

Cartagena de Indias D.T. y C, dieciocho (18) de agosto del dos mil veinte (2020).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2016-00209-00
Demandante	COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.
Demandado	MUNICIPIO DE SANTA CATALINA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema	LIQUIDACIÓN OFICIOSA IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO/DEBIDO PROCESO

Procede la Sala Fija de Decisión N° 001 a dictar la sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., por conducto de apoderado especial, contra el MUNICIPIO DE SANTA CATALINA, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

Invoca el actor las siguientes pretensiones (se transcribe):

"1. Que se DECRETE LA NULIDAD de la Liquidación Oficial de Alumbrado Público No. 2015-0001 Periodos: 2011/3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2012/1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2013/1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2014/1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2015/1 y la resolución que decide el Recurso de Reconsideración No. 2015-0001, proferidos por LA SECRETRIA DE HACIENDA Y DEL TESORO MUNICIPAL.

2. Que como consecuencia se exima a la sociedad COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. de la Liquidación Oficial de Alumbrado Público No. 2015-0001 y RESOLUCIÓN que decide el Recurso de Reconsideración No. 2015-0001

3. Que subsidiariamente se reduzca la sanción impuesta en la Liquidación Oficial de Alumbrado Público No. 2015-0001 Periodos: 2011/3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2012/1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2013/1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2014/1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12. Periodos: 2015/1 y la resolución que decide el Recurso de Reconsideración No. 2015-0001, proferidos por LA SECRETRIA DE HACIENDA Y DEL TESORO MUNICIPAL

(....)"

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El día 13 de febrero del 2015 se notificó a Colombia Móvil S.A. E.S.P. la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público No. 2015-0001, por el valor de \$136.333.750 del periodo marzo 2011 a enero 2015.
- El día 6 de abril del 2015 se presentó recurso de reconsideración contra dicha liquidación.
- El 28 de abril del 2015 la Secretaria de Hacienda y del Tesoro Municipal emitió la resolución en respuesta al recurso de reconsideración, confirmando (sic) el cobro del impuesto de alumbrado público y fijando la suma a pagar en \$138.911.150

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Sin explicación alguna cita como normas violadas las siguientes:

- Decreto Distrital 807 de 1993: artículo 55
- Estatuto Tributario Nacional: artículo 701, 715, 716.
- Acuerdo Municipal 02 de 2010: artículo 5
- Ley 14 de 1983: artículo 32

Se interpreta del acápite de los hechos del libelo lo que “al parecer” compone el concepto de la violación. Allí se dice que la no expedición de un acto previo a la liquidación oficial desconoce la previsión legal (no dice cual) que exige la expedición de actos preparatorios que le permitan al contribuyente ejercer su derecho de defensa con miras a desvirtuar los planteamientos del ente fiscalizador con antelación a la expedición del acto administrativo de fondo (liquidación oficial), lo cual se traduce en la ilegalidad de dicha liquidación y conlleva a que la misma sea dejada sin efectos.

1.2. La contestación.

Municipio de Santa Catalina.

Guardó silencio.

DOLOMEN S.A. (Coadyuvante).

Defiende la legalidad de la liquidación oficial No. 2015-0001 de febrero 5 de 2015, indicando que la misma tuvo fundamento en la facultad fiscalizadora y de determinación del impuesto que conserva el Municipio de Santa Catalina con fundamento en el artículo 7 del Acuerdo Municipal No. 02 de 2010, agregando que de igual manea el municipio tiene la alternativa de liquidar el impuesto a través de la empresa comercializadora de energía contratada para efecto de la comercialización de dicho servicio, por lo tanto resulta innecesaria la emisión de actos administrativos previos a la liquidación del impuesto, en primer lugar porque la naturaleza del impuesto no lo requiere, entendiendo que no se trata de un impuesto declarativo, ya que los actos preliminares aplicarían si el municipio exigiera la declaración del tributo y en el caso su judice no se dan las circunstancias para que opere de esta manera.

Recordó que los municipios tienen facultades de orden constitucional como lo establece el artículo 59 de la ley 788 de 2002, para simplificar los procedimientos tributarios de conformidad con la naturaleza de los tributos. Por esa razón el emplazamiento no aplica para el impuesto de alumbrado público, ya que este se aplica para los tributos denominados declarativos, es decir, impuesto para lo cual es menester acudir a declaraciones por parte del contribuyente obligado, es decir que el emplazamiento se hace a los contribuyentes que estando obligados a presentar declaración de impuesto no lo hicieren.

De cara al caso concreto – afirma- , contrario a lo afirmado, el alumbrado público es un tributo de naturaleza impositiva y ello se evidencia al hacer una análisis del artículo 574 del Estatuto Tributario en armonía con el 578 ídem y el artículo 8 del acuerdo 02 de 2010.

Concluyó que el alumbrado público al no ser un impuesto reglamentado como de carácter declarativo, el Estatuto Tributario no consagra el trámite del emplazamiento para declarar, luego la administración está facultada para liquidar y cobrar el impuesto de alumbrado público directamente a los sujetos pasivos del mismo, sin que deba mediar el referido emplazamiento.

1.3. Alegatos de conclusión.

Colombia Móvil S.A. E.S.P.

Reiteró los argumentos esbozados en la demanda, ampliando lo concerniente a la determinación incorrecta de la tarifa aplicable, indicando que la demandada no tuvo en cuenta que la interpretación extensiva o analógica de la norma impositiva está prohibida y debe existir certeza en los elementos de los tributos.

Hizo alusión a lo dicho por el testigo escuchado en la audiencia en el entendido que el municipio demandado dio aplicación indebida al artículo 5 del acuerdo 02 del 2010 debido a que aplicó el valor de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, suponiendo que la estructura instalada por COLOMBIA MOVIL presta sus servicios de comunicaciones, no obstante lo cual, la sola presencia de estaciones radio base, no permite prestar el servicio de telefonía móvil, pues para ello sería necesario un conmutador que permita perfeccionar el servicio y en el Municipio de Santa Catalina no se cuenta con dicho conmutador.

DOLMEN S.A. E.S.P.

Insistió en que no era necesaria la emisión de actos administrativos a la liquidación del impuesto, entendiendo que no se trata de un impuesto declarativo, ya que los actos preliminares aplicarían si el municipio exigiera la declaración del tributo y en el caso sub judice no se dan esas circunstancias.

Concepto del ministerio público.

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 numeral 2 y 156 numeral 3 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia.

2.2. Problema jurídico.

La Sala determina si son nulos o no los actos acusados. Para el efecto, debe establecer si la administración municipal violó el debido proceso y el derecho de defensa de COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. al no proferir emplazamiento o acto previo a la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público de los periodos comprendidos de marzo de 2011 a enero de 2015. En caso negativo, analizar los demás cargos propuestos por el apelante.

2.3. Tesis.

Se declarará la nulidad de los actos demandados por ser violatorios del debido proceso, disponiendo además que la demandante no debe suma algún por concepto de los actos anulados.

2.4. Marco normativo y jurisprudencial.

El artículo 42 de la ley 1437 de 2011, respecto a la decisión que culmina el procedimiento administrativo, dispone:

“ARTÍCULO 42. CONTENIDO DE LA DECISIÓN. *Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.*

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.”

De lo que se extrae que, a la decisión administrativa le deber preceder la oportunidad al interesado para ser oído.

Por su parte, ya en tratándose del procedimiento administrativo que da lugar a la liquidación del impuesto de alumbrado público, iniciado de manera oficiosa, en armonía con el artículo precitado, la jurisprudencia tiene establecida la siguiente sub regla:

“Es criterio jurisprudencial, que se reitera, que en los casos en que el administrado no está obligado a presentar la declaración del impuesto sobre el servicio de alumbrado

público “se puede generar violación al debido proceso si la Administración no emite un **acto previo** a la determinación de la obligación fiscal”¹.

(...) se debe expedir un requerimiento previo que le permita al contribuyente controvertir las normas en que se fundamenta la liquidación del tributo, las condiciones en que fue liquidado y las pruebas que respaldan que el destinatario de la liquidación se subsume en la normativa que le faculta al municipio a liquidarle y cobrarle el impuesto”², sin que para garantizar los derechos al debido proceso, defensa y contradicción sea suficiente la interposición del recurso de reconsideración.”

2.5. Caso concreto.

En el caso concreto, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Santa Catalina (Bolívar) practicó a la actora la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público números 2015-0001 de los periodos comprendidos de marzo de 2011 a enero de 2015, acto que fue confirmado por la Resolución de 28 de abril de 2015, al resolver el recurso de reconsideración (fls. 38 a 48).

Revisado el expediente, la Sala advierte que la Secretaría de Hacienda del Municipio de Santa Catalina expidió los mencionados actos, con fundamento en los artículos 313 (núm. 3 y 4) y 365 de la Constitución Política, las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, los artículos 32-7 de la Ley 136 de 1994 y 95 del Decreto 111 de 1994, las Leyes 617 de 2000, 80 de 1993 y 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y las Resoluciones CREG 043 de 1995, 043 de 1996, 88 de 1996, 076 de 1997, 70 de 1998, 123 del 2011 y el Acuerdo Municipal 02 del 2010 (artículo 329), determinando el impuesto de alumbrado público por los periodos de marzo de 2011 a enero de 2015.

En la explicación de la liquidación oficial se indica como “Antecedentes” los siguientes:

“1. En virtud de la norma municipal vigente, acuerdo 02 de 201, la Secretaria de Hacienda tiene la facultad de liquidar y cobrar el impuesto sobre el alumbrado público del Municipio de Bolívar (sic).

2. Que este impuesto tiene causación mensual, y los periodos liquidados se encuentran vencidos para su pago, por lo que se decidió proceder a la determinación oficial del impuesto, aplicando la tarifa designada en la norma municipal (5 SMLMV) aplicada para las personas naturales o jurídicas que tengan que tengan antenas de comunicación en el Municipio de Santa Catalina.

¹ En este sentido, ver las sentencias de 15 de noviembre de 2018, exp. 23552, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, de 18 de octubre de 2018, exp. 22892, C.P. Milton Chaves García, de 23 de febrero de 2017, exp. 21735 y de 13 de octubre de 2016, exp. 20078, C.P. (E) Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 10 de febrero de 2016, exp. 20712, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez y de 12 de noviembre de 2015, exp. 20633, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

² Sentencia de 13 de octubre de 2016, exp. 20078, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

3. Que esta actividad se encuentra gravada por la norma que regula las rentas municipales (Acuerdo 02 de 2010) siendo procedente la determinación del tributo.
4. Que en esta jurisdicción municipal se encuentra ubicada una sub estación de energía eléctrica de COLOMBIA MOVIL SA... (...)"

En el aparte "Consideraciones", se transcriben los artículos segundo del Decreto Ley 2424 de 2006, que define el servicio de alumbrado público, y 5 y 7 del Acuerdo 02 de 2010 del Concejo Municipal de Santa Catalina, que establecen las tarifas del impuesto de alumbrado público y los mecanismos de facturación.

Finalmente, dice: "La sociedad COLOMBIA MOVIL S.A., es propietaria y/o usufructuaria de antenas de comunicación, asentadas en jurisdicción del Municipio de Santa Catalina – Bolívar, actividad que se encuentra gravada con el impuesto de alumbrado público y clasificada en el ítem VI, literal c) del artículo 5 del Acuerdo No. 02 de 2010, por lo que deberá consignar el valor del impuesto en la cuenta fiduciaria denominada CARTERA COLECTIVA ABIERTA ACCION UNO DE BANCOLOMBIA, CUENTA DE AHORRO 060-193848-01".

Conforme a la explicación de la liquidación oficial, es evidente que el municipio demandado expidió directamente la liquidación oficial demandada sin otorgarle al actor la oportunidad de discutir su calidad de sujeto pasivo del impuesto sobre el alumbrado público ni las razones por las que debía pagar ese tributo.

En efecto, la demandante ha formulado varias cuestiones por la que considera no tiene la obligación de declarar el tributo en esa jurisdicción, o mejor no es sujeto pasivo del impuesto, entre otras cosas porque, la administración carece de competencia para fijar el impuesto, el núcleo principal del negocio, de donde deviene la prestación del servicio lo tiene en Barranquilla, Atlántico y se determinó incorrectamente la tarifa aplicable, circunstancias que la administración debió dilucidar previamente a la determinación del tributo, omisión que resulta vulneratoria de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción del actor.

Lo anterior por cuanto, conforme al artículo 42 de la ley 1437 de 2011, las decisiones de la administración deben adoptarse "habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles", decisión que será motivada.

Así las cosas, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia (incluso la más actual)³, la administración debió interpretar de manera armónica la normativa local (acuerdo No. 002 de 2010) con el aludido artículo 42 del CPACA, aplicable con fundamento en el artículo 2º ejusdem, lo que permitía concluir que antes de expedir las liquidaciones oficiales del impuesto de alumbrado público, la administración debía informarle al afectado las razones por las que consideraba que debía pagar el tributo como garantía del derecho del debido proceso, defensa y contradicción.

Aunado a lo anterior, es abundante la jurisprudencia que reitera que, “en los casos en que el administrado no está obligado a presentar la declaración del impuesto sobre el servicio de alumbrado público “se puede generar violación al debido proceso si la Administración no emite un **acto previo** a la determinación de la obligación fiscal”. Luego, razón le asiste al demandante al exigir, en virtud del debido proceso, un acto previo o “emplazamiento” a efectos de conocer la situación y ejercer la garantía de ser oído. Por esto, no puede ser de recibo el argumento expuesto con vehemencia por el coadyuvante, según el cual, “dada la naturaleza del impuesto y como no es necesario presentar declaración, tampoco se requiere de actuación previa”.

En armonía con la jurisprudencia traída a cita, y dado que es evidente que la Administración adelantó la actuación demandada de oficio, deviene aplicable al asunto de marras la siguiente regla jurisprudencial: **“se debe expedir un requerimiento previo que le permita al contribuyente controvertir las normas en que se fundamenta la liquidación del tributo, las condiciones en que fue liquidado y las pruebas que respaldan que el destinatario de la liquidación se subsumen en la normativa que le faculta al municipio a liquidarle y cobrarle el impuesto”, sin que para garantizar los derechos al debido proceso, defensa y contradicción sea suficiente la interposición del recurso de reconsideración.”**

Finalmente y dado que al omitir el acto previo la administración violó los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de la sociedad actora, no es procedente estudiar lo concerniente a los demás cargos

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA, Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 44001-23-33-000-2016-01289-01(24205)

(competencia para liquidar el impuesto de alumbrado público - calidad de sujeto pasivo del impuesto sobre el alumbrado público).

Por las razones expuestas, hay lugar a declarar la nulidad de los actos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, que el demandante no debe suma alguna por concepto de los actos anulados.

Se negara la devolución de intereses porque no se acreditó el pago de las sumas liquidadas.

2.6. Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandada** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 3 y 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6º, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de CIENTO TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS (\$138.911), que corresponden al cero punto uno por ciento (0.1%) de las pretensiones materiales estimadas.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público número 2015-0001 de los periodos comprendidos de marzo de 2011 a enero de 2015 y de la Resolución del 28 de abril de 2015, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración respecto de aquella, proferidas por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Santa Catalina Bolívar, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. no debe suma alguna por concepto de los actos anulados, en el ordinal anterior.

TERCERO: NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: CONDÉNASE en costas a la parte **demandada**. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidarán. Se reconocen agencias en derecho en la suma de CIENTO TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS (\$138.911), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Radicado: 13-001-23-33-000-2016-00209-00
Demandante: COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

4f2d70fe7bbc41c6d9793ddf1eb37585b7fbe92bd6042de4eb022f78e7ff5439

Documento generado en 01/09/2020 01:38:21 p.m.