



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, dieciséis (16) de noviembre de 2016

MEDIO DE CONTROL: Reparación de los perjuicios causados a un grupo
DEMANDANTE: **RONALD FRANCISCO ROJAS DÍAZ Y OTROS**
DEMANDADO: Departamento de Boyacá – Asamblea
Departamental de Boyacá – INDEPORTES Boyacá
RADICACIÓN: 15001 33 33 004 **2015 00104 00**

1. DESCRIPCION

1.1. TEMA DE DECISIÓN.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas y verificados los presupuestos procesales del medio de control, el Despacho procede a dictar en derecho la Sentencia de Primera Instancia en el proceso de Reparación de los perjuicios causados a un grupo.

1.1.2 OBJETO

Los integrantes del grupo Ronald Francisco Rojas Díaz, José Ignacio Fula Pulido, Lilia Del Carmen Salamanca de Ochoa, Almacén Autorepuestos Ltda., Dolly Manrique Baez, Jairo Jesús Jiménez Vargas, Luz Aravela Melo Buitrago, Luis Albeiro Ramos Montaña, Diana Patricia Moncada, Lucila Lara Melo, Leonor Lara Melo, Luis Alfredo Carvajal M., José Ignacio Molina, Nubia Milena Tenjo Pirajan, Esteban David Rodríguez, Isabel Torres Ospina, Alejandra Camila Nonsoque, Yenny Paola Joya Salcedo, María Gladis Cuervo, Jose Vicente Guerrero, Priscila Malagón Acosta, Cecilia Hernández, Luis Armando Guerrero Gamboa, Luz Amanda Guerrero Hernández, Mariela Guerrero Hernández, Sebastián Guerrero Hernández, Mary Luz Guerrero Hernández, Aida Jiménez De Medina, José Antonio Medina, William Camilo

Ochoa Torres, Consuelo Andrea Rodríguez Reyes, José Valentín Suarez Puerto, Oscar Gaston Rubio Silva, Alonso Carreño Vargas, Víctor Manuel Barrera, Juan De Jesús Blanco Bonilla, Cesar Augusto Torres La Rotta, José Domingo Salgado, Mónica Lorena Martin Ortiz, Rubiela Ortiz Ortiz, Maideth Juliana Martin Ortiz, Iván Darío Torres Vargas, Karen Johana Hernández Alarcón, María Carolina Torres Vargas, Liliana Vargas, Armando Albarracín Prieto, Pedro Pablo Gamboa Rodríguez, María Del Carmen Cruz, Ana Beatriz Cruz De Ochoa, Cielo Giovanna Rodríguez Céspedes, Diana Marcela Niño, Omar Mendoza Dueñas, Diositeo Mendoza, Miriam Rosario Alemán Novoa, Carlos Humberto Rincón Espinel, Calixto Pinzón Ríos, María Del Carmen Rogeles, Didimo Vega Rogeles, usuarios de telefonía móvil celular, en ejercicio del medio de control de la Reparación de los perjuicios causados a un grupo prevista en el artículo 145 del C.P.A.C.A, presentaron demanda en contra del Departamento de Boyacá, Asamblea Departamental de Boyacá, y el Instituto de Deportes de Boyacá - INDEPORTES BOYACÁ, mediante apoderado, ante este Despacho para que accediera a las siguientes:

1.1.3 PRETENSIONES:

1.- Que se declare administrativamente responsables al Departamento de Boyacá y Asamblea Departamental de Boyacá, por los daños y perjuicios ocasionados al grupo demandante con la expedición de las ordenanzas que crearon y modificaron las contribuciones con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre y la generada por el servicio de telefonía, telecomunicaciones y/o telemáticos, que fueron declaradas nulas judicialmente a los usuarios de telefonía fija, celular, beeper, buscapersonas y demás servicios de telecomunicaciones y/o telemáticos que existen en el Departamento de Boyacá, que pagaron los tributos creados con tales actos administrativos.

2.- Que la cuantía que se pruebe en el proceso sea liquidada, indexada y se reconozcan los respectivos intereses de mora partir que se efectuó el pago, que la liquidación individual de cada miembro del grupo miembro del grupo se determine por el valor pagado por cada uno en su respectiva factura de telefonía fija, celular, beeper, buscapersonas y demás servicios de telecomunicaciones y/o telemáticos que existen en el Departamento de Boyacá. De igual forma deberá procederse con los interesados en acogerse a los efectos del fallo que se emita dentro del presente proceso.

3.- Ordenar que se entregue el valor de los perjuicios aprobados al Fondo para la Defensa de Derechos e Intereses Colectivos, así como a publicación, por una sola vez, del extracto de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional.

4.- Ordenar el pago y liquidación de honorarios del abogado coordinador en la forma prevista en el numeral 6° del artículo 65 de la Ley 472 de 1998.

5.- Condenar en costas a la parte vencida.

De manera subsidiaria se solicitó:

Que de exonerarse al Departamento de Boyacá y a la Asamblea Departamental de Boyacá, solicita que se condene al Instituto de Deportes de Boyacá - INDEPORTES Boyacá, de la misma forma solicitada en las pretensiones principales, por haberse bonificado del pago de tales contribuciones.

2. SITUACION FACTICA

Señala que mediante ordenanza 027 del 4 de septiembre de 2001, la Asamblea Departamental de Boyacá creó la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, cuyo hecho generador era el servicio de telefonía fija, celular, beeper, buscapersonas y demás servicios de telecomunicaciones y/o telemáticos que existen en el Departamento de Boyacá y se causa cuando se realiza el cobro de tales servicios, vía factura, siendo los usuarios de tales servicios los sujetos pasivos de la contribución y el sujeto activo sería el Instituto De Juventud y Deporte de Boyacá, siendo responsable del recaudo las empresas prestadoras de los servicios gravados. La tarifa correspondía al 2% sobre el valor facturado mensual o periódicamente, sin incluir impuesto sobre ventas, contribuciones o sanciones.

Manifiesta que la ordenanza 027 del 4 de septiembre de 2001, fue demandada en nulidad simple ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Encontrándose dicha ordenanza demandada ante la Jurisdicción, la duma departamental procede a proferir la Ordenanza 053 de 2004, con la cual crea la contribución generada por el servicio de telefonía, de telecomunicaciones y/o telemáticos que existan en el Departamento de Boyacá, contribución equivalente al 2% del servicio prestado, de la forma mensual o periódica que se facture, ordenanza que posteriormente fue también demandada ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Tanto la ordenanza 027 del 4 de septiembre de 2001 como la Ordenanza 053 de 2004, fueron declaradas nulas en primera y segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá y por el Consejo de Estado respectivamente. Con base en la declaratoria de nulidad citada, refiere la demanda que se produce un daño antijurídico por falla en el servicio frente a los usuarios que debieron soportar el gravamen declarado ilegal.

3. LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACION

- Artículo 1, 90 Constitución Política
- Artículos 3 y 49 Ley 472 de 1998.

3.1 CONCEPTO DE VIOLACION

Manifiesta que cuando una ordenanza es declarada nula por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se está reconociendo una falla en la función pública de la Asamblea Departamental, derivando en que el colegiado no cumplió con sus funciones constitucionales y legales, por lo que las ordenanzas que establecieron las contribuciones por el servicio de telefonía, de telecomunicaciones y/o telemáticos, ocasionaron daños antijurídicos concretos susceptibles de reparación, toda vez que se impuso a los administrados una carga que no estaban en el deber jurídico de soportar.

3.2 CONTESTACION DE LA DEMANDA

- INDEPORTES BOYACÁ (fls. 87 a 108)

Frente a los hechos señala que los hechos 1 a 14, 17, 24 a 27 son ciertos; a los hechos 15 y 16 refiere que no son ciertos; manifiesta que son afirmaciones del demandante los hechos 18 a 23, 30 a 43; y finalmente, resalta que no es un hecho el plasmado en el numeral 44.

Así mismo, se opone frontalmente a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, señalando como excepciones previas las de, i) Inexistencia de la entidad demandada, y ii) Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta a la que fue demandada; y como excepciones de mérito las siguientes: i) El

grupo no reúne las condiciones uniformes respecto de la causa posible del daño; ii) El estimativo del valor de los perjuicios no se encuentra identificado por los usuarios; iii) Falta que se demuestre el pago; iv) Inepta demanda por improcedencia de la acción al buscar obtener la reparación de un presunto perjuicio a cada integrante el supuesto grupo, v) Las ordenanzas estaban amparadas por la presunción de legalidad por lo mismo no hay declaratoria de responsabilidad del Estado; vi) Falta de legitimación en la causa por pasiva; vii) Caducidad de la acción.

- DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (fls. 109 a 140)

Frente a los hechos señala que los hechos 1 a 17, 24 a 27, 29 son ciertos; a los hechos 23, 30 y 44 refiere que no son ciertos; manifiesta que son afirmaciones del demandante los hechos 18 a 23, 30 a 43; resalta que no son hechos los plasmados en los numerales 18 a 23; parcialmente cierto los hechos 31 y 43; finalmente señala que no le consta y se atiene a lo que se pruebe frente a los hechos 33 a 42.

Manifiesta que se opone a las pretensiones principales y subsidiarias señalando como previas las excepciones de i) Inepta demanda; ii) Falta de legitimación por activa; iii) Caducidad de la acción; iv) Cumplimiento de deber constitucional y legal; v) Efectos hacia el futuro de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos; vi) Falta de legitimación en la causa por pasiva; y, vii) Inexistencia de violación de intereses colectivos de los accionantes.

- ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACÁ (fls. 141 a 240)

A los hechos 1 a 17, 25, 27, 28, 32 a 42, señala que son ciertos; manifiesta que no son ciertos los hechos 18, 22, 23 y 43; tiene como afirmaciones del demandante y no como hechos los numerales 19 a 21, 26, 29, 30 y 44; y como parcialmente ciertos califica el hecho 31. En el escrito de contestación se opone a las pretensiones principales y subsidiarias y propone como excepciones de fondo las siguientes: i) Inexistencia del daño; ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva; iii) Caducidad de la acción; iv) Prescripción; y, v) Falta de requisitos en la demanda – falta de identificación de los actores.

4. CRÓNICA DEL PROCESO.

La demanda fue admitida mediante providencia fechada 11 de junio de 2015 (fls. 68 a 70), notificándose del citado auto a todos los accionados y al ministerio público (fls. 72 a 80); posteriormente se realizó el aviso a la comunidad (fl. 82) y se corrió el traslado para que los demandado contestaran la demanda, se realiza audiencia de conciliación, se decretan y practican las pruebas solicitadas por las partes y finalmente se corre traslado para alegar de conclusión.

5. ALEGATOS DE CONCLUSION

5.1 RONALD FRANCISCO ROJAS DÍAZ (fls. 994 a 996)

Señala que se probó la expedición de las ordenanzas que consagran el tributo, que el recaudo del impuesto ha sido administrado por INDEPORTES Boyacá; que los miembros del grupo cumplieron con el pago del impuesto mientras estuvieron vigentes las ordenanzas que lo crearon.

Frente al grupo demandante señala que está representado por Ronald Francisco Rojas Díaz y por las personas vinculadas antes del decreto de pruebas, añadiendo que las personas vinculadas mediante providencia del 1 de julio de 2016, no hacen parte del grupo y que la designación de Oscar Orlando Roballo Olmos, como abogado coordinador fue contraria al debido proceso y a la realidad del proceso.

5.2 ASAMBLEA DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (fls. 997 a 1080)

Señala que la demanda se adelantó sin agotar sede administrativa y que los efectos de las sentencias que declaran nulo un impuesto constituyen cosa juzgada ex nunc, es decir, hacia futuro. Añade que el medio de control idóneo para ventilar las pretensiones es el de nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta que las facturas constituyen un acto administrativo.

Considera que no le asiste la razón al demandante al pretender derivar efectos erga omnes, pues en el proceso se debe identificar el grupo afectado y determinar cuáles de ellos cumplen con los requisitos para solicitar la devolución, situación fundamental para emitir una sentencia en concreto y no en abstracto.

Finalmente señala que no es dable utilizar una acción constitucional para acceder a un reconocimiento ya caducado, debiendo haber procedido a realizar las reclamaciones individuales correspondientes.

5.3 OSCAR ORLANDO ROBALLO OLMOS (fls. 1082 a 1086)

Comienza por determinar la responsabilidad del Estado cuando un acto administrativo que crea un tributo es declarado ilegal, para lo cual trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional; posteriormente se ocupa del título de imputación utilizado para endilgarle la responsabilidad al Estado, el cual no es otro que falla en el servicio, por lo que se debe indemnizar el daño antijurídico causado a los accionantes, por lo que la decisión que adopte el despacho redundaría en una mejor calidad de las leyes y en la salvaguarda de los intereses legítimos de los que se ven afectados por ellas. Resalta que una interpretación contraria a las pretensiones avalaría injustificadamente la irresponsabilidad del legislador.

Señala que se encuentra determinado el daño a los demandados pues obra en el expediente las certificaciones expedidas por INDEPORTES y el Departamento de Boyacá donde consta el valor recaudado por la sobretasa a la telefonía declarado nulo, así como también la certificación de las empresas a través de las cuales se recaudó la sobretasa a la telefonía, las ordenanzas que crearon el tributo, copias auténticas de las sentencias que anularon las ordenanzas, con lo que se demuestra que dichos actos estaban viciados de nulidad, por ende su creación y aplicación generaron el daño del cual se solicita la indemnización, por lo que solicita que se acceda a las pretensiones con base en los pronunciamientos del Consejo de Estado para casos similares.

6. ACERVO PROBATORIO

Obra en el plenario las siguientes pruebas:

- Copias auténtica de la sentencia de primera instancia dentro de la acción de nulidad N° 15001233100020130070100 con su constancia de ejecutoria (fls. 21 a 29)
- Copias auténticas de la sentencia de primera y segunda instancia dentro de la acción de nulidad N° 1500123310002002242901 (fls. 30 a 55)

- Derecho de petición presentado ante el Departamento de Boyacá, mediante el cual Ronald Francisco Díaz Rojas, solicita se le informen los valores declarados y pagados con base en las Ordenanzas N° 027 de 2001 y 053 de 2004, así como los valores transferidos por la Tesorería General del Departamento a Indeportes por el mismo concepto (fl. 20).
- Respuesta al derecho de petición por parte del Departamento de Boyacá, con la cual se expide la certificación solicitada por el señor Ronald Francisco Díaz Rojas (fls. 17 y 18)
- Facturas generadas electrónicamente por Movistar en donde se cobra la contribución (fls. 56 a 65)
- Derechos de petición realizados ante diferentes empresas de telefonía celular, solicitando se indicaran los números de líneas, nombres y valores cancelados en virtud de las Ordenanzas N° 027 de 2001 y 053 de 2004 (fls. 279 a 287)
- Copia derecho de petición radicado ante la Gobernación de Boyacá del 23 de julio de 2015, solicitando se indicaran los números de líneas, nombres y valores cancelados en virtud de las Ordenanzas N° 027 de 2001 y 053 de 2004 (fl. 288)
- Respuesta a los derechos de petición realizados ante diferentes empresas de telefonía celular (fls. 295 a 308)
- Respuesta a los derechos de petición radicado ante la Gobernación de Boyacá (fls. 293 y 294)
- Copia de la Ordenanza N° 027 de 2001 (fls. 429-433)
- Copia de la Ordenanza N° 053 de 2004, dicha copia esta en forma incompleta pues se aporta en 4 folios. (fls. 434-437)
- Copia de la sentencia del 7 de febrero de 2013, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo, radicado N° 2002-2429 (fls.438-445)
- Reporte de la consulta de actuaciones procesales dentro del proceso N° 2002-2429 del Consejo de Estado (fls. 446-448)
- Copia del Acta Audiencia Inicial con Fallo N° 001 del 9 de julio del 2014 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrado Ponente Luis Ernesto Arciniegas Triana, dentro del proceso N° 2013-0701 (fls. 449-464)
- Reporte de la consulta de actuaciones procesales dentro del proceso N° 2013-0701 del Tribunal Administrativo de Boyacá (fls. 465-467)
- Copia del Derecho de petición del 28 de junio de 2013 con radicado de la misma fecha a través de la página web de la Gobernación de Boyacá (fl.468)

- Respuesta al anterior Derecho de petición referenciado adiado del 15 de agosto de 2013 (fls. 469-470)
- Certificación del 15 de agosto de 2013, suscrita por el Tesorero General del Departamento de Boyacá, donde constan los valores declarados y pagados con base en las Ordenanzas N° 027 de 2001 y 053 de 2004 entre los años 2001 y 2007 (fls. 471-472)
- Derechos de petición radicados en las distintas empresas de telefonía junto con sus respectivas respuestas (fls. 473-538)
- Copias de las facturas de Telefonía Celular de las empresas celulares Movistar y Claro (fls. 539-573)
- Copia de la Ordenanza N° 002 del 28 de diciembre de 2012 por el cual se expide el estatuto de rentas y tributario del Departamento de Boyacá y se deroga la Ordenanza N° 053 de 2004 (fls. 149-238)
- Certificación de INDEPORTES, valores recaudados y empresas a través de las cuales se realizó el recaudo (fl. 787)
- Certificación de Departamento de Boyacá, valores recaudados y empresas a través de las cuales se realizó el recaudo (fl. 783)

7. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y TÉSIS DEL DESPACHO

Problema Jurídico: Corresponde al despacho determinar si la anulación por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en sede de simple nulidad, de las Ordenanzas N° 027 de 2001 y 053 de 2004 que regulaban una contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, da derecho a los contribuyentes de dicho impuesto a reclamar los perjuicios derivados de la vigencia del tributo declarado ilegal. De igual forma, se debe determinar la necesidad de solicitar directamente a la administración la compensación o reembolso de los tributos pagados y cuál es la cuerda procesal y/o medio de control adecuado para acudir a la jurisdicción contenciosa a solicitar dicha devolución.

Tesis del Despacho: El despacho sostendrá la tesis según la cual, los administrados afectados con el tributo declarado ilegal, debe acudir a la administración a solicitar la compensación o reembolso de los dineros pagados en virtud de la vigencia de las ordenanzas que regulaban la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, utilizando para ello el procedimiento de devolución de pago en exceso e indebido consagrado en el Estatuto Tributario Nacional y en caso de que la administración no acceda a lo reclamado por el administrado, el medio

de control idóneo para controvertir dicha decisión contenida en un acto administrativo, es el de nulidad y restablecimiento del derecho, situación que deriva en la improcedencia del medio de control de Reparación de Perjuicios Causados a un grupo, dado que el grupo no cumple con las características uniformes a las que refieren las Leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011.

8. LAS ORDENANZAS ANULADAS POR LA JURISDICCIÓN

A través del ejercicio del medio de control de nulidad simple la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de anularon las Ordenanzas 027 de 2001 y 053 de 2004, proferidas por la Asamblea del Departamento de Boyacá. En primer lugar estudiaremos lo establecido en la Ordenanza 027 de 2001 “Por la cual se crea una contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre y se dictan otras disposiciones”:

- Fue creada con fundamento en el artículo 75 de la ley 181 de 1998 y el artículo 338 constitucional.
- Tiene como objeto la creación de una contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre.
- El hecho generador es el servicio de telefonía fija, celular, beeper, buscapersonas y demás servicios de telecomunicaciones y/o telemáticos que existen o se creen en el Departamento de Boyacá.
- Se causa al momento del cobro de los servicios antes mencionados.
- Los sujetos pasivos son los usuarios de éstos servicios.
- La base gravable corresponde al valor de la factura generada por el servicio, con un periodo gravable igual al periodo por el cual se cobra el servicio con una tarifa equivalente al 2%.
- La destinación de la contribución es: i) La promoción , construcción, dotación y mantenimiento de instalaciones deportivas y recreativas en los municipios del Departamento de Boyacá; y ii) Para apoyo a las ligas deportivas, escuelas de formación deportivas, programas del sector educativo y financiamiento de eventos deportivos.

En lo referente a la Ordenanza 053 de 2004 “Por la cual se expide el estatuto de rentas del Departamento de Boyacá”, compila los tributos departamentales e incorpora la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento

del tiempo libre, contenida en los artículos 225 a 232, reproduciendo como tal los mismos postulados de la Ordenanza 027 de 2001.

9. MARCO LEGAL

9.1 Normas que Rigen al Medio de Control de Reparación de Perjuicios causados a un grupo

El inciso segundo del artículo 88 de la Constitución Política, consagra la acción de grupo como un mecanismo instituido para posibilitar la indemnización de perjuicios causados a un número plural de personas, sin perjuicio de la procedencia de las acciones particulares.

La Ley 472 de 1998 que desarrolla el citado artículo 88, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, define a éstas últimas como “aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. (...)”.

Acerca de la naturaleza de la acción de grupo, la H. Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Se reitera que las acciones de clase o grupo constituyen un mecanismo de defensa judicial frecuentemente utilizado por una categoría o clase de personas determinadas, que pretenden lograr una indemnización resarcitoria económicamente, del perjuicio ocasionado por un daño infringido en sus derechos e intereses.”¹

En relación con la finalidad de la acción de grupo, la jurisprudencia constitucional², ha precisado lo siguiente:

¹ Corte Constitucional, sentencia C-1062 de 2000, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C- 242 de 2012. Referencia: expediente D-8685. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 55 y 65 (parciales) de la Ley 472 de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. Actor: José Antonio Durán Ariza. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012).

“(…) de conformidad con los artículos 88 de la Carta y 3° de la Ley 472 de 1998, ha afirmado que la acción de grupo tiene su origen en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación, y que no obstante de tratarse de intereses comunes, se puede individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue. Así, ha sostenido que la acción de grupo busca resarcir el perjuicio ocasionado a un número plural de personas o a un grupo, en cuanto todas ellas de manera individual y colectiva al mismo tiempo, resultaron afectadas por un daño originado en circunstancias comunes, lo que justifica un trato procesal unitario. En las acciones de grupo, la responsabilidad es entonces tramitada colectivamente, en cuanto se trata de reclamar los daños ocasionados a un número importante de ciudadanos, pero las reparaciones concretas son en principio individualizadas, ya que, por su intermedio, lo que se ampara es el daño subjetivo de cada uno de los miembros del grupo.”³

En armonía con lo expuesto, esta Corporación ha sostenido que la acción de grupo contribuye claramente a la realización del derecho de acceso a la administración de justicia y al desarrollo del principio de economía procesal, al resolver en un mismo proceso las pretensiones de un número plural de personas que fueron afectadas por una misma causa. En efecto, una de las finalidades de la acción de grupo es que se simplifique la administración de justicia y se conjuguen los esfuerzos individuales para solicitar la reparación de los daños causados por un evento lesivo. Es por esta razón, que la finalidad de la acción de grupo es permitir que un número plural de individuos que resulten afectados por un acontecimiento común, al encontrarse en situaciones similares, puedan interponer una sola acción con fines de reparación e indemnización, con lo que se logra una mayor economía procesal, lo cual se traduce en términos de reducción del desgaste del aparato judicial y contribuye en la lucha contra la congestión de la administración de justicia, así como en los costos de los litigios, lo que posibilita la democratización de la justicia⁴.”

Se concluye que la acción de grupo, por su naturaleza indemnizatoria, tiene como finalidad exclusiva el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios originados tanto por la vulneración de derechos colectivos, como de derechos subjetivos de origen constitucional o legal, siempre y cuando, el daño lo sufra un número determinado o determinable de personas.

En el presente caso, se alega por el grupo accionante, que el daño se cimienta en la anulación de las Ordenanzas 027 de 2001 y 053 de 2004 por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, actos administrativos que regulaban la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre y para ello cita como fundamento las sentencias proferida en sede de simple nulidad dentro de

³ Ver Sentencias C-215 de 1999, C-569 de 2004 y sentencia C-116 de 2008.

⁴ Ver Sentencia C-569 de 2004.

los procesos 1500123310002002242901 y 15001233100020130070100 respectivamente.

9.2 La fuente del daño y el medio de control escogido para solucionar la controversia

Se debe analizar por parte del despacho el hecho de la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando previamente la jurisdicción ha anulado el acto administrado generador del daño en sede de simple nulidad. A primera vista, debería descartarse la procedencia del citado medio de control, atendiendo que los actos administrativos, fuente de los perjuicios, ya fueron declarados nulos por la Jurisdicción administrativa y lo único que se pretende es la reparación de los perjuicios ocasionados por el acto declarado nulo, durante el tiempo que estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el particular ha destacado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁶:

“2.1. Si bien es cierto que nuestro ordenamiento consagra la primacía del derecho sustancial respecto del derecho procesal, también lo es que la Constitución Política consagra el debido proceso y el derecho de defensa, que contienen el sometimiento a las normas que orientan el acceso a la justicia mediante el ejercicio oportuno y adecuado de las acciones judiciales.

Por tanto no resulta aceptable invocar la prevalencia del derecho sustancial para justificar el incumplimiento de los principios y normas que rigen el ejercicio del derecho de acción. La alegada prevalencia procede frente a situaciones en la que el derecho subjetivo se excluye o está en peligro por la aplicación de ritualidades y formalismos impertinentes

La prevalencia del derecho sustancial no sirve para cambiar a voluntad, el objeto y la naturaleza de las acciones contencioso administrativas que presentan condiciones legales que determinan su procedencia. Así la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la pertinente para demandar la reparación de los perjuicios que tuvieron

⁵ Sentencia del 13 de mayo de 2009, expedientes 27422. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03055-00(AC) Actor: ANGELA MARIA GOMEZ CANO Y OTRO. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA - SALA DE DESCONGESTION. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015).

por causa un acto administrativo que se considera ilegal; por ende tiene por objeto la nulidad del acto y el restablecimiento del derecho que con el mismo se conculcó.

La acción de reparación directa, en cambio, resulta procedente contra el Estado⁷ cuando el daño proviene de un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. Su objeto es la declaratoria de responsabilidad extracontractual y la consecuyente reparación del daño causado.

2.2. La circunstancia de que los actos administrativos fuente del Daño hayan sido revocados posteriormente, no muta la acción originalmente prevista por la ley para obtener la reparación de los perjuicios derivados del mismo. Máxime si la revocatoria directa se produce cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ha caducado. *En el caso concreto es verdad que ante la revocatoria de los actos determinantes del daño, no cabe una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no sólo por su inexistencia sobrevenida sino, especialmente, porque ya se había producido la caducidad de la acción que era pertinente.*

2.3. La acción de reparación directa no es la procedente por la sola inconducencia (sic) de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto por medio del cual se revocó directamente el que causaba el perjuicio. *Pues, de conformidad con lo expuesto, la misma no procede frente a daños causados con un acto administrativo que bien pudo demandarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.” (Resaltado fuera del texto)*

En este punto se abre otro escenario, como quiera que el administrado que se vio afectado durante la vigencia del acto administrativo que se declara nulo, tiene la posibilidad de reclamarle a la administración, de manera directa, el reconocimiento de los perjuicios causados, o como en el caso que nos ocupa, la devolución de las contribuciones pagadas como consecuencia de la vigencia del tributo declarado ilegal, es así como estudiaremos, en sede administrativa, de la devolución de lo pagado por los administrados.

9.3 Posibilidad de que el Administrado Solicite el Valor Pagado en Sede Administrativa

⁷ “Téngase en cuenta que la misma acción también la puede ejercitar el Estado contra los particulares que le causen daño.”

De cara a resolver el caso sub judice, se debe decir, que si lo que se pretende es la devolución de lo pagado por los miembros del grupo en vigencia de las ordenanzas que regulaban el pago de la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, y que fueran declaradas nulas por la Jurisdicción, dado que frente a cada uno de ellos surgiría un perjuicio individual, en razón a que las erogaciones realizadas en virtud del tributo anulado, fueron canceladas con dinero del peculio de cada usuario del servicio de telefonía fija, celular, beeper, buscapersonas y demás servicios de telecomunicaciones y/o telemáticos que existían o se crearon en el Departamento de Boyacá; situación que deriva en la posibilidad que los administrados afectados acudieran ante la administración en uso del derecho fundamental de petición para solicitar la devolución de los pagos presuntamente adeudados y de ésta forma poner en marcha el procedimiento en sede administrativa para el reconocimiento y pago de los perjuicios económicos reclamados.

Éste procedimiento, otrora llamado “vía gubernativa”, permite a la administración pronunciarse frente a una solicitud de reconocimiento de un derecho o al pago de algún perjuicio reclamado por los administrados, previo a acudir ante el Juez Administrativo. dicho en palabras del Consejo de Estado⁸:

*“Se trata entonces de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta Jurisdicción el cual, **lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendida***⁹.

*A su vez, es concebido en dos sentidos, a) como una garantía y b) como una obligación. Lo primero porque **constituye un instrumento del cual goza el administrado para que las decisiones adoptadas por la administración, a través de un acto administrativo particular que perjudique sus intereses, sean reconsideradas por ella misma sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, se busca que la administración pueda enmendar los posibles errores subyacentes en sus propios actos administrativos sin necesidad de acudir a la vía judicial.***

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B". Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicación número: 54001-23-31-000-2005-00689-02(0880-10). Actor: JULIO CESAR BAYONA CARDENAS. Demandado: DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER Y CONTRALORIA DE NORTE DE SANTANDER. Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011).

⁹ Así lo ha sostenido la Sala en varios de sus pronunciamientos, entre otros, en sentencias de 15 de julio de 2010. Exp. 0426 de 2009, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y de 18 de noviembre de 2010 Exp. 2292 de 2008. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Con ello se busca garantizar los derechos de los administrados en cumplimiento de los principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política y 3º del C.C.A.

La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en afirmar que la vía gubernativa es una modalidad de "justicia interna" con la que cuenta la administración, pues con ella se busca satisfacer plenamente las pretensiones del interesado sin necesidad de acudir ante un juez¹⁰.

Por otro lado, la vía gubernativa garantiza el derecho de defensa del administrado frente a la administración, en razón a que lo faculta para interponer los recursos legales, como los de reposición, apelación y queja, contra los actos administrativos." (Subraya el despacho)

Cuando analizamos el tema del "privilegio de la administración" como lo ha llamado la doctrina y la jurisprudencia, debemos recordar que el derogado C.C.A. consagraba en su artículo 135, como requisito de procedibilidad, el agotamiento de la vía gubernativa para poder acceder a la Jurisdicción a dirimir un conflicto derivado de un acto administrativo. En la legislación actual, este requisito se condensa en el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, de la siguiente manera:

"Artículo 161. Requisitos previos para demandar. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral."

¹⁰Al respecto la Corte Constitucional sostuvo en Sentencia C-060 de 15 de febrero de 1996. MP: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Referencia: Expediente D- 1037. Actor: Luís Antonio Vargas Álvarez, que "Con dicha institución se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna, al otorgársele competencia para decidir, previamente a la intervención del juez, sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio, consistente en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial".

Ahora bien, como quiera que el presente asunto se estudia en sede del medio de control de Reparación de Perjuicios Causados a un Grupo (Acción de Grupo), no debemos perder de vista el contenido del numeral segundo del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011 que señala:

“Artículo 145. Reparación de los perjuicios causados a un grupo.

(...)

*Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, **siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio.**” (Resalta el despacho)*

Así pues, la nueva codificación contencioso administrativa, no pierde de vista el privilegio de la administración de pronunciarse previo a un debate judicial, como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹¹ al resaltar: *“De manera general puede decirse que la necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción **constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa** y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.”* (Negrillas nuestras).

Lo anterior denota la posibilidad que los administrados de acudir a la administración en procura del cobro de lo pagado indebidamente o en exceso, en virtud de los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que declaran la ilegalidad de actos administrativos de carácter general expedidos por autoridades territoriales, con o sin intereses¹², conforme al procedimiento establecido en los artículos 850 y s.s. del Estatuto Tributario Nacional y en el artículo 2313 del Código Civil, situación que honra el privilegio de autotutela de la administración y que garantiza el debido proceso en lo concerniente al reembolso o compensación de los dineros pagados indebidamente o en exceso por los contribuyentes.

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-792 de 2006. Referencia: expediente D-6242. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º (parcial) de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo. Actor: José Libardo López Montes. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil seis (2006).

¹² C.E., Sec. Cuarta, Sent. 15241, mayo 24/2007, M.P. Juan Ángel Palacio; 15055 abr. 26/2007, M.P. Ligia López; 14513 dic. 6/2006, M.P. Juan Ángel Palacio; 14413 dic. 6/2006, M.P. Juan Ángel Palacio.

9.4 Del medio de control adecuado para solicitar el cobro de lo pagado indebidamente o en exceso ante la Anulación del Acto Administrativo General

Analizada entonces la actuación administrativa previa que debe seguir el administrado para solicitar el cobro de lo pagado indebidamente o en exceso, y, como quiera que corresponde a la administración, en cabeza de la autoridad beneficiaria del tributo, decidir en sede administrativa lo concerniente al reembolso o compensación de los dineros pagados por los contribuyentes, se debe decir, que en caso en que la administración despache de forma desfavorable mencionada solicitud, el administrado podrá acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en procura de buscar la nulidad del acto administrativo que decide la actuación administrativa y solicitando como restablecimiento del derecho el reembolso o compensación de las sumas canceladas en virtud del impuesto y/o contribución declarada ilegal por la Jurisdicción en sede de simple nulidad.

10. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Frente a las excepciones propuestas por las entidades demandadas, a continuación el despacho se pronunciará una a una sobre ellas:

10.1 INDEPORTES BOYACÁ

- i) **El grupo no reúne las condiciones uniformes respecto de la causa posible del daño**

Señala que la conformación del grupo no solo hace referencia a aspectos cuantitativos (es decir, mínimo 20 personas), sino al aspecto cualitativo, que hace referencia a las condiciones uniformes que deben tener los integrantes del grupo. Resalta que se tratan de usuario de diferentes sistemas de comunicación, pero que no existe un verdadero elemento común que los identifique como grupo.

Al respecto deber señalar el despacho, que analizará las condiciones particulares del grupo en el caso concreto, teniendo en cuenta los argumentos planteados por el INDEPORTES BOYACÁ.

ii) El estimativo del valor de los perjuicios no se encuentra identificado por los usuarios

Manifiesta que la estimación de los perjuicios es otro requisito indispensable para la prosperidad de la acción y que en este caso, se identifican los perjudicados pero el valor no es uniforme, pues varía dependiendo el servicio utilizado, por lo que considera que ha debido indicar el monto de lo pretendido por cada uno de los diferentes usuarios. Añade que el actor, además de pretender una indemnización global, no determinó el valor particular de la indemnización por usuario, resaltando que el daño debe ser indemnizable, es decir, personal o individual y cierto.

De cara a los argumentos esbozados en la excepción, desde ahora se dirá que la misma no tiene vocación de prosperidad, habida cuenta que en el plenario se cuenta con las certificaciones del Departamento de Boyacá y de Indeportes Boyacá, donde se hace referencia al valor total recaudado por concepto del pago de la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre durante su vigencia (Años 2001 a 2014), con lo cual se identifica claramente el monto al cual ascienden los perjuicios reclamados, correspondiendo a cada usuario afectado con el monto de la contribución, demostrar el monto al cual asciende el valor pagado de forma individual, allegando para ello las pruebas del pago (facturas, certificaciones, etc.) en caso de accederse a las pretensiones, como quiera que el pago de las indemnizaciones individuales estaría a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

iii) Falta que se demuestre el pago

Manifiesta la entidad, que se debe demostrar el pago realizado, pero que en la demanda solo el actor principal allegó unas facturas de venta donde se cobraba la contribución, pero no acreditó haberlas pagado, requisito importante para demostrar el perjuicio, además, falta demostrar el pago de los otros usuarios de telefonía fija, beeper, buscapersonas y otros.

Al respecto se retoman los argumentos de la excepción anterior, en el sentido que en el plenario se demostró el monto total del perjuicio ocasionados a los destinatarios de la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, por lo que de accederse a lo pretendido cada usuario afectado con el monto de

la contribución, entrará demostrar el monto al cual asciende el valor pagado de forma individual, allegando para ello las pruebas del pago (facturas, certificaciones, etc.), como quiera que el pago de las indemnizaciones individuales estaría a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. Por lo que la presente excepción no se encuentra llamada a prosperar.

iv) Inepta demanda por improcedencia de la acción al buscar obtener la reparación de un presunto perjuicio a cada integrante el supuesto grupo

Argumenta que la acción adecuada para reclamar los perjuicios derivados de la nulidad de un acto administrativo es la de Reparación Directa por falla del Servicio, por lo que no puede obtener por vía de acción de grupo la reparación de perjuicios a cada integrante de un grupo muy diverso.

Sobre el particular éste estrado judicial manifiesta que analizará lo concerniente a la vía procesal idónea para tramitar las pretensiones junto con el caso concreto, teniendo en cuenta los argumentos planteados en ésta excepción.

v) Las ordenanzas estaban amparadas por la presunción de legalidad por lo mismo no hay declaratoria de responsabilidad del Estado

Señala que la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que crean tributos solo tienen efectos a futuro, por lo que las situaciones jurídicas consolidadas durante su vigencia son intangibles, pues las ordenanzas durante su vigencia gozaron de presunción de legalidad, situación que deriva en que no pueden haber devoluciones o restituciones de los valores pagados por el tributo declarado nulo, a lo que añade, que los eventuales perjuicios causados se deben reclamar por vía de revocatoria directa o de reparación Directa.

Al respecto sostiene el despacho que efectivamente, las situaciones jurídicas consolidadas no pueden discutirse con posterioridad a la anulación del acto, pero que aquellas situaciones jurídicas que no estuvieran consolidadas respecto de la aplicación de los actos administrativos que crearon y regularon los tributos si son susceptibles de controversia, y como quiera que en el presente caso los administrados han tenido, desde la misma creación del tributo, la posibilidad de reclamar la devolución de lo pagado a través de la vía administrativa y jurisdiccional y que solo en aplicación del fenómeno prescriptivo desaparecería el derecho, como se

explicará en el caso concreto, se tiene que estamos frente a situaciones jurídicas no consolidadas que permiten al administrado actuar o reclamar la devolución y/o compensación de los tributos pagado, a través de las herramientas jurídicas dispuestas para tal fin, lo que redundará en que la excepción planteada no se encuentre llamada a prosperar.

vi) Falta de legitimación en la causa por pasiva

Refiere a que Indeportes Boyacá nada tuvo que ver con las ordenanzas anuladas, como quiera que las mismas fueron discutidas y aprobadas por la Asamblea Departamental de Boyacá y que Indeportes Boyacá solamente fue receptor de los dineros girados por las empresas de telefonía, por lo que considera que debe ser excluida del debate procesal.

Manifiesta el despacho que la excepción no se encuentra llamada a prosperar como quiera que Indeportes Boyacá, además de ser receptor de los dineros girados por las empresas de telefonía entre los años 2008 a 2014, también era beneficiario directo del tributo, como quiera que tales recursos eran destinados a i) La promoción, construcción, dotación y mantenimiento de instalaciones deportivas y recreativas en los municipios del Departamento de Boyacá; y ii) Para apoyo a las ligas deportivas, escuelas de formación deportivas, programas del sector educativo y financiamiento de eventos deportivos; programas todos en cabeza de Indeportes Boyacá, lo que descarta la falta de legitimación por pasiva aludida por la entidad accionada.

vii) Caducidad de la acción

Señala que la ley 472 de 1998 consagra un término de caducidad de 2 años desde que se causó el daño o cesó la acción vulnerable. Para tal fin el excepcionante toma los argumentos del actor contenidos en los hechos 33 y 34 de la demanda para indicar que los años que le fueron cobrados fueron el 2009 y 2010 y al aplicarse el término de caducidad de la acción de grupo, es decir 2 años, a la fecha de presentación de la demanda (2015), la demanda ya estaba caducada.

El despacho considera que tal y como se presenta en la demanda, para el cómputo de la caducidad del presente medio de control ha de tenerse en cuenta la fecha de ejecutoria de las providencias que anularon las ordenanzas departamentales que crearon los tributos, y tal y como se plasmó en el auto que admite la demanda, en el

presente caso la demanda fue interpuesta el 28 de mayo de 2015, lo que deriva en que la acción no ha caducado, como quiera que las sentencias que anularon los actos administrativos de los cuales se pretende derivar el daño, cobraron ejecutoria el día 27 de mayo de 2013 y el 24 de julio de 2014. Con base en los anteriores argumentos, la excepción no prospera.

10.2 ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACÁ (fls. 141 a 240)

i) Inexistencia del daño

Comienza argumentando que el daño es el elemento esencia de la responsabilidad del Estado y que en el presente caso los actores indican unos supuestos daños sin especificarlos o detallarlos, y tampoco se determinan los perjuicios que se causaron a cada uno de ellos.

De cara a resolver ésta excepción, el despacho reitera que en el plenario se cuenta con las certificaciones del Departamento de Boyacá y de Indeportes Boyacá, donde se hace referencia al valor total recaudado por concepto del pago de la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre durante su vigencia (Años 2001 a 2014), con lo cual se identifica claramente el monto al cual ascienden los perjuicios reclamados, correspondiendo a cada usuario afectado con el monto de la contribución, demostrar el monto al cual asciende el valor pagado de forma individual, allegando para ello las pruebas del pago (facturas, certificaciones, etc.) en caso de accederse a las pretensiones, como quiera que el pago de las indemnizaciones individuales estaría a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. Así las cosas, la excepción planteada no se encuentra llamada a prosperar.

ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva

Señala que la Asamblea Departamental de Boyacá no puede asumir responsabilidad por los supuestos daños, ya que no existe título de imputación, además, que la Asamblea no es autónoma e independiente del Departamento de Boyacá, que no cuenta con personería jurídica para actuar y mucho menos es recaudadora, por lo que no sería llamada a responder por los perjuicios ocasionados por las Ordenanzas N° 027 de 2007 y 053 de 2004.

Al punto debe precisar el despacho, que fue la Asamblea Departamental de Boyacá la que expidió los actos administrativos con los que se creó y reguló la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre y por tal razón se encuentra legitimado para responder por los posibles perjuicios derivados de la anulación de los actos expedidos por la duma Departamental y en consecuencia la excepción no esta llamada a prosperar.

iii) Caducidad de la acción

Comienza por hacer referencia al término de caducidad contenido en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, señalando que el término de caducidad debe contarse desde el momento en que el demandante tiene conocimiento del hecho generador del daño, esto es, desde el 4 de septiembre de 2001, fecha en que comenzó a regir la Ordenanza N° 027 de 2001, además de la vigencia de la Ordenanza N° 053 de 2004, derogada por la ordenanza N° 022 del 28 de diciembre de 2012, fecha en que cesó el cobro de la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre; por tal razón considera que el término de caducidad iba desde el 2001 hasta el 2003, o inclusiva hasta el 2014, fecha en la que se derogo la contribución, por lo se configura la caducidad de la acción de grupo.

Se deben reiterar los argumentos utilizados previamente por el despacho para resolver la excepción de caducidad, por lo que se dirá que para el computo de la caducidad del presente medio de control ha de tenerse en cuenta la fecha de ejecutoria de las providencias que anularon las ordenanzas departamentales que crearon los tributos, y tal y como se plasmó en el auto que admite la demanda, en el presente caso la demanda fue interpuesta el 28 de mayo de 2015, lo que deriva en que la acción no ha caducado, como quiera que las sentencias que anularon los actos administrativos de los cuales se pretende derivar el daño, cobraron ejecutoria el día 27 de mayo de 2013 y el 24 de julio de 2014. Con base en los anteriores argumentos, la excepción no prospera.

iv) Prescripción

Manifiesta que al operar la caducidad, también opera la prescripción de los derechos relativos a los perjuicios causados desde el 4 de septiembre de 2001. Señala que la prescripción es un modo de adquirir y extinguir obligaciones por el transcurso del

tiempo, conforme al artículo 2512 y 2535 del Código Civil. Así pues, considera la entidad que la acción prescribió y caducó después de dos años.

Frente a los argumentos esgrimidos en la excepción, como primera medida habrá que hacerse una distinción entre la caducidad y prescripción, habida cuenta que la primera se predica frente al medio de control y el término legal para acudir oportunamente a la jurisdicción a reclamar el reconocimiento de un derecho, mientras que la prescripción hace referencia, como señala el propio código civil, a la adquisición o extinción de un derecho por el transcurso del tiempo.

Ahora bien, en el presente caso no puede referirse el despacho a la ocurrencia o no de la prescripción de los derechos reclamados por ésta vía procesal, hasta tanto no se haya desatado de fondo la controversia y en caso de reconocerse los derechos reclamados, se debe verificar si frente a los mismos ha operado el fenómeno prescriptivo. Así las cosas, por tratarse de una excepción mixta, el despacho abordará su estudio en caso de acceder a las pretensiones de la demanda.

v) Falta de requisitos en la demanda – falta de identificación de los actores.

Argumenta que la demanda no cumple con los requisitos consagrados en el artículo 52 de la Ley 478 de 1998, como quiera que, no se identifica a los actores de la acción de grupo con documento de identidad y domicilio.

Esta excepción no tiene vocación de prosperidad como quiera que en la demanda el demandante se identifica plenamente, con su identificación y domicilio, además, se debe tener en cuenta que el artículo 55 de la ley 472 de 1998 permite hacerse parte del grupo demandante hasta antes de la apertura a pruebas del proceso, como sucedió en el presente caso, toda vez que con posterioridad al auto admisorio de la demanda se adhirieron al grupo una pluralidad de personas debidamente identificadas, como consta en el expediente, por lo que se descartan los argumentos de la presente excepción.

11. SOLUCION DEL CASO CONCRETO

En este orden de ideas delimitado el campo normativo aplicable al presente asunto procede el Despacho a delimitar los hechos acreditados en el plenario.

La Asamblea Departamental de Boyacá, profirió las Ordenanzas 027 de 2001 (fls. 429 a 433) y 053 de 2004 (fls. 434 a 437 Cuaderno 2), con las cuales se creó una contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre y se dictan otras disposiciones.

El Tribunal Administrativo de Boyacá en trámite de la acción de simple nulidad identificada con número de radicación 15000 2331 000 2002 02429 00, con providencia del 11 de mayo de 2011, declaró la Nulidad de la Ordenanza Departamental N° 027 de 2001 (fls. 31 a 42 Cuaderno 1), providencia que fuera confirmada en segunda instancia por el Consejo de Estado con sentencia fechada 7 de febrero de 2013 (fls. 43 a 55), decisión que cobró ejecutoria el día 27 de mayo de 2013 (fl. 30 Cuaderno 1).

Así mismo, en el trámite del medio de control de simple nulidad, proceso radicado N° 15001 2333 000 2013 00701 00, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en audiencia inicial con fallo llevada a cabo el 9 de julio de 2014, declaró la Nulidad de la Ordenanza Departamental N° 053 de 2004 (fls. 22 a 29 Cuaderno 1), quedando ejecutoriada esta decisión el día 24 de julio de 2014 (fl. 21 Cuaderno 1).

Se acreditó también que la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, fue transferida por las empresas que la recaudaron vía tarifa, entre los años 2011 y 2008 al Departamento de Boyacá, recibiendo por dicho concepto en el lapso antes mencionado, la suma de Nueve Mil Seiscientos Once Millones Trescientos Setenta Mil Novecientos Setenta y Dos Pesos con Setenta y Cuatro Centavos (\$ 9.611.370.972.74) M/Cte., tal y como lo certificó el Tesorero General del Departamento de Boyacá (fl. 783 Cuaderno 3).

Que durante los años 2009 hasta el año 2014, las empresas encargadas del recaudo de la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, transfirieron los recursos recaudados al Instituto Departamental de Deportes de Boyacá – INDEPORTES BOYACÁ, que manifestó haber recibido, por dicho concepto, la suma de Quince Mil Ciento Tres Millones Ochocientos Cincuenta y Seis Mil Quinientos Cincuenta y Dos Pesos (\$ 15.103.856.552) M/Cte, como lo certificó el Tesorero de INDEPORTES BOYACÁ (fls. 786 y 787 Cuaderno 3).

De conformidad con lo establecido en las Ordenanzas Departamentales declaradas nulas, el monto del 2% sobre el valor del servicio facturado era recaudado por las

empresas prestadoras de los servicios de telefonía fija, celular, beeper, buscapersonas y demás servicios de telecomunicaciones y/o telemáticos que existían o se crearon en el Departamento de Boyacá, vía tarifa, debiendo transferir el monto recaudado a las entidades beneficiarias del tributo (Departamento de Boyacá o INDEPORTES BOYACÁ, según el caso)

Estudiados los presupuestos de hecho que se acreditaron en el proceso, deberá ocuparse el despacho de cuestionar el hecho que los integrantes del grupo pretenden, a través del presente medio de control, que se le reconozca y paguen unos perjuicios derivados de la vigencia de las ordenanzas Ordenanzas 027 de 2001 y 053 de 2004, con las cuales se creó una contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, es decir, solicitan la devolución de las sumas pagadas de su patrimonio en virtud del tributo que a la postre fuera declarado ilegal por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como quedó expuesto previamente, además de los intereses moratorios derivados de las sumas reclamadas.

Ahora bien, contrastados los argumentos fácticos con los presupuestos de orden sustancial y procesal esbozados por el despacho en el estudio jurídico que sustenta ésta providencia, se evidencia que el grupo demandante omitió agotar el procedimiento administrativo previo a ventilar el presente asunto ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, que en el proceso no se encuentra acreditado que ninguno de los miembros del grupo hubiese agotado el recurso administrativo obligatorio para acudir a la jurisdicción a través del medio de control de reparación de Perjuicios Causados a un Grupo.

Es importante señalar, que el derecho a reclamar el reembolso o compensación de los dineros pagados por los contribuyentes por con ocasión del tributo con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, surge cuando pierde su base jurídica, es decir, a partir de la declaratoria de nulidad de las Ordenanzas 027 de 2001 y 053 de 2004, por parte de la jurisdicción, por lo tanto, el administrado que vio afectado su patrimonio por la aplicación de los actos administrativos generales anulados, se encuentra en la posibilidad de acudir directamente a la administración a reclamar dicho reembolso o compensación. Acudir al procedimiento en sede administrativa, tal y como se dijo, honra el derecho al debido proceso y brinda a la administración la posibilidad de que en sede autocomposición y/o autotutela, corrija los yerros que se deriven de los actos declarados nulos y realice los reconocimientos

frente a los derechos que pudiera reclamar el administrado. Al respecto es importante trae a colación un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado¹³, que señala:

*“La vía gubernativa se torna entonces, en el instrumento de comunicación e interacción entre la administración pública y sus gobernados, cuando media un conflicto de intereses, erigiéndose no solo como una **forzosa** antesala que debe transitar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular y concreto, sino igualmente, como un mecanismo de control previo al actuar de la administración, que comporta una doble vía; de un lado, la posibilidad de obtener en sede administrativa la satisfacción de una pretensión subjetiva y de otro, la oportunidad de ejercer un control de legalidad sobre las decisiones administrativas, a fin de que se tenga la oportunidad de revisar los puntos de hecho y de derecho frente a un asunto que posteriormente se ventilará dentro de un proceso judicial.*

Teniendo en cuenta, que para que el agotamiento de la vía gubernativa sea efectivo, no solamente deben ser interpuestos los recursos de ley sino que además, la reclamación ante la administración debe versar sobre las mismas pretensiones que posteriormente se ventilaran en el estrado judicial.”

En el presente caso, no se cumple con las características del grupo, conforme lo señala la ley 472 de 1998 y la Ley 1437 de 2011, habida cuenta que los actos generales de los cuales se pretenden derivar los perjuicios reclamados a través de la cuerda procesal que nos convoca, no generan perjuicios generales al grupo, sino por el contrario, los posibles perjuicios generados son perjuicios de índole particular, ante los cuales, los particulares afectados con el cobro de la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, han debido solicitar de manera directa al Departamento de Boyacá, para el caso de los pagos realizados entre los años de 2001 a 2008, y al Instituto Departamental de Deporte de Boyacá – INDEPORTES BOYACÁ, para los periodos 2009 a 2014, la devolución de los dineros pagados en aplicación de las Ordenanzas 027 de 2001 y 053 de 2004, declaradas nulas.

Ahora Bien, se debe tener claro que el cobro del derecho subjetivo de cobrar lo pagado indebidamente o en exceso se encuentra reglado en el Estatuto Tributario Nacional artículos 850 y s.s., además de lo dispuesto en el artículo 2313 del Código Civil. La devolución y/o compensación de pagos en exceso se presenta cuando el contribuyente ha cancelado sumas mayores por concepto de obligaciones tributarias.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Radicación: 25000 23 25 000 2012 01650 01 (0376–2015). Actor: CLARA INÉS PULECIO DE NAVARRO. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). Bogotá D.C, quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Por su parte el pago de lo no debido, surge cuando el contribuyente ha efectuado pagos a favor de la Administración Nacional o Distrital sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento; en todo caso, aunque las dos figuras son sustancialmente distintas, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁴ ha permitido que estas confluyan como una sola, lo cual hace difícil su diferenciación y, por ende, el estudio de la procedencia de las solicitudes de devolución de cada una de ella. El citado artículo 850 del E.T., señala:

“ARTICULO 850. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. <Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> 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. (...)”

Es importante recabar el procedimiento dispuesto por el Estatuto Tributario Nacional para el cobro de lo pagado indebidamente o en exceso, señala el artículo 850 del E.T. prevé que será el mismo que se aplica para las devoluciones de saldos a favor, no obstante, frente al término para solicitar la devolución ha señalado el Consejo de Estado:

“Así las cosas, y al no existir en el ordenamiento tributario nacional, ni el distrital, norma expresa respecto al término dentro del cual debía formularse la solicitud de devolución de los pagos en exceso o de lo no debido, no podía el Gobierno Distrital, sin exceder las facultades otorgadas en el Decreto 1421, establecer el término de dos años para solicitar la devolución de tales conceptos, contados desde el “momento del pago en exceso o de lo no debido”, como se dispone en los artículos 136 y 147 del Decreto 807 de 1993, objeto de la demanda.

Ahora bien, no puede aceptarse como justificación para la expedición de las disposiciones acusadas, la necesidad de garantizar certeza y seguridad jurídica, reglando lo necesario para que no quedara en el procedimiento distrital vacío legal en cuanto al término dentro del cual debía solicitarse ante la administración distrital la devolución del pago en exceso o de lo no debido, como lo sostiene el recurrente, puesto que las atribuciones del Gobierno Distrital en desarrollo de las facultades otorgadas en el Decreto 1421, se circunscriben a armonizar, unificar, ajustar o conciliar las disposiciones nacionales vigentes con las distritales, situación que le impide crear elementos

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente N° 2012-00349. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá, 30 de septiembre de 2013.

normativos, pese a que existan razones que ameriten la conformación de procedimientos adicionales a los ya existentes.

De otra parte, está claro que tratándose de ejercer el derecho a devolución de pagos en exceso o de lo no debido, si bien no existe en la normatividad tributaria nacional disposición alguna que señale el término dentro del cual debe formularse la solicitud respectiva, se ha entendido que dicho término es el previsto para la prescripción de la acción ejecutiva de que tratan los artículos 2535 y 2536 del Código Civil; y precisamente por ello el Decreto 1000 de 1997 "por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de las devoluciones y compensaciones", dispuso en sus artículos 11 y 21, que las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso o de lo no debido "deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil" (Negrilla y Subraya fuera de texto).

Con base en el pronunciamiento jurisprudencial en cita, le asiste al contribuyente el término consagrado en el artículo 11 del Decreto 2277 de 2012, que remite a su vez al artículo 2536 del Código Civil, equivalente a cinco años (término de la prescripción ordinaria, para solicitar la devolución del pago efectuado en exceso o indebidamente.

En todo caso, cuando la administración niega el reconocimiento del derecho y/o el reembolso o compensación de los dineros cancelados por el administrado por virtud de la aplicación de las disposiciones tributarias territoriales declaradas nulas, se abre la puerta para que el administrado acuda a la jurisdicción a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

En el presente caso el daño se fundamenta en la anulación por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de las Ordenanzas Departamentales a través de las cuales se regulaban la contribución con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre. De lo anterior se debe decir que la fuente del daño emana de un acto administrativo por lo que el medio de control procedente, por naturaleza, sería el de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, bajo el entendido que es a través de ésta cuerda procesal a través de la cual se pueden reclamar los perjuicios derivados de un acto administrativo, habida cuenta que, conforme el artículo 140 ibídem, ha reservado el medio de control de reparación directa para la reparación de los daños antijurídicos causados por un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación temporal o permanente de un inmueble por parte del Estado.

Con base en lo expuesto en la presente providencia, se deberán declarar probadas las excepciones de **“Inepta demanda por improcedencia de la acción al buscar obtener la reparación de un presunto perjuicio a cada integrante el supuesto grupo”**; y **“El grupo no reúne las condiciones uniformes respecto de la causa posible del daño”**, como quiera que no se cumplen con las condiciones del grupo demandante a la luz de las leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011, además, que no se agotó el requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, pudiendo reclamar los perjuicios solicitados a través de las acciones subjetivas, vale decir, agotando la sede administrativas ante las entidades encartadas y de obtener una respuesta negativa a lo pretendido, acudir a la jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

11. SOBRE LA CONDENACION EN COSTAS

Atendiendo lo contemplado en el numeral 5 del artículo 65 y artículo 68 de la Ley 472 de 1998 y en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, como quiera que se declaran probadas unas excepciones, el despacho impone condenar en costas a la parte vencida, esto es al grupo demandante, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016, N.I. 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas.

De acuerdo a lo anterior, la condena se liquidará por la Secretaría de éste Despacho y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 y s.s. del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente asunto, de conformidad al Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016, acto administrativo que en su artículo 5º, numeral 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, por la naturaleza del asunto, en aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y el 10 S.M.M.L.V.. En ese sentido, se fija como agencias en derecho Un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada.

En mérito de lo expuesto el juzgado Cuarto Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Declarar no probadas las excepciones de mérito denominadas: “El estimativo del valor de los perjuicios no se encuentra identificado por los usuarios”, “Falta que se demuestre el pago”, “Las ordenanzas estaban amparadas por la presunción de legalidad por lo mismo no hay declaratoria de responsabilidad del Estado”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Caducidad de la acción”, propuestas por el Instituto de Deportes de Boyacá - Indeportes Boyacá.

Segundo.- Declarar No Probadas las excepciones de mérito denominadas: “Inexistencia del daño”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción”, “Falta de requisitos en la demanda – falta de identificación de los actores”; propuestas por la Asamblea Departamental de Boyacá.

Tercero.- Declarar probadas las excepciones denominadas “Inepta demanda por improcedencia de la acción al buscar obtener la reparación de un presunto perjuicio a cada integrante el supuesto grupo”; y “El grupo no reúne las condiciones uniformes respecto de la causa posible del daño”, propuestas por el Instituto de Deportes de Boyacá - Indeportes Boyacá.

Cuarto.- Como consecuencia de lo anterior, NEGAR las suplicas de la de la demanda presentada por Ronald Francisco Rojas Díaz y Otros en contra del Departamento de Boyacá, la Asamblea Departamental de Boyacá, y el Instituto de Deportes de Boyacá - INDEPORTES BOYACÁ.

Quinto.- Condenar en costas a la parte demandante, liquídense por Secretaria. Se fija como agencias en derecho el equivalente a Un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente a favor del Departamento de Boyacá, la Asamblea Departamental de Boyacá, y el Instituto de Deportes de Boyacá - INDEPORTES BOYACÁ.

Sexto.- Ejecutoriada la presente providencia, ARCHÍVESE el expediente dejando las constancias a que haya lugar.

Notifíquese y Cúmplase

LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO

JUEZA