



**IMPEDIMENTO DE CONSEJERA DE ESTADO POR HABER CONOCIDO EL PROCESO O REALIZADO CUALQUIER ACTUACIÓN EN INSTANCIA ANTERIOR - Configuración. Suscripción del auto decisorio del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda**

El numeral segundo del artículo 141 del CGP establece como causal de recusación el hecho de que el juez haya conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior. La Sala observa que la causal de recusación se circunscribe al hecho de que el juez, o en este caso el magistrado, haya realizado o conocido cualquier clase de actuación dentro del mismo proceso en una instancia anterior. La Sala encuentra probado el impedimento manifestado, pues la Magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto conoció el proceso en primera instancia, dado que suscribió providencia que resolvió recurso de reposición en contra del auto que admitió la demanda. En consecuencia, acepta el impedimento de la Consejera de Estado Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto y la separa del conocimiento del proceso.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1564 DE 2012 (CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO) - ARTÍCULO 141 NUMERAL 2

**CARGO DE NULIDAD PLANTEADO EN EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA - Improcedencia. No puede ser analizado en segunda instancia al no haber sido planteado en la demanda**

[E]l nuevo cargo de nulidad propuesto en el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, no será objeto de pronunciamiento en este fallo, en atención a que el actor no lo planteó en la demanda junto con los demás esgrimidos como causal de nulidad de los actos acusados y por tal razón no fue materia de análisis por parte del tribunal, por lo que su formulación con ocasión de este recurso impide incluirlo en el debate en segunda instancia.

**ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER PARTICULAR - Deber de motivación / DEBER DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR - Justificación / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER PARTICULAR - Efectos. Genera la nulidad del acto / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Alcance / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER PARTICULAR POR FALTA DE MOTIVACIÓN – No configuración. En el caso el acto administrativo acusado contiene las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a su expedición**

Según el artículo 35 del C.C.A., los actos administrativos que contienen decisiones que afectan a los particulares, deben motivarse al menos en forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión, garantizan el derecho de defensa y de audiencia del contribuyente y enmarcan el contenido de la liquidación en discusión. Por lo anterior, los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural y su ausencia o falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con el artículo 84 ib. La Sala ha precisado que la motivación de las decisiones de la administración no solo constituye un elemento estructural del acto administrativo, pues además de garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción de los interesados, implica la efectividad del principio de publicidad previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, al



obligar a la Administración a poner en conocimiento de éstos últimos las razones de las decisiones que los afectan (...) [E]n la resolución demandada se precisan las normas que establecen la contribución parafiscal de la esmeralda, el hecho de la celebración del contrato de administración de la contribución entre el Ministerio de Minas y la Federación Nacional de Esmeraldas, la mención del requerimiento previo hecho a la apelante para el pago de la contribución, y el valor adeudado por la apelante por ese concepto. Los actos demandados que liquidan la contribución parafiscal de la esmeralda a cargo de la sociedad apelante no incurrir en la causal de nulidad por falta de motivación que le imputa la demandante, porque contienen las razones de hecho y de derecho y las mismas resultaron suficientes para que la sociedad apelante ejerciera el derecho de defensa y de contradicción.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 209 / DECRETO 01 DE 1984 (CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO) - ARTÍCULO 35 / DECRETO 01 DE 1984 (CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO) - ARTÍCULO 84

**CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL POR EXPORTACIÓN DE ESMERALDAS - Creación / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Tarifa y sujeto pasivo / RECAUDO DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Objeto / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA – Recaudo. La Nación lo puede delegar en el Ministerio de Minas y Energía / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Definición y destino / RENTAS DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Propiedad / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Administración / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Administración. La Nación la puede delegar en el Ministerio de Minas y Energía / RECAUDO DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Competencia del Ministerio de Minas y Energía para verificar el recaudo / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Sujeto activo. Es la Nación**

El Congreso de la República expidió la Ley 488 de 1998, por medio de la cual estableció una contribución parafiscal a cargo de los exportadores de esmeraldas sin engastar la que se liquidará a la tarifa del 1% sobre el valor exportado en moneda extranjera. Su recaudo tiene como objetivo principal defender, promocionar y desarrollar la industria de las esmeraldas colombianas en sus fases de exploración, montaje, explotación, transformación, control, certificación y comercialización. Para efectos de su recaudo, el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 establece expresamente que le corresponde al Gobierno Nacional celebrar un contrato con la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia-FEDESMERALDAS. El estatuto orgánico de presupuesto define, en su artículo 29, las contribuciones parafiscales como *“gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, la administración y la ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable”*. Las contribuciones parafiscales, aunque se invierten en beneficio de un determinado grupo o sector, son recursos que pertenecen a la Nación. La administración de estas contribuciones y su gestión puede ser contratada con entidades privadas. En el presente caso, el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 señaló al Gobierno Nacional como encargado de contratar



con la administración con la Federación Nacional de Esmeraldas y en desarrollo de dicha disposición el artículo 11 del Decreto 2407 de 2000 precisó que “*sin perjuicio de los controles propios de los recursos del Tesoro Público, el Ministerio de Minas y Energía podrá, de oficio o a solicitud de un tercero, verificar el recaudo de las contribuciones parafiscales de esmeraldas (...)*” Es por ello que el Ministerio de Minas y Energía tenía la competencia para verificar el recaudo de la contribución. La precisión hecha por el Decreto Reglamentario 2407 de 2000 se ajusta a las funciones de dicho Ministerio conforme el artículo 115 de la Constitución, el artículo 29 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 70 de 2001 (vigente para entonces), por formar parte del Gobierno Nacional y tener a su cargo, entre otras funciones, el velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con el sector minero-energético. Por consiguiente, la mención que hace la Ley 488 de 1998 al Ministerio de Minas y Energía y al Gobierno Nacional, es suficiente para concluir que el sujeto activo de la contribución de esmeraldas establecida en esa norma es la Nación, que puede actuar para efectos de la delegación de su administración y recaudo por medio del Ministerio de Minas y Energía. No prospera el cargo.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 115 / LEY 488 DE 1998 - ARTÍCULO 101 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 29 / ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO - ARTÍCULO 29 / DECRETO 2407 DE 2000 - ARTÍCULO 11 / DECRETO 70 DE 2001

**CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Hecho generador / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Exigibilidad. La obligación de pagar la contribución surge con la exportación de esmeraldas sin engastar con posterioridad a la Ley 488 de 1998, que estableció la contribución / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA - Intereses moratorios / ACCIÓN DE COBRO DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA – Término de prescripción / TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA – Normativa aplicable / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA ESMERALDA – Configuración parcial**

El Decreto 2407 de 2000 al reglamentar el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 respecto de los elementos de la contribución parafiscal de esmeraldas que contiene dicha ley antes citada, precisó lo siguiente: “**ARTÍCULO 1º.-Hecho generador. La contribución parafiscal de la esmeralda se generará por la exportación de esmeraldas sin engastar.** Según la norma transcrita, el hecho generador de la contribución parafiscal de esmeraldas es la exportación de esmeraldas. Sin embargo, la Sala advierte que el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 consagró la manera de verificar el cumplimiento de la obligación. El párrafo 2 del artículo 101 de la Ley 488 de 1998, ordena lo siguiente: “[...] **Parágrafo 2: La exportación de esmeraldas no podrá llevarse a cabo sin la previa comprobación de Mineralco S.A.; o por la entidad que haga sus veces de la existencia física de las esmeraldas que se pretenden exportar, y haberse pagado la contribución parafiscal a que se refiere este artículo.**” (Subraya la Sala) La obligación de pagar la contribución especial de la esmeralda, se hace exigible antes de realizar la exportación.

En el presente caso, la Sala advierte que pese a ello, el Ministerio de Minas y Energía permitió exportar dicho producto entre el periodo 1999 a 2004, tal como lo explican los actos administrativos demandados. Lo anterior por cuanto mediante la



Circular No. 005 del 6 de enero de 1999, la DIAN autorizó la exportación de esmeraldas sin engastar, sin el pago previo de la contribución parafiscal, así: *“El artículo 101 de la Ley 488 del 24 de Diciembre de 1998, estableció una contribución parafiscal a cargo de los exportadores de esmeraldas sin engastar. Señaló el artículo en mención que el Gobierno Nacional contratará con la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia FEDESMERALDAS, la administración de la Contribución parafiscal. El parágrafo 2 de la citada disposición preceptúa que las exportaciones de esmeraldas no podrán llevarse a cabo sin la previa comprobación de Mineralco S.A.; o por la entidad que haga sus veces de la existencia física de las esmeraldas que se pretendan exportar, y la cancelación de la contribución parafiscal. Hasta tanto el Gobierno Nacional celebre los respectivos contratos en los cuales se establezcan las condiciones para efectuar el pago, los funcionarios de las Divisiones de Servicio al Comercio Exterior autorizarán la exportación, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Sin perjuicio de lo anterior, los usuarios obligados a cancelar la Contribución Parafiscal por concepto de las exportaciones que se realicen a partir de la vigencia de la Ley, estarán obligados a acreditar el pago ante Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia FEDESMERALDAS de acuerdo con las condiciones y requisitos que los respectivos contratos señalen. Para efectos de control, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales enviará copia de los DEX a la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia FEDESMERALDAS”. (Subraya la Sala). El mecanismo de recaudo mediante consignación directa en una cuenta designada no operó desde la promulgación de la ley, pues la cuenta mencionada solo fue abierta en el mes de diciembre de 2004. Esto implica que, aunque la obligación de pago había surgido, no era posible su cumplimiento, en la medida en que el mecanismo administrativo establecido para su recaudo no operó sino a partir del 13 de diciembre de 2004, fecha de apertura de la cuenta para el recaudo por parte de Fedesmeraldas<sup>1</sup>. Fecha a partir de la cual surge la posibilidad de generar los correspondientes intereses moratorios. La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, en Concepto 1483 del 20 de febrero de 2003 (M.P. César Hoyos Salazar) manifestó lo siguiente: *“De las disposiciones legales que regulan la contribución parafiscal de las esmeraldas, atrás transcritas, se deduce lo siguiente: 1. La ley impone a toda persona natural o jurídica que exporte esmeraldas sin engastar la obligación de pagar una contribución parafiscal. 2. La base gravable de dicha contribución será el valor de la moneda extranjera que debe ser reintegrado por cada exportación de esmeraldas sin engastar. Para la liquidación en moneda legal colombiana de la contribución parafiscal de la esmeralda, se aplicará la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago de la contribución. 3. La tarifa de la contribución parafiscal de la esmeralda será equivalente al 1% sobre la base gravable. 4. El recaudo de la contribución parafiscal de la esmeralda se hará mediante consignación del valor correspondiente por parte del exportador en una cuenta de una entidad financiera a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas, cuenta cuya apertura estará a cargo de la entidad administradora. 5. La entidad administradora será la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia, - Fedesmeraldas -, para lo cual el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, celebrará con ella el respectivo contrato de administración. 6. Por tanto, una vez perfeccionado el contrato, Fedesmeraldas deberá abrir en una entidad financiera una cuenta especial a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas, para que en ella se consigne el valor respectivo de la contribución parafiscal. En consecuencia, la obligación de pagar**

<sup>1</sup> Folio 82 del c.p.



contribución parafiscal por concepto de exportación de esmeraldas sin engastar **está vigente a partir del 28 de diciembre de 1998. Es exigible a toda persona natural o jurídica que desde esa fecha hubiere exportado esmeraldas sin engastar.** El pago de esa contribución debe hacerse a partir del día en que la entidad administradora - FEDESMERALDAS - abra una cuenta en una entidad financiera a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas. 2. LA SALA RESPONDE: La contribución parafiscal a que están obligados los exportadores de esmeraldas sin engastar **rige desde el 28 de diciembre de 1998, fecha en la cual se publicó la ley 488 de 1998 que la establece.** A partir de esa fecha, se causa al exportar esmeraldas sin engastar. Por tanto, una vez el Ministerio de Minas y Energía suscriba con Fedesmeraldas el contrato a que se refiere el artículo 8 del decreto 2407 de 2000, modificado por el decreto 1341 del 26 de junio de 2002, procede el cobro retroactivo de la contribución parafiscal causada por la exportación de esmeraldas sin engastar después del 28 de diciembre de 1998". La Sala comparte el criterio expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación. Toda vez que la obligación tributaria surge con la exportación de las esmeraldas con posterioridad a la Ley 488 de 1998, en ese momento se hizo exigible su cumplimiento. Para efectos de la prescripción que alega la sociedad apelante es aplicable el artículo 817 del Estatuto Tributario, según el cual la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años contados desde la fecha en que se hicieron legalmente exigibles. En consecuencia, para el 17 de julio de 2009, fecha en que fue notificada la Resolución 181093 del 3 de julio de 2009, ya se encontraban prescritas las obligaciones tributarias correspondientes a las exportaciones realizadas entre el 19 de enero de 1999 y el 17 de julio de 2004, razón por la que no es posible su cobro

**FUENTE FORMAL:** LEY 488 DE 1998 - ARTÍCULO 101 PARÁGRAFO 2 / DECRETO 2407 DE 2000 - ARTÍCULO 1 / CIRCULAR DIAN 005 DE 1999 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 817

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN CUARTA

**Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA**

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00008-03(21636)**

**Actor: GREEN SHINE LTDA. CI Y OTROS**

**Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**

**FALLO**



La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección C en Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho<sup>2</sup>.

La parte resolutive de la sentencia apelada dispuso lo siguiente<sup>3</sup>:

**“PRIMERO.- DECLÁRANSE** no prosperan las excepciones impetradas por los llamados en garantía.

**SEGUNDO.- NIÉGANSE** las pretensiones formuladas en el libelo de demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO.- ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta sentencia. [...]”

### ANTECEDENTES

El artículo 101 de la Ley 488 de 1998 estableció una contribución parafiscal a cargo de los exportadores de esmeraldas, que debía ser administrada por la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia- Fedesmeraldas.

El artículo 5º del Decreto 2407 de 2000, reglamentario de la Ley 488 de 1998, estableció que el recaudo de la contribución parafiscal de la esmeralda debía realizarse mediante consignación hecha directamente por el exportador, en una cuenta bancaria de una entidad financiera a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas, cuya apertura estará a cargo de la entidad administradora de la contribución.

El 23 de agosto de 2004, el Ministerio de Minas y Energía suscribió con la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia –FEDESMERALDAS- el contrato de administración del aporte parafiscal de la esmeralda sin engastar.

El 13 de diciembre de 2004 se abrió la cuenta recaudadora de la contribución, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 5º del Decreto 2407 de 2000.

El 3 de julio de 2009, el Ministerio de Minas y Energía profirió las resoluciones 181092, 181093, 181094, 181096, 181098, y 181103, mediante las cuales declaró la existencia de una deuda por concepto de contribución parafiscal de la esmeralda a cargo de las sociedades C.I. The Best Emeralds S.A., C.I. Gemtec Ltda., C.I. Universal Emerald Ltda., C.I. Green Shine Ltda., C.I. Verdeluz Ltda., y C.I. Bogotá Emerald Mart Ltda., respectivamente<sup>4</sup>, por los años 1999 a 2004.

El 23 de julio de 2009 el apoderado de las empresas actoras presentó recurso de reposición contra las resoluciones mencionadas, por considerar que no había lugar al cobro de la contribución de la esmeralda consignado en las resoluciones citadas.

<sup>2</sup> Folios 518 a 569 del c.p.

<sup>3</sup> Folio 569 del c.p.

<sup>4</sup> Folios 25 a 79 del c.p.



El 1º de septiembre de 2009, el Ministerio de Minas y Energía expidió la resolución 181479, por la cual resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes las resoluciones 181092, 181093, 181094, 181096, 181098, y 181103 del 23 de julio de 2009<sup>5</sup>.

## DEMANDA

Las sociedades C.I. THE BEST EMERALDS S.A., C.I. GEMTEC LTDA., C.I. UNIVERSAL EMERALD LTDA., C.I. GREEN SHINE LTDA., C.I. VERDELUZ LTDA., Y C.I. BOGOTÁ EMERALD MART LTDA., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, formularon las siguientes pretensiones<sup>6</sup>:

*“PRIMERA: Se declare la nulidad total de las Resoluciones números 181096, 181098, 181094, 181092, 181093 y 1881103 proferida [sic] por EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA contra mis apoderados, mediante las cuales declaró deudas a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y constituyó títulos ejecutivos contra mis representados.*

*SEGUNDA: Se declare la nulidad total de la resolución nro. 181479 del 01 de septiembre de 2009, proferida por EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA mediante la cual este ministerio resolvió el recurso de reposición interpuesto, de manera conjunta por los accionantes, contra las resoluciones de carácter particular con las cuales EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA les declaró una deuda a favor de la NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y les constituyó un título ejecutivo.*

*TERCERA: Se declare que mis poderdantes no son deudores del parafiscal de la esmeralda comprendido entre el entre el [sic] 24 de Diciembre de 1998 (Fecha de entrada en vigencia de la Ley 488 de 1998) y el 13 de Diciembre de 2004, fecha en que se apertura [sic] la cuenta recaudadora del tributo.*

*En caso de no ser acogidas las anteriores pretensiones, solicito que se declaren, de manera subsidiaria, las siguientes peticiones [sic]:*

*PRIMERA: La nulidad parcial de las resoluciones Nos. 181096, 181098, 181094, 181092, 181093 y 1881103, notificadas a mis apoderados en el mes de Julio de 2009, en lo que respecta al cobro de los parafiscales de la Esmeralda comprendidos entre el 24 de Diciembre de 1998 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 488 de 1998) y el 27 de diciembre de 2002 (Fecha en que se modifica el artículo 817 del Estatuto Tributario), por cuanto se encuentra prescrita la acción de cobro del estado por haber pasado más de cinco (5) años desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta la fecha en que se notificó la resolución en mención.*

*SEGUNDA: La nulidad parcial de la resolución nro. 181479 del 01 de septiembre de 2009, proferida por EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA mediante la cual este ministerio resolvió el recurso de reposición interpuesto, de manera conjunta por los accionantes contra las resoluciones de carácter particular con las cuales EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA les declaró una deuda a favor de la NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y les constituyó un título ejecutivo; por cuanto se encuentra prescrita la acción de cobro del estado por*

<sup>5</sup> Folios 106 a 121 del c.p.

<sup>6</sup> Folios 8 y 9 del c.p.



*haber pasado más de cinco (5) años desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta la fecha en que se notificó la resolución en mención.*

**TERCERA. Condénese en costas al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA”**

Las demandantes invocaron como normas violadas, las siguientes:

- Artículos 29, 338 y 115 de la Constitución Política.
- Artículo 375 del Estatuto Tributario.
- Artículos 85, 132 y ss. del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 101 de la Ley 488 de 1998.
- Las resoluciones 181096, 181098, 181094, 181092, 181093 y 1881103 del 3 de julio de 2009, expedidas por el Ministerio de Minas y Energía.
- La Resolución 18479 del 1º de septiembre de 2009, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

El concepto de la violación se sintetiza así<sup>7</sup>:

#### **Ausencia de motivación del acto administrativo**

Las resoluciones demandadas no se encuentran fundamentadas, debido a que no explican que la contribución parafiscal de la esmeralda es un crédito a favor del Ministerio de Minas, limitándose tan sólo a referirse a la facultad legal que tiene de ejercer jurisdicción coactiva para hacer efectivos créditos exigibles a su favor.

#### **Falta de legitimación en la causa por activa**

En el caso de la contribución parafiscal de la esmeralda, el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 no consagra como sujeto activo al Ministerio de Minas y Energía, por lo que esta autoridad está usurpando funciones que no le corresponden.

La actora alega que la designación del Ministerio de Minas y Energía como el ente de representación del Gobierno Nacional en la firma del contrato de administración de la contribución parafiscal de la esmeralda, se hizo por medio de un decreto reglamentario, lo cual no es válido, ya que los elementos del tributo (sujeto activo) deben consagrarse en la ley.

#### **Inexistencia de la obligación tributaria y excepción de inconstitucionalidad sobreviniente**

Con fundamento en lo expuesto en el cargo anterior, señaló que los actos demandados también violan el principio de legalidad tributaria, ya que el Decreto Reglamentario 1341 de 2002, que modifica el artículo 8 del Decreto 2407 de 2000, llena el vacío del legislador al designar al Ministerio de Minas y Energía como sujeto activo, posición que se delegó a FEDESMERALDAS mediante la suscripción del contrato de administración ordenado por la ley.

#### **Violación del principio de causación formal del deber tributario**

---

<sup>7</sup> Folios 13 a 21 del c.p.





Para hacer efectivo el pago de la contribución parafiscal de la esmeralda, el artículo 5 del Decreto 2407 de 2000 dispuso que su importe debía ser consignado directamente por el exportador en una cuenta a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas, como administrador de la contribución.

Toda vez que dicha cuenta solo fue abierta el 13 de diciembre de 2004, no era posible cumplir con la obligación de pagar la contribución entre la fecha de vigencia de la Ley 488 de 1998 (24 de diciembre de 1998) y la fecha de apertura de la cuenta exigida por la ley y el reglamento para el pago de la misma (13 de diciembre de 2004).

Tanto es así que, a pesar de que el pago de la contribución había sido fijado como paso previo obligatorio a la exportación, las exportaciones se pudieron realizar, tal como lo ordena la Circular 005 del 6 de enero de 1999 expedida por la DIAN<sup>8</sup>.

Como la Ley 488 de 1998 estableció que la contribución debía pagarse mediante consignación directa en la cuenta fijada para el efecto, y tal cuenta fue abierta en diciembre de 2004, se concluye que dicho tributo solo se podía causar a partir de tal apertura bancaria.

### **Retención o autoretención del parafiscal**

La declaratoria de los exportadores como retenedores por el Ministerio de Minas y Energía de la contribución era necesaria, pues ante la inexistencia de la cuenta en la que se debía consignar directamente la contribución, los exportadores debían crear o constituir una reserva o provisión de la carga tributaria retenida, hasta tanto se abriera la cuenta dispuesta por la ley y el reglamento para efectuar el pago de la contribución, de acuerdo con el artículo 375 del ET.

### **Prescripción de la acción de cobro del Estado**

La acción de cobro del Estado se encuentra prescrita para los parafiscales anteriores al 27 de diciembre de 2002, ya que según el artículo 817 del ET y conceptos reiterados del Consejo de Estado, la exigibilidad de la obligación tributaria opera desde la promulgación de la ley hasta cinco años después.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Ministerio de Minas y Energía contestó la demanda en los siguientes términos<sup>9</sup>:

La motivación de los actos demandados y la competencia del Ministerio para el cobro de la contribución surge del artículo 101 de la Ley 488 de 1998, el cual establece los elementos de la contribución parafiscal de la esmeralda. Adicionalmente, el artículo 1º del Estatuto Tributario establece que la obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto previsto en la ley como hecho generador del impuesto, que fue realizado por la parte actora.

<sup>8</sup> Folio 81 del c.p.

<sup>9</sup> Folios 176 a 185 del c.p.



Afirmó que el Ministerio tiene competencia para el cobro de la contribución porque según los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional, tales como el Ministerio de Minas y Energía, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a su favor.

El Ministerio de Minas y Energía tiene además competencia para cobrar las contribuciones parafiscales contenidas en los actos demandados, al asumir, en virtud del Decreto 254 de 2004, la totalidad de las reclamaciones y procesos judiciales que estaban a cargo de Minercol Ltda., que era competente para recaudar la contribución parafiscal según el literal e) del artículo 4 del Decreto 1679 de 1997.

La contribución que se cobra es la causada con anterioridad al año 2004, fecha en la cual la competencia general recaía en el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con la cláusula general de competencia del Ministerio contenida en el artículo 251 del Decreto 2655 de 1998, según el cual debe conocer de todos los asuntos que tengan relación directa y principal con la industria minera, que no estén asignados a otra autoridad.

En cuanto a la alegada prescripción de la acción de cobro, precisó que como la obligación consta en un acto administrativo, la prescripción de la acción de cobro sólo iniciaría a contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo actualmente controvertido.

Por último, señaló que el hecho de que el Ministerio haya celebrado un contrato con Fedesmeraldas para que administrara la contribución parafiscal no significa que haya delegado la titularidad de la misma, ni la facultad para exigir el cumplimiento y cobro de las contribuciones parafiscales de la esmeralda.

### **Intervención de terceros llamados en garantía**

Por solicitud del Ministerio de Minas y Energía, fueron llamados en garantía mediante auto del 1º de abril de 2011<sup>10</sup> la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia-FEDESMERALDAS, como administradora de Fondo Nacional de Esmeraldas, y la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior- FIDUCOLDEX S.A., como parte del contrato de encargo fiduciario para el recaudo y administración de la contribución de la esmeralda.

Vinculados al proceso, el apoderado judicial de Fedesmeraldas y Fiducoldex presentó contestación a la demanda en los siguientes términos<sup>11</sup>:

Sobre la alegada prescripción de la obligación, sostuvo que el sujeto activo del tributo debía iniciar un proceso administrativo para fijar el monto del tributo, mediante, un emplazamiento y una liquidación oficial de aforo, dentro de los cinco años siguientes al momento en que debía pagarse. No hay constancia de que este procedimiento se haya iniciado, por lo que se configuró la prescripción del tributo.

Sostienen que la contribución liquidada en los actos demandados se refiere a un periodo en el cual Fedesmeraldas no había suscrito el contrato de administración de

<sup>10</sup> Folios 346 a 352 del c.p.

<sup>11</sup> Folios 415 a 423 del c.p.



la contribución, ni Fiducoldex era el administrador fiduciario, por lo que no es posible endilgarles responsabilidad por el recaudo de las contribuciones en discusión.

### **SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones<sup>12</sup>:

Los actos acusados se ajustan a las normas que regulan el tributo cuestionado. El Gobierno Nacional es el competente para constituir el título ejecutivo, y los actos administrativos demandados se encuentran debidamente motivados.

En cuanto a la alegada falta de legitimación por activa, el Tribunal señaló que el titular de la obligación tributaria es el Estado, a través de entes nacionales o territoriales. El Ministerio de Minas, como entidad estatal según lo dispuesto en los artículos 115 y 208 constitucionales, y a la luz de la Ley 489 de 1998, es el sujeto activo del tributo.

Adicionalmente, el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 le dio la facultad al Gobierno Nacional de delegar la administración del tributo a Fedesmeraldas, lo que supone un poder de disposición que solo puede predicarse del titular del tributo mismo, razón por la que el Ministerio, una vez celebrado el contrato de administración de la contribución, se limita al control y verificación del recaudo del tributo.

El Tribunal determinó que el tributo se causó desde que entró en vigencia la ley que lo creó, y no desde la apertura de la cuenta para su pago por Fedesmeraldas, ya que es desde la expedición de la ley que nace la obligación a nombre de los exportadores de esmeraldas.

No procede la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 101 de la Ley 488 de 1998, debido a que dicha ley consagra al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas y Energía como el sujeto activo de la contribución parafiscal de la esmeralda, determinación reiterada por el Decreto Reglamentario 2407 de 2000. Por otra parte, la Ley 488 de 1998 no estableció condicionamiento alguno frente a la retención, ni fue dispuesta en la norma reglamentaria, por lo que no se puede limitar su alcance.

En cuanto a la prescripción, afirma que el artículo 817 ET no resulta aplicable, en la medida en que las resoluciones demandadas declaran la existencia de una deuda a favor de la Nación y constituyen un título ejecutivo. Debe aplicarse la regla general de la prescripción de las obligaciones contenida en el artículo 4 de la Ley 791 de 2002 que consagra un término de cinco años, que en el caso particular deben contarse desde la fecha de apertura de la cuenta (13 de diciembre de 2004).

Dado que la resolución que agotó la vía gubernativa fue notificada el 4 de septiembre de 2009, antes de los cinco años contados desde la apertura de la cuenta, se concluye que no se configura la prescripción alegada.

---

<sup>12</sup> Folios 518 a 569 del c.p.



Frente a lo dicho por las llamadas en garantía, señaló que existía una obligación contractual a cargo de Fedesmeraldas de procurar el recaudo de la contribución de la esmeralda causada con anterioridad al perfeccionamiento del contrato.

En cuanto al procedimiento aplicable precisó que debe aplicarse el Código de Procedimiento Civil para constituir el título ejecutivo, en la medida en que no hay norma específica que remita al Estatuto Tributario para la declaración de la deuda de la contribución mencionada.

## RECURSO DE APELACIÓN

Las **demandantes** apelaron en los siguientes términos<sup>13</sup>:

El Ministerio de Minas no es el sujeto activo del tributo, sino solo el encargado de la administración y recaudo del mismo, por lo que carece de legitimación en la causa para exigirla, ya que el Código de Minas, la Ley 488 de 1998 y sus normas reglamentarias no establecen que tuviere facultades de administración y recaudo de parafiscales.

El Ministerio solo adquirió inicialmente la potestad de verificar los manejos de la contribución de la esmeralda con la expedición del decreto 1341 de 2002, mas no adquirió la facultad de cobrar su importe. Además, solo fue habilitado para suscribir el contrato de administración de la contribución desde el año 2002.

No es posible derivar la facultad para el cobro de la contribución de las competencias previamente asignadas a Mineralco S.A., en la medida en que el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 dispuso que la función de Mineralco era verificar la exportación de las esmeraldas, mas no la de cobrar la contribución.

El código de Minas no determina al Ministerio como ente recaudador de la contribución. Dentro de las contraprestaciones económicas que el Código de Minas señala en su artículo 317, que se refiere a las regalías por explotación de recursos naturales no renovables, no se encuentra la contribución parafiscal de la esmeralda, por ser un rubro distinto.

Adicionalmente, el recaudo y determinación de la contribución no le corresponda al Estado, pues la Ley 488 de 1998 es clara al señalar que la administración de la contribución es competencia de la Federación de Esmeraldas de Colombia.

El Tribunal al afirmar que el cobro de la contribución se hizo exigible desde la apertura de la cuenta, y que es a partir de ese día que comienza a correr el término de prescripción de la obligación, y los intereses de mora, desconoce que la propia Ley 488 de 1998 establece que la contribución se causa y es exigible a partir del día de la exportación.

El término de cinco años de la prescripción extintiva de la obligación debe contarse a partir del hecho generador, según lo dispuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>14</sup>. La obligación es exigible desde la ocurrencia del hecho

<sup>13</sup> Folios 571 a 590 del c.p.

<sup>14</sup> Concepto del 20 de febrero de 2013, exp. 1483, C.P. Cesar Hoyos Salazar



generador, y por tanto, desde ese momento comienza a correr el término de prescripción.

Así, dado que los actos que determinaron la deuda a título de contribución parafiscal de la esmeralda fueron notificadas el 21 de julio de 2009 (en el caso de las sociedades C.I. Green Shine Ltda. y C.I. Verdeluz Ltda.), el 17 de julio de 2009 (en el caso de C.I. Gemtech Ltda. y C.I. Universal Emerald Ltda.) y el 15 de julio de 2009 (en el caso de C.I. Bogotá Emerald Mart Ltda. y C.I. The Best Emerald S.A.), las contribuciones causadas antes del 21 de julio de 2004, el 17 de julio de 2004 y el 15 de julio de 2004, respectivamente, se encuentran prescritas.

Por otra parte, el Ministerio no observó el procedimiento señalado en el Estatuto Tributario para determinar el valor de la contribución, y constituir un título ejecutivo. Si se quiere constituir un título ejecutivo, y el contribuyente no presenta una declaración, se debe proferir un emplazamiento, y una liquidación de aforo, lo cual no fue realizado por el Ministerio. Y si no había lugar a la declaración, la contribución debía ser fijada mediante factura, evento en el cual también se tienen cinco años para determinar el tributo.

Si el Ministerio de Minas era la autoridad competente para cobrar el tributo, existe pérdida de fuerza ejecutoria de los actos acusados, según lo dispuesto en el artículo 66 del C.C.A., pues al momento de expedirlos ya habían transcurrido más de cinco años sin que hubiese liquidado la contribución especial discutida.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Las partes** no presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **Cuestión previa**

La Dra. Carvajal Basto mediante escrito del 8 de marzo de 2019 se declaró impedida para conocer de presente proceso de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 141 C.G.P., por cuanto en primera instancia, en su entonces condición de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tuvo conocimiento del presente caso<sup>15</sup>.

El numeral segundo del artículo 141 del CGP<sup>16</sup> establece como causal de recusación el hecho de que el juez haya conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Folio 73 del c.p. Para solucionar el impedimento, la Sala se remite al Código General del Proceso, debido a que era la norma existente en el momento que la parte actora presentó el recurso de apelación, el 15 de diciembre de 2014

<sup>16</sup> CGP, aplicable en materia de impedimentos y recusaciones por remisión expresa del artículo 130 del CPACA. CPC, aplicable en materia de impedimento y recusaciones por remisión expresa del artículo 160 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>17</sup> CGP. "Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente."



La Sala observa que la causal de recusación se circunscribe al hecho de que el juez, o en este caso el magistrado, haya realizado o conocido cualquier clase de actuación dentro del mismo proceso en una instancia anterior.

La Sala encuentra probado el impedimento manifestado, pues la Magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto conoció el proceso en primera instancia, dado que suscribió providencia que resolvió recurso de reposición en contra del auto que admitió la demanda<sup>18</sup>.

En consecuencia, acepta el impedimento de la Consejera de Estado Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto y la separa del conocimiento del proceso.

### **Desistimientos**

Si bien el apoderado judicial de las sociedades demandantes interpuso en tiempo el recurso de apelación en contra la sentencia de primera instancia, las sociedades C.I. The Best Emeralds S.A., C.I. Universal Emerald Ltda., C.I. Green Shine Ltda., C.I. Verdeluz Ltda., y C.I. Bogotá Emerald Mart Ltda. desistieron del recurso interpuesto.

El desistimiento del recurso presentado por estas sociedades fue aceptado mediante auto del 30 de julio de 2015<sup>19</sup>.

En el mismo auto, se verificó que la sociedad Comercializadora Internacional de Gemología y tecnología Ltda. (C.I. Gemtech Ltda.) no desistió del recurso, por lo que el recurso se admitió únicamente en relación con esta última sociedad.

Por tanto, la Sala solo se ocupará de la legalidad de la Resolución MinMinas 181093 del 3 de julio de 2009, y la Resolución 181479 del 1º de septiembre de 2009, actos demandados relativos a la sociedad Comercializadora Internacional de Gemología y Tecnología Ltda. (C.I. Gemtech Ltda.).

### **Problema jurídico**

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la sociedad Comercializadora Internacional de Gemología y Tecnología Ltda. (C.I. Gemtech Ltda.), la Sala determinará:

- Si las resoluciones 181093 del 3 de julio de 2009 y 18 1479 del 1º. de septiembre de 2009 fueron debidamente motivadas.
- Si el del Ministerio de Minas y Energía es la autoridad competente para proferir los actos de determinación de la deuda por concepto de contribución parafiscal de la esmeralda a cargo de C.I. Gemtech Ltda., y

<sup>18</sup> Folio 130 a 137 del c.p.

<sup>19</sup> Folios 27 y 28 del c.p.



- Si la contribución parafiscal de la esmeralda correspondiente a los años 1999 a 2004, liquidada por los actos demandados, era exigible al momento de la expedición de los actos, o si operó la prescripción de la contribución parafiscal liquidada en los actos demandados.

La Sala precisa que en el recurso de apelación la demandante planteó un nuevo cargo no expuesto en la demanda, relativo a que la administración no observó el procedimiento señalado en el Estatuto Tributario para determinar el valor de la contribución.

Para la Sala, el nuevo cargo de nulidad propuesto en el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, no será objeto de pronunciamiento en este fallo, en atención a que el actor no lo planteó en la demanda junto con los demás esgrimidos como causal de nulidad de los actos acusados y por tal razón no fue materia de análisis por parte del tribunal, por lo que su formulación con ocasión de este recurso impide incluirlo en el debate en segunda instancia.

### **Falta de motivación de los actos administrativos**

Según el artículo 35 del C.C.A., los actos administrativos que contienen decisiones que afectan a los particulares, deben motivarse al menos en forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión, garantizan el derecho de defensa y de audiencia del contribuyente y enmarcan el contenido de la liquidación en discusión. Por lo anterior, los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural y su ausencia o falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con el artículo 84 ib.

La Sala ha precisado que la motivación de las decisiones de la administración no solo constituye un elemento estructural del acto administrativo, pues además de garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción de los interesados, implica la efectividad del principio de publicidad previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, al obligar a la Administración a poner en conocimiento de éstos últimos las razones de las decisiones que los afectan<sup>20</sup>.

En el caso concreto, se advierte que la Resolución 181093 del 3 de julio de 2009, por la cual se declara una deuda a favor de la Nación y a cargo de la sociedad Comercializadora Internacional de Gemología y Tecnología Ltda. (C.I. Gemtech Ltda.) por concepto de la contribución parafiscal de la esmeralda establecida en la Ley 488 de 1998, contiene una debida motivación por cuanto expresa los fundamentos de hecho y de derecho que dan lugar a su expedición.

En efecto, en la resolución demandada se precisan las normas que establecen la contribución parafiscal de la esmeralda, el hecho de la celebración del contrato de administración de la contribución entre el Ministerio de Minas y la Federación Nacional de Esmeraldas, la mención del requerimiento previo hecho a la apelante para el pago de la contribución, y el valor adeudado por la apelante por ese concepto<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Folios 43 a 49 del c.p.



Los actos demandados que liquidan la contribución parafiscal de la esmeralda a cargo de la sociedad apelante no incurrir en la causal de nulidad por falta de motivación que le imputa la demandante, porque contienen las razones de hecho y de derecho y las mismas resultaron suficientes para que la sociedad apelante ejerciera el derecho de defensa y de contradicción. No prospera el cargo.

### **El sujeto activo de la contribución parafiscal por exportación de esmeraldas (Art. 101, Ley 488 de 1998)**

El Congreso de la República expidió la Ley 488 de 1998, por medio de la cual estableció una contribución parafiscal a cargo de los exportadores de esmeraldas sin engastar, la que se liquidará a la tarifa del 1% sobre el valor exportado en moneda extranjera<sup>22</sup>. Su recaudo tiene como objetivo principal defender, promocionar y desarrollar la industria de las esmeraldas colombianas en sus fases de exploración, montaje, explotación, transformación, control, certificación y comercialización.

Para efectos de su recaudo, el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 establece expresamente que le corresponde al Gobierno Nacional celebrar un contrato con la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia-FEDESMERALDAS.

El estatuto orgánico de presupuesto define, en su artículo 29, las contribuciones parafiscales como *“gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, la administración y la ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable”*.

Las contribuciones parafiscales, aunque se invierten en beneficio de un determinado grupo o sector, son recursos que pertenecen a la Nación. La administración de estas contribuciones y su gestión puede ser contratada con entidades privadas. En el presente caso, el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 señaló al Gobierno Nacional como encargado de contratar con la administración con la Federación Nacional de Esmeraldas y en desarrollo de dicha disposición el artículo 11 del Decreto 2407 de 2000 precisó que *“sin perjuicio de los controles propios de los recursos del Tesoro Público, el Ministerio de Minas y Energía podrá, de oficio o a solicitud de un tercero, verificar el recaudo de las contribuciones parafiscales de esmeraldas (...)”*

---

<sup>22</sup> Artículo 101. *Contribución parafiscal de la esmeralda.*

Establécese una contribución parafiscal a cargo de los exportadores de esmeraldas sin engastar. Esta contribución se liquidará con una tasa del uno por ciento (1%) sobre el valor en moneda extranjera que debe ser reintegrado por cada exportación de esmeraldas sin engastar, cuya administración el Gobierno Nacional contratará con la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia, Fedesmeraldas. Los recursos se destinarán a los siguientes fines:

Defender, promocionar y desarrollar la industria de las esmeraldas colombianas en sus fases de exploración, montaje, explotación, transformación, control, certificación y comercialización;

Establecer y fortalecer programas dirigidos a incrementar la competitividad y eficiencia de la industria de las esmeraldas colombianas;

Ejecutar programas de desarrollo social y económico tendientes al mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades de las zonas esmeraldíferas, directamente o a través de convenios con las entidades territoriales.

Parágrafo 1o.- Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar los contratos tendientes a cumplir los objetivos previstos en este artículo, así como para efectuar las apropiaciones y demás operaciones presupuestales que se requieran. Los contratos que el Gobierno celebre con Fedesmeraldas tendrán una duración de diez (10) años prorrogables por periodos de igual duración.





Es por ello que el Ministerio de Minas y Energía tenía la competencia para verificar el recaudo de la contribución.

La precisión hecha por el Decreto Reglamentario 2407 de 2000 se ajusta a las funciones de dicho Ministerio conforme el artículo 115 de la Constitución, el artículo 29 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 70 de 2001 (vigente para entonces), por formar parte del Gobierno Nacional y tener a su cargo, entre otras funciones, el velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con el sector minero-energético.

Por consiguiente, la mención que hace la Ley 488 de 1998 al Ministerio de Minas y Energía y al Gobierno Nacional, es suficiente para concluir que el sujeto activo de la contribución de esmeraldas establecida en esa norma es la Nación, que puede actuar para efectos de la delegación de su administración y recaudo por medio del Ministerio de Minas y Energía. No prospera el cargo.

### **Exigibilidad y prescripción de la acción de cobro de la contribución parafiscal por exportación de esmeraldas**

Establecida la competencia del Ministerio de Minas y Energía para actuar en nombre de la Nación como sujeto activo de la contribución parafiscal de esmeraldas, pasa la Sala a examinar si la contribución era exigible para los años 1999 a 2004, para posteriormente determinar si operó la prescripción de la acción de cobro sobre las sumas exigidas en los actos demandados, proferidos a cargo de la sociedad Comercializadora Internacional de Gemología y Tecnología Ltda. (C.I. Gemtech Ltda.).

El Decreto 2407 de 2000 al reglamentar el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 respecto de los elementos de la contribución parafiscal de esmeraldas que contiene dicha ley antes citada, precisó lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1º.- **Hecho generador.** La contribución parafiscal de la esmeralda se generará por la exportación de esmeraldas sin engastar.”*

Según la norma transcrita, el hecho generador de la contribución parafiscal de esmeraldas es la exportación de esmeraldas. Sin embargo, la Sala advierte que el artículo 101 de la Ley 488 de 1998 consagró la manera de verificar el cumplimiento de la obligación.

El párrafo 2 del artículo 101 de la Ley 488 de 1998, ordena lo siguiente:

*“[...] Parágrafo 2: La exportación de esmeraldas no podrá llevarse a cabo sin la previa comprobación de Mineralco S.A.; o por la entidad que haga sus veces de la existencia física de las esmeraldas que se pretenden exportar, y haberse pagado la contribución parafiscal a que se refiere este artículo.” (Subraya la Sala)*

La obligación de pagar la contribución especial de la esmeralda, se hace exigible antes de realizar la exportación.



En el presente caso, la Sala advierte que pese a ello, el Ministerio de Minas y Energía permitió exportar dicho producto entre el periodo 1999 a 2004, tal como lo explican los actos administrativos demandados<sup>23</sup>.

Lo anterior por cuanto mediante la Circular No. 005 del 6 de enero de 1999<sup>24</sup>, la DIAN autorizó la exportación de esmeraldas sin engastar, sin el pago previo de la contribución parafiscal, así:<sup>25</sup>

*“El artículo 101 de la Ley 488 del 24 de Diciembre de 1998, estableció una contribución parafiscal a cargo de los exportadores de esmeraldas sin engastar.*

*Señaló el artículo en mención que el Gobierno Nacional contratará con la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia FEDESMERALDAS, la administración de la Contribución parafiscal.*

*El parágrafo 2 de la citada disposición preceptúa que las exportaciones de esmeraldas no podrán llevarse a cabo sin la previa comprobación de Mineralco S.A.; o por la entidad que haga sus veces de la existencia física de las esmeraldas que se pretendan exportar, y la cancelación de la contribución parafiscal.*

*Hasta tanto el Gobierno Nacional celebre los respectivos contratos en los cuales se establezcan las condiciones para efectuar el pago, los funcionarios de las Divisiones de Servicio al Comercio Exterior autorizarán la exportación, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en las disposiciones legales vigentes sobre la materia.*

*Sin perjuicio de lo anterior, los usuarios obligados a cancelar la Contribución Parafiscal por concepto de las exportaciones que se realicen a partir de la vigencia de la Ley, estarán obligados a acreditar el pago ante Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia FEDESMERALDAS de acuerdo con las condiciones y requisitos que los respectivos contratos señalen.*

*Para efectos de control, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales enviará copia de los DEX a la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia FEDESMERALDAS”. (Subraya la Sala).*

El mecanismo de recaudo mediante consignación directa en una cuenta designada no operó desde la promulgación de la ley, pues la cuenta mencionada solo fue abierta en el mes de diciembre de 2004. Esto implica que, aunque la obligación de pago había surgido, no era posible su cumplimiento, en la medida en que el mecanismo administrativo establecido para su recaudo no operó sino a partir del 13 de diciembre de 2004, fecha de apertura de la cuenta para el recaudo por parte de Fedesmeraldas<sup>26</sup>. Fecha a partir de la cual surge la posibilidad de generar los correspondientes intereses moratorios.

<sup>23</sup> Folio 43 y 112 del c.p.

<sup>24</sup> Dirigida al Director de Aduanas, Subdirectores de la Dirección de Aduanas, Directores Regionales, Administradoras Especiales de Aduanas, Administradoras Locales de Aduanas, Administradoras Delegados, Jefes de las Divisiones de Servicio al Comercio Exterior y Funcionarios de las áreas técnicas.

<sup>25</sup> Folio 29 c.a. 4

<sup>26</sup> Folio 82 del c.p.



La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, en Concepto 1483 del 20 de febrero de 2003 (M.P. César Hoyos Salazar) manifestó lo siguiente:

*“De las disposiciones legales que regulan la contribución parafiscal de las esmeraldas, atrás transcritas, se deduce lo siguiente:*

1. *La ley impone a toda persona natural o jurídica que exporte esmeraldas sin engastar la obligación de pagar una contribución parafiscal.*
2. *La base gravable de dicha contribución será el valor de la moneda extranjera que debe ser reintegrado por cada exportación de esmeraldas sin engastar. Para la liquidación en moneda legal colombiana de la contribución parafiscal de la esmeralda, se aplicará la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago de la contribución.*
3. *La tarifa de la contribución parafiscal de la esmeralda será equivalente al 1% sobre la base gravable.*
4. *El recaudo de la contribución parafiscal de la esmeralda se hará mediante consignación del valor correspondiente por parte del exportador en una cuenta de una entidad financiera a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas, cuenta cuya apertura estará a cargo de la entidad administradora.*
5. *La entidad administradora será la Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia, - Fedesmeraldas -, para lo cual el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, celebrará con ella el respectivo contrato de administración.*
6. *Por tanto, una vez perfeccionado el contrato, Fedesmeraldas deberá abrir en una entidad financiera una cuenta especial a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas, para que en ella se consigne el valor respectivo de la contribución parafiscal.*

*En consecuencia, la obligación de pagar contribución parafiscal por concepto de exportación de esmeraldas sin engastar **está vigente a partir del 28 de diciembre de 1998. Es exigible a toda persona natural o jurídica que desde esa fecha hubiere exportado esmeraldas sin engastar.** El pago de esa contribución debe hacerse a partir del día en que la entidad administradora - FEDESMERALDAS - abra una cuenta en una entidad financiera a nombre del Fondo Nacional de Esmeraldas.*

## 2. LA SALA RESPONDE:

*La contribución parafiscal a que están obligados los exportadores de esmeraldas sin engastar **rige desde el 28 de diciembre de 1998, fecha en la cual se publicó la ley 488 de 1998 que la establece.** A partir de esa fecha, se causa al exportar esmeraldas sin engastar. Por tanto, una vez el Ministerio de Minas y Energía suscriba con Fedesmeraldas el contrato a que se refiere el artículo 8 del decreto 2407 de 2000, modificado por el decreto 1341 del 26 de junio de 2002, procede el cobro retroactivo de la contribución parafiscal causada por la exportación de esmeraldas sin engastar después del 28 de diciembre de 1998”.*

La Sala comparte el criterio expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación. Toda vez que la obligación tributaria surge con la exportación de las esmeraldas con posterioridad a la Ley 488 de 1998, en ese momento se hizo exigible su cumplimiento.



Para efectos de la prescripción que alega la sociedad apelante es aplicable el artículo 817 del Estatuto Tributario, según el cual la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años contados desde la fecha en que se hicieron legalmente exigibles.

En consecuencia, para el 17 de julio de 2009, fecha en que fue notificada la Resolución 181093 del 3 de julio de 2009, ya se encontraban prescritas las obligaciones tributarias correspondientes a las exportaciones realizadas entre el 19 de enero de 1999 y el 17 de julio de 2004, razón por la que no es posible su cobro.

Las obligaciones no prescritas al momento de la notificación de la Resolución 181093 del 3 de julio de 2009 son las que se relacionan a continuación:

FECHA	VALOR EXPORTACIÓN (US\$)	PORCENTAJE CONTRIBUCION (1%)	T.R.M.	VALOR CONTRIBUCIÓN (\$)
12/08/2004	82.503,00	825,03	2.606,93	2.150.795,46
24/08/2004	18.179,00	181,79	2.595,75	471.881,39
27/08/2004	149.053,00	1.490,53	2.568,68	3.828.694,60
03/09/2004	369.766,00	3.697,66	2.552,78	9.434.312,49
14/10/2004	438.826,00	4.388,26	2.553,07	11.203.534,96
26/10/2004	324.307,00	3.243,07	2.568,11	8.328.560,50
02/12/2004	223.821,00	2.238,21	2.472,12	5.533.123,71
10/12/2004	170.051,00	1.700,51	2.464,19	4.190.379,74
17/12/2004	46.095,00	460,95	2.365,75	1.090.492,46
22/12/2004	142.485,00	1.424,85	2.316,12	3.300.123,58
<b>TOTAL</b>				<b>49.536.899</b>

Por lo anteriormente expuesto, el recurso de apelación prospera y deberá revocarse la sentencia de primera instancia para que en su lugar se declare la nulidad parcial de la Resolución 181093 del 3 de julio de 2009 y de la Resolución 181479 del 1 de septiembre de 2009 y como restablecimiento del derecho se declarará la prescripción de las obligaciones de la contribución de la esmeralda por las exportaciones realizadas entre el 19 de enero de 1999 y el 17 de julio de 2004, por parte de la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DE GEMOLOGÍA Y TECNOLOGÍA LTDA. Además, tener como liquidación de las obligaciones no prescritas, la descrita anteriormente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## FALLA

**PRIMERO: ACEPTAR** el impedimento manifestado por la Consejera de Estado doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, a quien, en consecuencia, se le declara separada del conocimiento de este proceso.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia del 17 de octubre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en



Descongestión, dentro de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar,

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial de las Resoluciones 181093 del 3 de julio de 2009 y 181479 del 1 de septiembre de 2009 proferidas por el Ministerio de Minas y energía en cuanto a la determinación de la contribución parafiscal de la esmeralda a la sociedad actora entre el 19 de enero de 1999 y el 22 de diciembre de 2004.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho **DECLARAR** probada la excepción de “prescripción de la acción de cobro” respecto de la contribución parafiscal de la esmeralda – artículo 101 de la Ley 488 de 1998, correspondiente a las exportaciones realizadas entre el 19 de enero de 1999 y el 17 de julio de 2004 y **TENER** como liquidación de las obligaciones no prescritas, la inserta en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, y cúmplase.

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

**JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ**  
Presidente de la Sección

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

**MILTON CHAVES GARCÍA**