ser atacado en sede jurisdiccional”^[5].

Le correspondía a la demandante adecuar la demanda, especialmente las pretensiones, en las que debía indicar los actos administrativos acusados. Asimismo, señalar con precisión: (i) la parte demandada porque la Asamblea de Boyacá carece de personería para actuar, así que quien debía concurrir sería el departamento de Boyacá; (ii) la cuantía y (iii) el concepto de violación.

Como pruebas y anexos que debían aportarse con la demanda pidió: (i) poder corregido; (ii) copia y constancias de notificación de los actos acusados, incluido el que resolvió el recurso de apelación contra la Resolución 041 de 25 de enero de 2013; (iii) prueba pericial y demás pruebas documentales que tenga la demandante para determinar los montos y fechas de las retenciones realizadas y (iv) comprobante de pago del arancel judicial. Para subsanar la demanda se concedieron 10 días.

8. La sociedad interpuso recurso de reposición^[6] contra el auto inadmisorio al considerar que el hecho de que Transunicol S.A. hubiere solicitado la devolución de los dineros no implica que el medio de control apropiado sea la nulidad y restablecimiento del derecho. Advirtió que el aparte transcrito de la providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado es sesgado a la decisión de fondo que se tomó, pues en ese caso Makro también reclamó la devolución de los dineros, circunstancia que no impidió que se accediera a las pretensiones de la acción de reparación directa. Por consiguiente, no había razón para inadmitir la demanda.

Sostuvo que el medio de control elegido, esto es la reparación directa, es el adecuado y no existe impedimento legal ni jurisprudencial para que se continúe el curso del proceso por esa vía. Así que tampoco es del caso cumplir con los requerimientos del auto recurrido.

Teniendo en cuenta lo anterior, pidió que se revocara parcialmente el auto inadmisorio y, en su lugar, que resolviera la admisión de la demanda conforme con el libelo presentado de reparación directa.

9. Por auto de 20 de enero de 2014^[7], se confirmó el auto inadmisorio. La magistrada ponente aclaró que la decisión contenida en el auto inadmisorio no se dio por el hecho de que existiera reclamación ante el departamento de Boyacá sino porque media un acto administrativo particular, que goza de presunción de legalidad y puede ser atacado en sede judicial.

10. Por auto de 4 de febrero de 2014^[8], se requirió al departamento de Boyacá para que allegara copia del acto administrativo que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 00681 de 21 de noviembre de 2012^[9].

11. En memorial de 4 de febrero de 2015^[10], la apoderada de la demandante, con el fin de cumplir con lo ordenado en los autos de 13 de noviembre de 2013 y 20 de enero de 2014, manifestó lo siguiente:

No existe acto administrativo particular y definitivo que pueda ser demandado en nulidad y restablecimiento del derecho, de manera que es la reparación directa el medio de control que garantiza el acceso a la justicia de Transunicol S.A.

Adicionalmente, que no es consecuente que se requiera el trámite de las pretensiones por vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho si se tiene en cuenta que en el Tribunal Administrativo de Boyacá se tramitan situaciones fácticas y jurídicas idénticas por reparación directa, como es el caso de Invertrac S.A., lo que generó confianza para elegir el medio de control y obviar el agotamiento de los recursos. El cambio de postura genera inseguridad jurídica.

En ese mismo memorial, solicitó que se le reconociera personería y determinó que la parte demandada es el departamento de Boyacá y que la cuantía es de \$883.840.870, que corresponde a los valores retenidos.

Respecto al agotamiento de los recursos obligatorios, indicó que no son requisitos de procedibilidad para tramitar el medio de control de reparación directa. En igual sentido se pronunció frente a los anexos y concepto de violación, pues no son necesarios para la demanda de reparación directa.

Finalmente, en relación con la prueba pericial, insistió en la pedida en la demanda inicial y, en cuanto al pago del arancel judicial, aportó la correspondiente consignación.

12. Por auto de 11 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo de Boyacá decidió en Sala rechazar la demanda^[11].

13. Oportunamente, la apoderada de Transunicol S.A. interpuso recurso de apelación^[12].

AUTO APELADO

En la providencia recurrida, el a quo, después de analizar el caso concreto, decidió rechazar la demanda, para lo cual llegó a las siguientes conclusiones:

El a quo examinó si el escrito de corrección cumple con las exigencias del auto de 13 de noviembre de 2013, confirmado el 20 de enero de 2014. En primer lugar, encontró que la demandante, en el escrito de corrección, insistió en que el medio de control adecuado es el de reparación directa e indicó que no existe acto definitivo que pueda demandarse en nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese punto, el Tribunal advirtió que, contrario a lo afirmado por la demandante, existen actos administrativos particulares, concretos y definitivos por los cuales el departamento de Boyacá negó las peticiones de la demandante dirigidas a la devolución de lo pagado durante los años 2006 a 2011, por concepto de la estampilla Pro Desarrollo del departamento de Boyacá, que se presumen legales, presunción que desaparece por revocatoria de la entidad que los profirió o por decisión judicial.

Sobre la importancia de la escogencia de la acción transcribió algunos apartes del auto de 23 de febrero de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, así:

“La Sala ha indicado con relación a la debida escogencia de la acción, que para determinar cuál de ellas es la procedente, en cada caso particular debe tenerse en cuenta la causa de los perjuicios reclamados, es decir, si ella proviene de la expedición de un acto administrativo que se presume legal, la acción correspondiente será la de nulidad y restablecimiento del derecho ... por cuanto es la demostración de la ilegalidad del acto y su consecuente declaración de nulidad lo que torna en antijurídico el daño causado con el mismo, en tanto que si los perjuicios se derivan de un hecho, una

omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble, la acción pertinente para reclamar indemnización, es la de reparación directa ...

Es decir que la acción de reparación directa no es procedente cuando existen actos administrativos que se consideran ilegales y decidieron en sede administrativa la situación que se discute ante la jurisdicción, por cuanto la declaración de voluntad de la administración está amparada por la presunción de legalidad, cuyos fundamentos jurídicos, en tanto estén vigentes, no permiten estimar que existe un daño antijurídico indemnizable, so pena de contradecir el principio de contradicción. Es obligatorio entonces que se adelante el juicio de legalidad de los actos de la administración para que, como consecuencia de la declaración de nulidad de los mismos, proceda el restablecimiento del derecho.”

Si bien el artículo 171 del CPACA faculta para que el juez adecue la demanda no es posible que la corrija. Adicionalmente, el hecho de que el Tribunal tramite demandas en condiciones similares a las de este caso, a través del medio de control de reparación directa, no varía lo considerado, puesto que se desconocen las condiciones particulares de esos procesos y la admisión de una demanda no implica su prosperidad en los términos propuestos.

Señaló que se trataba de lograr la corrección de la demanda según las circunstancias específicas del caso, de la jurisprudencia y de la ley, pero ante la insistencia de la actora en tramitar un proceso que tiene defectos sustanciales, procede el rechazo de la demanda, dado que la corrección no se hizo.

Advirtió que de tramitar el proceso por vía de la reparación directa, actos administrativos que se presumen legales, aún si se accediera a las pretensiones continuarían surtiendo sus efectos, en este caso, el de negar la devolución de lo pagado por la contribución y el restablecimiento del derecho se convertiría, por razón de la demanda, en reparación de perjuicios sin examinar la legalidad de actos administrativos que negaron la devolución y de los que se derivaría el mencionado restablecimiento, pretendido ahora como reparación como si se tratara de un hecho y no de un acto administrativo. Frente a los otros requerimientos exigidos en el auto admisorio, encontró que tampoco se cumplieron. En cuanto al arancel judicial, observó que la base gravable no corresponde a la exigida por la Ley 1653 de 2013.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la sociedad actora, en tiempo, formuló recurso de apelación contra el auto de rechazo de la demanda. Para sustentar insistió en que el medio de control adecuado en este caso es el de reparación directa.

El hecho de haber presentado solicitud de devolución de dineros después de la nulidad de la ordenanza y del decreto, que regulaban la estampilla Pro Desarrollo, no implica la improcedencia de la reparación directa, puesto que la pretensión de la demanda se dirige a la reparación del daño causado con las normas anuladas y no contra la negativa de devolución de dineros.

El criterio útil en la determinación de la acción procedente para reparar los daños generados por la administración es el origen de tales daños. En este caso el daño causado se generó con la expedición y posterior declaratoria de nulidad de la estampilla Pro Desarrollo, por lo que no debe negarse el trámite de la demanda de reparación directa. Citó y transcribió fragmentos del auto de 23 de febrero de 2012^[13].

En la referida providencia, además, se precisó que los actos administrativos susceptibles de ser demandados en nulidad y restablecimiento del derecho serían aquellos generados en actuaciones administrativas iniciadas antes de la declaratoria de nulidad del tributo, pero, en este caso, se solicitó la devolución con posterioridad a la nulidad, así que, según la posición del Consejo de Estado los actos que negaron tal devolución no serían susceptibles de ser demandados en nulidad y restablecimiento del derecho.



En relación con la existencia del acto definitivo, Resolución 0105 de 30 de septiembre de 2013, sostuvo que no ha sido notificada en legal forma, por lo que no puede pretenderse que se adecue la demanda.

Así que la jurisprudencia acogida en este caso para sustentar el rechazo de la demanda es anterior y contraria a la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la que en un caso similar al debatido accedió a las pretensiones de la demanda de reparación directa.

Además, en casos similares, el mismo Tribunal ha tramitado las demandas de reparación directa promovidas.

Por último, indicó que en cuanto a la base gravable del arancel, no es posible determinar los intereses porque precisamente para eso se pidió la práctica de una prueba pericial.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

En este caso, la discusión planteada se concreta en determinar cuál es el medio de control adecuado para solicitar la reparación de los perjuicios causados con ocasión de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que imponía el pago de un tributo. Específicamente debe definirse si el medio adecuado es el de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo consideró el a quo, o si es el de reparación directa, que es el promovido por la demandante. Para el efecto, debe establecerse la diferencia entre los dos medios de control mencionados. Para finalmente resolver el caso concreto.

1. Nulidad y restablecimiento del derecho vs reparación directa.

En primer lugar, se hará referencia al artículo 138 del CPACA que regula el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, así:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.” (Negrilla fuera de texto)

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto que lesionen un derecho subjetivo. Las pretensiones en este caso son: (i) que se declare la nulidad del acto particular dictado con infracción de las normas en que debería sustentarse o por un funcionario sin competencia o en forma irregular o con falsa motivación o desviación de poder o sin garantizar el derecho de audiencia y defensa y (ii) que se restablezca el derecho. Igualmente, puede pedirse la reparación del daño.

Obsérvese que la nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que exista un acto administrativo que lesione un derecho individual protegido por una norma jurídica y que ante la declaratoria de nulidad pueda pedirse el restablecimiento del derecho o la reparación del daño ocasionado mientras surtió efectos.

Entonces siempre que se predique una lesión o un daño por la expedición de un acto administrativo de carácter general o particular, el medio de control que procede es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

En segundo lugar, el artículo 140 señala:

“Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. ^[14] Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.” (Negrilla fuera de texto)

La demanda de reparación directa procede cuando el daño antijurídico, que una persona pretende le sea resarcido, es causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación temporal o permanente.

Es claro entonces que, por una parte, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está de por medio un acto administrativo que a juicio del demandante incurrió en una de las causales de nulidad indicadas en el inciso segundo del artículo 137 del CPACA y corresponde al juez de conocimiento determinar si el acto merece ser anulado y sacado del ordenamiento jurídico o si por el contrario es legal. En caso de que se declare la nulidad tendrá que ordenarse el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, según se haya pedido en la demanda.

De otra parte, en la acción de reparación directa la discusión se concreta en determinar si el Estado es responsable administrativamente por el daño causado por un hecho, omisión, operación administrativa u ocupación realizado por alguno de sus agentes y, en caso de que se establezca responsabilidad debe ordenarse la indemnización por los perjuicios causados.

2. Acción procedente en materia de impuestos y devoluciones.

Si bien en el sub examine las normas aplicables son las del CPACA [L. 1437/11], es relevante referirse a codificaciones anteriores para definir cuál es el medio de control procedente en materia de impuestos y devoluciones.

El Código Contencioso Administrativo- CCA [Dec. 01/84] en el artículo 85 establecía como acción procedente para reclamar la devolución de lo que se pagó indebidamente y la reparación del daño causado, la de nulidad y restablecimiento del derecho. La norma disponía:

“ARTÍCULO 85. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.” (Resalta la Sala)

Así que la norma de manera expresa establecía que era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la procedente cuando lo que se quería era que se modificara una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que se pagó indebidamente.

Entre los antecedentes normativos de este especial aparte puede mencionarse la Ley 167 de 1941, “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”, que reguló la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa. Esa ley contemplaba un título especial para regular el «Juicio especial de impuestos» que tenía un carácter revisorio de la actuación administrativa^[15].

Empero ya en el Decreto 01 de 1984 ese «juicio de revisión de impuestos» se incluyó dentro de la regulación y procedimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y es a partir de ese momento que adquirió la connotación de una controversia con la administración y que se tramita con un criterio judicial.

Lo anterior, produjo un cambio fundamental en el contencioso de los impuestos, con consecuencias en la demanda y en la decisión, pues la acción no es la revisión de una operación administrativa, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho. En el juicio de revisión de impuestos el acto no se anulaba sino que se revisaba o modificaba y la decisión producía efectos retroactivos^[16].

Ahora, el hecho de que el Código anterior dispusiera que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podía pretenderse la «modificación de una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente», no significa que sea una acción especial con unas pretensiones específicas, puesto que: (i) la esencia de esta «acción» es la posibilidad de que se declare la nulidad del acto administrativo, y (ii) no se diferencia de las demás pretensiones contra actos administrativos que no tengan naturaleza tributaria, pues su identificación está dada fundamentalmente por la causa petendi que se refiere a las «controversias relacionadas con la relación jurídico tributaria»^[17].

En este contexto, puede concluirse que aunque en el nuevo código no se haya incluido de manera expresa la mención que hace el Código anterior a la pretensión contenciosa de carácter tributario, no quiere decir que haya desaparecido.

Es claro que la regulación en materia tributaria que actualmente existe, tiene su origen en la necesidad que se dio de adaptar e incluir dentro del procedimiento contencioso administrativo un juicio especial de impuestos, lo cual merecía, en su momento, hacer expresa su inclusión para efectos de no dejar por fuera la posibilidad de impugnar este tipo de actuaciones administrativas.

Ahora, como se explicó, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se mantiene en el nuevo Código sin que haya sufrido cambios sustanciales, lo que permite indicar que seguirá siendo el medio de control procedente e idóneo para discutir la legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades encargadas de fiscalizar, determinar y liquidar los tributos, así como los relacionados con las sanciones, devoluciones, entre otros.

3. Norma general anulada. Reparación del daño.

Tratándose de la nulidad de normas de impuestos, el resarcimiento o reparación del daño se logra con la devolución del pago de lo no debido como forma de resarcir integralmente al contribuyente que resultó privado de unos recursos por una norma que posteriormente fue declarada ilegal.

Así que para obtener la devolución de las sumas pagadas, es necesario, de conformidad con lo previsto en los artículos 850^[18] del Estatuto Tributario y 16^[19] del Decreto 2277 de 2012^[20], que el contribuyente, en primera medida, solicite a la administración tributaria esa devolución. En caso de que se niegue esa petición, lo procedente será acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar esa decisión.

Entiéndase que el daño sufrido es susceptible de ser reparado a través del referido medio de control y no de otro, pues el artículo 138 del CPACA es expreso al indicar que se puede solicitar la reparación del daño, concibiendo que este surge como consecuencia de un acto administrativo y no de un hecho, operación, omisión u ocupación de un agente del Estado, evento en el cual el medio de control procedente si es el de reparación directa.

En ese orden de ideas, fuerza concluir que la acción de reparación directa para obtener la devolución de tributos que han sido declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, es improcedente.

4. Caso concreto.

La Sala se anticipa a manifestar que confirmará el auto apelado, por las siguientes razones:

Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, Transunicol S.A. promovió el medio de control de reparación directa con el fin de que se declarara al departamento de Boyacá administrativamente responsable por los daños ocasionados con la expedición ilegal del acto que adoptó la estampilla Pro Desarrollo, el cual fue anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

A pesar de que, desde el principio, el Tribunal Administrativo de Boyacá, competente para conocer del asunto en primera instancia, le advirtió a la sociedad actora que en este caso en particular la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho y que en ese sentido debía adecuarla, Transunicol S.A. insistió en que el medio de control es el de reparación directa.

Al respecto, tal como quedó explicado en el capítulo anterior, la nulidad y restablecimiento del derecho es el medio de control procedente para discutir asuntos de naturaleza tributaria, incluida la devolución del pago de lo no debido.

Esa clase de acción tiene como fin principal que el juez haga un estudio de legalidad de los actos cuya nulidad se pide y en caso de que anulen se ordene el restablecimiento del derecho o la reparación del daño causado con su expedición.

En el sub lite lo que se busca es la reparación del daño ocasionado con la expedición de una ordenanza que imponía el pago de un tributo, pero que, posteriormente, fue anulada. Así lo entiende la demandante que en el recurso de apelación sostuvo “la pretensión gira en torno a la reparación del daño ocasionado con la expedición de la Ordenanza 031 de 2005 y el Decreto 0276 de 2006 y no de la negativa de devolución de dineros.”

Tiene razón la demandante al asegurar que el daño no deviene de los actos que le negaron la devolución de lo pagado; empero era necesario reclamar a la administración esos dineros pues en el ordenamiento jurídico se contempla un procedimiento para ese efecto.

Resulta lógico que, si se ha pagado una suma de dinero sin existir obligación legal de hacerlo, lo primero que debe hacerse es pedir la devolución a quien se le entregó el dinero y luego, si se niega la solicitud de devolución, el contribuyente podrá acudir a la vía judicial, para pedir la nulidad de los actos que negaron la devolución y la reparación del daño que se concreta en la devolución de las sumas pagadas indebidamente.

Por consiguiente, no es procedente, como lo estima la demandante, que -en este caso en concreto- se promueva el medio de control de reparación directa para pedir el resarcimiento de un daño que se causó por la expedición ilegal de una norma que imponía el pago de un tributo y no por un hecho, omisión, operación u ocupación realizada por la administración. La Sala insiste en que el daño cuya reparación se pretende se originó por un acto administrativo.

En conclusión, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo judicial idóneo para solicitar la devolución del pago de lo no debido, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la norma que estableció la obligación del pago del tributo.

En los anteriores términos, lo precedente es confirmar el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

CONFÍRMASE el auto de 11 de marzo de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

^[1] Exp. 15001-23-31-000-2007-00573 (17655)

^[2] Fls. 9-11

^[3] Fl. 29

^[4] Fls. 116-119

^[5] Auto de 23 de febrero de 2012, Rad. 2000-01907 (24655), Reparación directa; Actor: Makro de Colombia S.A., Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público; M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

^[6] Fls. 122-125

^[7] Fls. 127-129

^[8] Fl. 133

^[9] El Director Jurídico del departamento de Boyacá allegó la Resolución 00105 de 30 de septiembre de 2013, por la cual se resuelve un recurso de apelación, en el sentido de confirmar la Resolución 00681 de 21 de noviembre de 2012. Fls. 149-152.

^[10] Fl. 139-141

^[11] Fls. 154-156

^[12] Fls. 160-164

^[13] Rad. 2000-01907-01 (24655)

^[14] Expresión subrayada declarada exequible en sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011.

^[15] L. 167/41. CAPITULO XXIII. DE LOS JUICIOS SOBRE IMPUESTOS. Art. 271. Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo.

^[16] ABELLA ZÁRATE, Jaime. Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria. Bogotá: LEGIS. 1999. P. 51.

^[17] Ob. Cit.

^[18] **Artículo 850. Devolución de saldos a favor.** Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.



La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.

[19] *“Artículo 16. Término para solicitar y efectuar la devolución por pagos de lo no debido. Habrá lugar a la devolución y/o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Dirección Seccional de Impuestos o de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del presente decreto.*

La Dirección Seccional de Impuestos o de Impuestos y Aduanas para resolver la solicitud contará con el término establecido en el mismo artículo.

Parágrafo. *Para la procedencia de las devoluciones y/o compensaciones a que se refiere el presente artículo, además de los requisitos generales pertinentes, en la solicitud deberá indicarse número y fecha de los recibos de pago correspondientes.”*

[20] Por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de gestión de las devoluciones y compensaciones y se dictan otras disposiciones.