

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI**

SENTENCIA No. 003

Santiago de Cali, dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN : 76001-33-33-013-2017-00306-00
DEMANDANTE : UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.
DEMANDADO : MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. ANTECEDENTES

La sociedad UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., a través de apoderada judicial promueve el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE HACIENDA MUNICIPAL, para que previos los trámites del proceso ordinario se hagan las siguientes

DECLARACIONES Y CONDENAS

1.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nrs. 4131.1.21-4389 del 12 de julio de 2016, 4131.1.21-4707 del 15 de julio de 2015, 4131.1.21-4710 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4714 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4715 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4860 del 04 de agosto de 2016, 4131.1.21-4861 del 04 de agosto de 2016, por medio de las cuales la entidad accionada determinó la obligación y declaró deudor moroso de telefonía urbana al agente recaudador UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., debido a que se encontraron diferencias e inconsistencias en los informes de recaudo presentados.

2.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nrs. 4131.040.21-0516 del 02 de junio de 2017, 4131.040.21-0492 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21.0443 del 22 de mayo de 2017, 4131.040.21-0517 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0491 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0558 del 07 de junio de 2017 y 4131.040.21-0559 del 07 de junio de 2017, por medio de las cuales se resolvió en forma desfavorable los recursos de reconsideración interpuestos en contra los actos previamente señalados.

3.- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que la sociedad UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., se encuentra exenta del pago de la obligación determinada en los actos administrativos acusados en calidad de agente recaudador del impuesto de

telefonía urbana, por los siguientes periodos: noviembre – diciembre de 2014 y enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015, al haberse presuntamente vulnerado el derecho al debido proceso administrativo por parte de la entidad accionada y al haberse incurrido en irregularidades al momento de la expedición de dichos actos demandados. Como pretensión subsidiaria, solicita que se reduzca el valor de la deuda.

Se fundamenta la demanda en los siguientes

2. HECHOS

2.1. Que los días 11 de diciembre de 2014, 20 de enero de 2015, 06 de febrero de 2015, 05 de mayo de 2015, 14 de septiembre de 2015, 15 de octubre de 2015, 11 de diciembre de 2015 y 14 de enero de 2016, la sociedad UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., radicó los informes de recaudo del impuesto a la telefonía correspondiente a los periodos de noviembre – diciembre de 2014 y enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015, ante el Departamento Administrativo de Hacienda Municipal de Cali.

2.2. Que el día 15 de julio de 2016, la sociedad actora fue notificada de las Resoluciones Nrs. 4131.1.21-4389 del 12 de julio de 2016, 4131.1.21-4707 del 15 de julio de 2015, 4131.1.21-4710 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4714 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4715 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4860 del 04 de agosto de 2016, 4131.1.21-4861 del 04 de agosto de 2016, por medio de las cuales se determinó la obligación y se declaró deudor moroso de telefonía urbana al agente recaudador UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., debido a que se encontraron diferencias e inconsistencias en los informes de recaudo presentados, tal como se expone a continuación:

Acto administrativo	Valor facturado reportado por UNE	Valor facturado calculado por el MUNICIPIO DE CALI	Diferencia	Valor a pagar en firme
Resolución 4131.1.21-4389 del 12 de julio de 2016	37.098.263	38.281.900	1.183.637	418.900
Resolución 4131.1.21-4707 del 15 de julio de 2015	19.523.464	20.434.000	910.536	910.536
Resolución 4131.1.21-4710 del 15 de julio de 2016	19.340.629	20.661.000	1.320.371	1.320.371
Resolución 4131.1.21-4714 del 15 de julio de 2016	27.294.368	28.684.600	1.390.232	650.385
Resolución 4131.1.21-4715 del 15 de julio de 2016	27.084.355	28.308.200	1.223.845	1.223.845
Resolución 4131.1.21-4860 del 04 de agosto de 2016	27.257.035	28.360.800	1.103.765	153.698
Resolución 4131.1.21-4861 del 04 de agosto de 2016	27.319.936	28.283.200	963.264	14.054

2.3. Que el día 15 de septiembre de 2016, la sociedad actora interpuso recurso de reconsideración en contra de los actos administrativos antes referidos, el cual se resolvió en forma desfavorable mediante las Resoluciones Nrs. 4131.040.21-0516 del 02 de julio de 2017, 4131.040.21-0492 del 26 de mayo de 2017, 64131.040.21-0443 del 22 de mayo de 2017, 4131.040.21-0517 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0491 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0558 del 07 de junio de 2017 y 4131.040.21-0559 del 07 de junio de 2017. Estos actos fueron notificados personalmente el día 13 de junio de 2017.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera que se han violado las siguientes normas:

- Artículo 29 de la Constitución Nacional
- Ley 1341 de 2009
- Ley 1437 de 2011
- Ley 14 de 1983
- Decreto Ley 2424 de 2006
- Acuerdo Municipal No. 0357 de 2013
- Circular Tributaria 7970
- Decreto 069 de 2014
- Estatuto Tributario

Como concepto de la violación, expuso que con la expedición de los actos administrativos acusados se vulneró el derecho al debido proceso, en razón a que los contribuyentes tienen derecho a ejercer su defensa a través de las etapas propias del procedimiento administrativo tributario, derecho que en su sentir no fue garantizado por el Departamento Administrativo de Hacienda del municipio de Santiago de Cali, al no expedir un acto previo a la resolución que determinó la obligación a su cargo y lo declaró deudor moroso, desconociendo de tal forma la previsión legal 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 decisión de fondo.

Refirió que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., aplicó el procedimiento de manera correcta, pues la mayor diferencia generada por facturaciones diferentes a la tarifa se dio por el interés de mora, el cual sólo se cobra por el servicio no cancelado y no se puede aplicar un cargo de impuesto telefónico a una línea que no presta servicio, tal como lo pretende la entidad accionada.

Manifestó que la sociedad actora es exclusivamente un agente recaudador, el cual no ha celebrado ningún contrato con la Secretaria de Hacienda del municipio de Santiago de Cali, para efectos de regular las particularidades del recaudo, así como tampoco la entidad accionada ha reconocido suma alguna tendiente a compensar los altos costos y gastos que UNE requiere en materia de desarrollo

de software para ajustar la facturación, gastos de mayor papel, tinta e insumos de impresión en materia de facturación y destinación de su personal humano a los aspectos que tal recaudo exige en materia de gestión.

Refirió que en varias oportunidades la sociedad actora le solicitó a la entidad territorial accionada ampliar la forma en que se efectuaba el cálculo de las diferencias que mensualmente se reclamaban, sin embargo no se obtuvo respuesta alguna. Así mismo, señaló que al municipio de Santiago de Cali le corresponde fijar de manera anticipada los detalles del cálculo del impuesto a la telefonía, lo cual evidentemente no ocurrió en el caso bajo estudio.

En este sentido, insistió en afirmar que los datos suministrados en los informes de recaudo corresponden finalmente a la base de información consolidada durante el proceso de facturación de los meses de noviembre y diciembre de 2014 y, enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015, es decir que las sumas recaudadas corresponden a valores que por dicho concepto de impuesto de telefonía urbana pagan los suscriptores, mismos que son consignados al ente municipal.

Seguidamente, argumenta que la sociedad actora ha justificado las diferencias generadas por facturaciones diferentes a la tarifa, lo cual indica que el municipio de Santiago de Cali, está comparando una tarifa plena con solo la facturación del mes por concepto de intereses de mora, sin tener en cuenta que se hicieron ajustes en los clientes que generaron notas crédito, siendo realmente una facturación de cero (0) que no quedó reflejada en la factura pero el municipio si la compara como tarifa plena. En lo que corresponde a los intereses de mora recaudados, refiere que estos han sido trasladados a la Secretaria de Hacienda Municipal.

Finalmente, considera que la entidad accionada no tuvo en cuenta las razones expuestas y procedió a iniciar el proceso de fiscalización, proponiendo la cancelación del menor valor facturado por el agente recaudador para cada periodo, sin tener en cuenta que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., ha cumplido con sus obligaciones como recaudador del impuesto de telefonía urbana.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Santiago de Cali, a través de apoderado judicial contestó oportunamente la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas¹, argumentando para ello que los actos administrativos acusados fueron expedidos conforme a derecho, a los principios constitucionales de igualdad, justicia, legalidad, equidad y con plena previsión al debido proceso.

¹ Folios 231 a 242 del expediente.

Expuso que en el presente asunto no se vulneró el derecho al debido proceso, en razón a que al contribuyente UNE EPM TELECOMUNICACIONES se le otorgaron las oportunidades procesales para interponer los recursos de Ley, amén de que se aplicó el procedimiento administrativo contemplado en el Acuerdo 0357 de 2013 en lo que corresponde impuesto de telefonía urbana, advirtiendo para ello que no hay lugar a estudiar el debido proceso a partir de un procedimiento sancionatorio, tal como lo pretende la sociedad actora, pues nos encontramos frente a una situación fáctica distinta a este tipo de procedimientos.

Señaló que la Administración no vulneró el derecho al debido proceso por no expedir un acto previo a la determinación de la obligación a cargo de la sociedad actora, tales como un emplazamiento para corregir, un requerimiento especial de revisión o una liquidación oficial de revisión, ya que estos actos no son propios del procedimiento que se adelantó en contra de la sociedad como agente retenedor del impuesto a la telefonía urbana. (Decreto No. 411.0.20.0139 de 2012, por medio del cual se expide el procedimiento tributario del municipio de Santiago de Cali)

En lo que corresponde a la diferencia del impuesto a la telefonía urbana generada con la Administración, refirió que la obligación jurídica del recaudo nace por mandato legal y no por la suscripción de un contrato determinado, por lo que se trata de una carga que debe soportar el contribuyente, tal como lo prevé el Acuerdo 0357 de 2013, a través del cual se adoptó el Estatuto Tributario.

Finalmente, expuso que el municipio puso en conocimiento del contribuyente las diferencias presentadas, las cuales no fueron corregidas por la sociedad actora, permitiendo de tal forma que la diferencia registrada se constituyera en un menor valor facturado por el contribuyente. Igualmente, dentro del proceso de determinación la sociedad actora no logró establecer o demostrar las razones de la diferencia, ya que no desvirtuó, como es su obligación, con soportes probatorios sus afirmaciones.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 0024 del 22 de enero de 2018² y llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma³, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 celebrada el día 07 de octubre de 2019⁴, en la cual se fijó el litigio y se decretó de oficio como prueba documental la remisión de los

² Folio 215 del expediente.

³ Folios 229 a 230 del expediente.

⁴ Folios 303 a 305 del expediente.

antecedentes administrativos del presente asunto, la cual se recaudó en audiencia de pruebas celebrada el 05 de noviembre de 2019.⁵

Una vez incorporada en debida y legal forma la prueba decretada, se dispuso el cierre de la etapa probatoria y en los términos del inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se consideró innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que seguidamente se concedió a las partes y al Ministerio Público la oportunidad para presentar por escrito sus alegatos de conclusión, en el término de diez (10) días siguientes a la realización de la diligencia.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE:

La apoderada judicial de la sociedad actora al momento de rendir sus alegatos de conclusión⁶ reiteró que los actos administrativos están viciados de nulidad por vulneración al debido proceso, ya que el contribuyente no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, al no haberse expedido los actos administrativos previos a la expedición de las resoluciones que determinaron a su cargo la obligación impuesta.

Así mismo, reiteró que UNE EPM TELECOMUNICACIONES aplicó un procedimiento correcto al momento de declarar el impuesto a la telefonía urbana para los periodos de noviembre y diciembre de 2014, y a los de enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015, toda vez que la mayor diferencia generada por facturaciones diferentes a la tarifa se dieron por el interés de mora y, sólo hay cobro de intereses de mora por el servicio no cancelado, pues no se puede aplicar un cargo de impuesto telefónico a una línea que no presta el servicio.

Señaló que en varias oportunidades solicitó al municipio de Santiago de Cali que ampliara la explicación de la forma en como realizaba el cálculo de las diferencias que mensualmente reportaba, pero no se obtuvo respuesta alguna, pues lo indicado y aportado por la entidad territorial fue *“la relación detallada de las diferencias”*, información que es diferente a la forma o al ejercicio aritmético que realmente realizan para determinar tales diferencias.

En este sentido concluyo: *“Debe de tenerse en cuenta que los cobros del impuesto a la telefonía urbana se realizan dentro de la misma factura mensual emitida por UNE EPM COMUNICACIONES para cobro de producto y servicios de comunicaciones contratados con sus usuarios, por tanto esta factura registra reclamos de usuarios, notas de ajustes, intereses de mora, financiaciones de*

⁵ Folios 315 a 316 del expediente.

⁶ Folios 318 a 323 del expediente.

factura, cartera, entre otros, situaciones que impactan el valor facturado y el valor recaudado en cada periodo.

(...) UNE EPM envió a la Subdirección de Impuesto y Rentas Municipales de Cali, la información de facturación y recaudo mediante archivos. En estos archivos se encuentran detalladas las justificaciones de las diferencias generadas por facturaciones diferentes a la tarifa, esto nos indica que el MUNICIPIO DE CALI está comparando una tarifa plena con sólo la facturación del mes por concepto de interés de mora y además se hicieron ajuste en los clientes que generaron notas crédito, siendo realmente una facturación de cero (0) que no quedó reflejada en la factura, pero el municipio si la compara como tarifa plena."

PARTE DEMANDADA:

El apoderado judicial del municipio de Santiago de Cali, al momento de rendir sus alegatos de conclusión reiteró los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda, mediante escrito glosado a folios 324 a 328 del expediente.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Presupuestos de la Acción:

7.1.1. Capacidad jurídica de las partes

La sociedad actora compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia, tal como se observa a folios 1 a 3 del expediente.

El municipio de Santiago de Cali, se encuentra legitimado para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderado judicial, tal y como se comprueba en el poder obrante a folio 9 del cuaderno de medida cautelar.

7.1.2. Requisito de procedibilidad

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que el presente asunto es de carácter tributario, por lo que la conciliación no constituye un requisito de procedibilidad para demandar, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 56 del Decreto 1818 de 1998.⁷

⁷ **ARTICULO 56. ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE CONCILIACION.** Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter

7.1.3. Caducidad de la Acción

En el presente asunto no opera el fenómeno jurídico de la caducidad, toda vez que los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nrs. 4131.040.21-0516 del 02 de junio de 2017, 4131.040.21-0492 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21.0443 del 22 de mayo de 2017, 4131.040.21-0517 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0491 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0558 del 07 de junio de 2017 y 4131.040.21-0559 del 07 de junio de 2017, por medio de las cuales se resolvió en forma desfavorable los recursos de reconsideración interpuestos por la sociedad actora, fueron notificados el día 13 de junio de 2017, tal como consta a folios 147, 154, 161, 168, 176 y 184 del expediente, y la demanda fue presentada el día 13 de octubre de 2017⁸, es decir, dentro del término de los cuatro (04) meses de que trata el literal d) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

7.2. Presupuestos de la demanda

7.2.1. Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 155 del CPACA, en concordancia con el numeral 8 del artículo 156 ibídem, respecto a la competencia en razón del territorio.

7.2.2. Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA.

7.3. Problema jurídico:

Se centra en establecer, si los actos administrativos demandados, deben ser declarados nulos conforme a los cargos propuestos en el escrito de demanda. En este sentido, se debe determinar si la Administración vulneró el derecho al debido proceso durante el procedimiento administrativo de investigación y fiscalización que se adelantó con el fin de determinar una obligación y declarar deudor moroso de telefonía urbana al agente recaudador UNE EPM COMUNICACIONES.

particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las

PARAGRAFO 1o. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

PARAGRAFO 2o. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario (artículo 70 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 59 de la Ley 23 de 1991).

⁸ Folios 43 y 198 del expediente.

7.4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

Sobre las causales de nulidad de los actos administrativos, el artículo 138 de la Ley 1.437 de 2.011, que establece el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho indica que procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo 137 *ibidem*, que a la letra establece:

*“Cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en **forma irregular**, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”*

En efecto, respecto al tema el H. Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Gabriel Valbuena Hernández en sentencia del 19 de mayo de 2.016 se refirió así⁹:

“De lo anterior se desprende que los actos administrativos se deben declarar nulos cuando hayan sido expedidos:

- a. **Con infracción de las normas en que deberían fundarse.***
- b. Sin competencia.*
- c. **En forma irregular.***
- d. **Con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.***
- e. **Mediante falsa motivación.***
- f. Con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.*

Las anteriores causales de nulidad de los actos administrativos tienen que verse reflejadas en el concepto de violación de la demanda, pues la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se enmarca dentro del concepto de jurisdicción rogada (...)

De lo anterior se colige que quien demanda un acto administrativo tiene la carga de demostrar cuál de las causales a las que se hizo referencia previamente es la que da lugar a la nulidad y de qué manera, y solamente en casos excepcionales en los (sic) se demuestre fehacientemente que mediante la aplicación de las mismas se vulneró la Constitución, puede el juez llegar a declarar la excepción de inconstitucionalidad pese a que se encuentren vigentes al momento de fallar (...)

*Así pues, es claro que las normas violadas y el concepto de violación que se desarrolla en la demanda, **constituye el marco dentro del cual el***

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A - Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández - Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14)

juez en su sentencia debe pronunciarse para decidir la controversia, de manera que respete el principio de congruencia (...)

En ese sentido, en atención al carácter de justicia o jurisdicción rogada que reviste a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el control de legalidad se contrae a los motivos de violación alegados por la parte actora y las normas que se señalen como vulneradas, en la oportunidad legal, por ser el libelo demandatorio un marco de referencia para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial. (Negrillas del Despacho)

El Consejo de Estado mediante providencia fechada el 09 de marzo de 2017¹⁰, al hacer referencia en términos generales a los elementos del acto administrativo, refirió en síntesis lo siguiente:

“...Por otra parte, es pertinente acotar que el acto se estructura con la presencia de unos elementos que son: **La competencia**, que es el aspecto subjetivo del acto y comprende la autoridad que toma la decisión a partir de sus atribuciones legales, relacionadas con el tiempo, el espacio y la naturaleza de su función. **Los motivos**, que son las razones de hecho y de derecho por las cuales se decide, y que pueden ser discrecionales o reglados. **Las formalidades**, que son la manera como se construye y exterioriza la voluntad de la administración. **Y la finalidad**, que es lo que se busca con la expedición del acto, que generalmente redunde en la mejora del servicio y el interés general. En tal virtud, cualquier persona que pretenda la nulidad del acto administrativo debe en juicio desvirtuar la presunción de legalidad que ostenta, demostrando alguna de las causales que para tal efecto previó el legislador taxativamente en el artículo 137 del CPACA, las cuales se relacionan directamente con los elementos del acto.”

Por su parte, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, establece que el debido proceso de aplicación se aplicará a toda clase de actuaciones administrativas, al respecto indica:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00085-01(4232-14), Actor: Juana García de Vargas.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Respecto al fundamento constitucional y el desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas, el H. Consejo de Estado, en providencia del 09 de abril de 2.015, con ponencia de la Doctora OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ indicó:

*“Por otra parte, la Constitución Política consagró una serie de contenidos de **obligatorio cumplimiento en las actuaciones de las autoridades administrativas**, estos son los contenidos del debido proceso.*

El artículo 29 en su inciso primero establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuación administrativa, sobre el particular se ha sostenido:

“(…) el debido proceso se mueve (…) dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cubre a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”

Igualmente se ha caracterizado el procedimiento administrativo de la siguiente forma:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente

determinado de manera constitucional y legal” . Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

Se ha sostenido que el debido proceso lo integran diversos derechos, entre ellos: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción , (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”

Lo que permite afirmar que para hacer efectivo el respeto al debido proceso, la administración debe acatar obligatoriamente las condiciones impuestas por la ley.

7.5. CASO CONCRETO:

En el presente asunto, la sociedad UNE EPM COMUNICACIONES pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales el Departamento Administrativo de Hacienda del municipio de Santiago de Cali, determinó una obligación y declaró a dicha sociedad deudora morosa del impuesto a la telefonía urbana, por presentarse presuntas diferencias e inconsistencias en los pagos reportados durante los periodos de noviembre y diciembre de 2014 y enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015, por concepto de dicho tributo.

El argumento principal de la sociedad actora consiste en que la Administración vulneró el derecho al debido proceso y defensa durante el trámite administrativo de fiscalización adelantado por el recaudo del impuesto a la telefonía urbana, ya que no profirió un acto administrativo de trámite previo a la expedición de los actos acusados. De otro lado, expuso que no existen diferencias o inconsistencias en los valores de facturación reportados en los respectivos informes de recaudo del tributo, tal como lo alega la entidad accionada, como quiera que la fórmula para cuantificar el impuesto se realizó en forma correcta.

Teniendo en cuenta que son dos los aspectos que se deben analizar para efectos de determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad de los actos acusados, se abordará inicialmente el trámite administrativo adelantado por el municipio de Santiago de Cali, para efectos de establecer si existió o no vulneración al debido proceso y defensa de la sociedad actora y, posteriormente se analizará lo

relacionado con las diferencias e inconsistencias encontradas dentro del proceso de fiscalización.

7.5.1. Del procedimiento administrativo de fiscalización del impuesto a la telefonía urbana:

El impuesto de telefonía urbana es un tributo municipal que se genera a cargo del usuario y/o consumidor del servicio de telefonía o voz, en cualquiera de sus modalidades: fija, móvil, entre otras, prestados y/o contratados en el territorio del municipio de Santiago de Cali en su zona urbana, con excepción de los usuarios y/o consumidores residenciales que gozan de servicios de voz fija en inmuebles ubicados en los estratos 1, 2, 3 y 4 y de los usuarios y/o consumidores de servicios de voz móvil en la modalidad de prepago.

Este tributo fue adoptado en el municipio de Santiago de Cali, a través del artículo 13 del Acuerdo 0357 de 2013, por el cual se modifican parcialmente los Acuerdos 0321 de 2011, 0338 de 2012, 0339 de 2013 y 0346 de 2013 contentivos del Estatuto Tributario Municipal, al disponerse lo siguiente:

*“...**Artículo 13.** ADICIONESE al Estatuto Tributario Municipal, adoptado mediante artículo 1o del Acuerdo 0321 de 2011- el presente artículo: **IMPUESTO A LA TELEFONÍA URBANA.** De conformidad con lo establecido en el artículo 1, literal i) de la Ley 97 de 1913, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1o de la Ley 84 de 1915, adóptese para el Municipio de Santiago de Cali el impuesto a la telefonía urbana, el cual incluye la prestación de servicios de voz en cualquiera de sus modalidades, a cargo de las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas que sean usuarios de los servicios de telefonía o voz que se prestan en el Municipio de Cali en su zona urbana, el cual será cobrado por intermedio de las empresas que prestan el respectivo servicio.*

***Parágrafo:** Dentro de los servicios de voz en cualquiera de sus modalidades se incluye el servicio de telefonía urbana, celular o móvil, en cuyo caso el impuesto versará sobre aquellos servicios contratados en el Municipio de Santiago de Cali, en su zona urbana”.*

En lo que corresponde a su recaudo y pago, el artículo 19 del Acuerdo 0357 de 2013, por el cual se modifican parcialmente los Acuerdos 0321 de 2011, 0338 de 2012, 0339 de 2013 y 0346 de 2013 contentivos del Estatuto Tributario Municipal, dispone “son agentes de recaudo de este impuesto a la telefonía urbana, las empresas que prestan los servicios descritos en el hecho generador. El periodo de recaudo y pago del impuesto será mensual”.

Frente a la obligación de los agentes responsables del recaudo del impuesto, el artículo 21 ibídem establece lo siguiente:

“Obligaciones de los agentes responsables del recaudo del impuesto a la telefonía urbana:

1. Consignar a la cuenta bancaria asignada por la Administración Municipal en los primeros cinco (5) días calendario del mes siguiente al recaudo, la no consignación oportuna de las sumas recaudadas por concepto del Impuesto de telefonía Urbana se le aplicarán las multas, sanciones e intereses establecidos en el Estatuto Tributario Nacional.

*2. Presentar ante la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al recaudo, **un informe mensual de recaudo debidamente diligenciado y suscrito por el Representante Legal y el Revisor Fiscal anexando recibo de consignación, información detallada de cada usuario al igual que cualquier otra información requerida por la Autoridad Tributaria Municipal.***

*3. **Atender en debida forma y oportunidad todos los requerimientos de información formulados por la Administración Municipal.*** (Negrilla del Despacho)

Las anteriores obligaciones, también se encuentran previstas en el Estatuto Tributario Nacional, el cual dispone en su artículo 375 que “*están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción*”. Así mismo, en los términos del artículo 376 ibídem “*las personas o entidades obligadas a hacer la retención, deberán consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señale el Gobierno Nacional*”.

Ahora bien, el Alcalde del municipio de Santiago de Cali, en uso de la facultad prevista en el artículo 25 del Acuerdo 0357 de 2013¹¹, expidió el Decreto 411.0.20.0069 del 27 de enero de 2014, a través del cual reglamentó el procedimiento para el cobro del impuesto a la telefonía urbana en esta jurisdicción, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Las empresas que prestan el servicio de voz en cualquiera de sus modalidades, incluida la telefonía fija, celular o móvil, dentro de la zona urbana del Municipio de Santiago de Cali, que actúan como agentes responsables de recaudo, deberán seguir el siguiente procedimiento para el cobro del Impuesto a la Telefonía Urbana:*

¹¹ **Artículo 25.** Facultase al S. Alcalde para que en un término de un (1) mes reglamente el procedimiento para el cobro del impuesto a la telefonía urbana.

a) Respecto de cada número telefónico que tenga asignado el usuario y/o consumidor, los agentes responsables del recaudo, **liquidarán el impuesto correspondiente a la telefonía urbana al momento de expedición de la factura mensual**, de conformidad con el aspecto cuantitativo previsto en el artículo 18 del Acuerdo 0357 de 2013.

b) Conforme con los artículos 19 y 21 del Acuerdo 357 de 2013, los agentes responsables del recaudo, recaudarán el impuesto a la telefonía urbana liquidado en la facturación del correspondiente mes y consignarán el valor del impuesto recaudado utilizando los recibos oficiales de pago expedidos para el efecto por la Subdirección de Tesorería de Rentas, en la cuenta dispuesta por esta misma Subdirección durante los primeros cinco (5) días calendario del mes siguiente al recaudo, so pena de incurrir en intereses moratorios según las voces de los artículos 241 y 242 del Acuerdo 0321 de 2011 o las normas que los modifiquen o adicionen, en armonía con los artículos 377, 634 y 635 del Estatuto Tributario Nacional.

c) Presentar ante la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al recaudo, **un informe mensual de recaudo debidamente diligenciado y suscrito por el Representante Legal y el Revisor Fiscal**, anexando el recibo oficial de pago correspondiente, la información de la contratación y facturación de los usuarios por los servicios de telefonía fija, celular o móvil, así como la información de los sujetos pasivos que se encuentran en mora del pago del tributo. El no cumplimiento de esta obligación generará la sanción por no informar prevista en el artículo 253 del Acuerdo 0321 de 2011 o las normas que lo modifiquen o adicionen, en concordancia con lo establecido en el artículo 651 del E.T.N.

d) Atender en debida forma y oportunidad todos los requerimientos de información formulados por la Administración Municipal.

Parágrafo 1: El periodo de recaudo y pago del impuesto de Telefonía Urbana será mensual. Los agentes de recaudo cobrarán el valor correspondiente mediante la emisión de documento, desprendido o desprendible, anexo a la factura mensual generada por la prestación del servicio público respectivo.

Parágrafo 2: El hecho generador del Impuesto a la Telefonía Urbana se entenderá realizado frente a los servicios de telefonía o voz a través de las modalidades de telefonía fija, celular o móvil, prestados y/o contratados en la zona urbana del Municipio de Santiago de Cali.

Parágrafo 3: La base gravable sobre la que se aplica la tarifa respectiva corresponde al valor total del servicio de telefonía o voz a cargo del

usuario, suscriptor y/o consumidor, consignado en la factura mensual, sin incluir impuestos.

ARTÍCULO SEGUNDO *Los agentes de recaudo contarán con un plazo hasta el día treinta y uno (31) de mayo de 2014 para realizar la adecuación de sus sistemas de facturación e información, en aras de dar cumplimiento a lo establecido por el Acuerdo 0357 de 2013 y el presente Decreto. La causación y el recaudo del impuesto de Telefonía Urbana se realizará a partir del día 1 de junio de 2014.*

ARTÍCULO TERCERO: *El no recaudo o traslado de las sumas cobradas por concepto del impuesto a la Telefonía Urbana dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en la normativa municipal y nacional, tanto de carácter tributario como pena"*

De acuerdo con lo anterior y en los términos del objeto social de la sociedad UNE EPM Telecomunicaciones S.A., el cual corresponde a la prestación de servicios de telecomunicaciones, tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otros, en el municipio de Santiago de Cali, según certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, glosado a folios 4 a 25 de plenario, es claro que la sociedad actora es agente responsable del recaudo del impuesto a la telefonía urbana y por ende se encuentra sometida a los deberes y obligaciones previamente señalados.

Las actividades desarrolladas por la sociedad actora como agente recaudadora del impuesto a la telefonía urbana, se encuentran sometidas a control y verificación por parte de la Subdirección de Impuestos y Rentas del municipio de Santiago de Cali, dependencia que actúa conforme a las facultades de fiscalización e investigación otorgadas en el artículo 53 del Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0139 del 28 de febrero de 2012 (Procedimiento Tributario Municipal), el cual se encuentra acorde con lo previsto en el artículo 684 del Estatuto Nacional Tributario. El referido artículo, dispone:

“...Artículo 53. Facultades de fiscalización e investigación: *La Subdirección de Impuestos y Rentas municipales tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales.*

Para tal efecto podrá:

- a. Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario.*
- b. Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados.*

- c. Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios.*
- d. Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados.*
- e. Ordenar la exhibición y examen parcial de los libros, comprobantes y documentos, tanto del contribuyente como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad.*
- f. En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación. (...)”*

En uso de la facultad de fiscalización e investigación antes referida, el municipio de Santiago de Cali, inició un proceso administrativo en contra de la sociedad actora, al hallar inconsistencias y diferencias en los valores reportados como facturados en los respectivos informes que dan cuenta del recaudo del impuesto a la telefonía urbana durante los periodos de junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2014 y, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y noviembre de 2015.

De los antecedentes administrativos que obran en el proceso¹², se observa que inicialmente la Subdirección de Impuestos y Rentas del municipio de Santiago de Cali, a través del Oficio No. TRD: 4131.1.10.1.853.017583 del 06 de junio de 2014, le informó al representante legal de la sociedad UNE EPM TELECOMUNICACIONES, el contenido de la Circular No. 4131.1.10.1.853.004118 del 03 de junio de 2014, en la cual se especifica la información que debe contener el informe mensual de recaudo, para efectos de la verificación que realiza dicha dependencia. Esta circular fue sustituida mediante Oficio remitido el 02 de octubre de 2014, con el fin de precisar el contenido, las especificaciones técnicas y la forma de entrega de la información exigida a los agentes de recaudo.

Luego, mediante el Oficio No. 4131.1.10.1.853.026042 del 14 de octubre de 2014, la entidad accionada según lo dispuesto en el literal c) del artículo 1º del Decreto 411.0.20.0069 del 27 de enero de 2014¹³, le indicó al agente recaudador UNE EPM TELECOMUNICACIONES, el procedimiento que debía de seguir para el cobro del impuesto a la telefonía urbana, por lo que requirió a dicha sociedad para

¹² Folio 314 del expediente.(medio magnético)

¹³ Presentar ante la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al recaudo, un informe mensual de recaudo debidamente diligenciado y suscrito por el Representante Legal y el Revisor Fiscal, anexando el recibo oficial de pago correspondiente, la información de la contratación y facturación de los usuarios por los servicios de telefonía fija, celular o móvil, así como la información de los sujetos pasivos que se encuentran en mora del pago del tributo. El no cumplimiento de esta obligación generará la sanción por no informar prevista en el artículo 253 del Acuerdo 0321 de 2011 o las normas que lo modifiquen o adicionen, en concordancia con lo establecido en el artículo 651 del E.T.N.

que reportara el valor facturado por concepto del impuesto en los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2014, por cada suscriptor y teléfono en servicio, para telefonía fija y/o móvil. Para tal efecto se le otorgó un plazo hasta el 31 de octubre de 2014.

Este requerimiento se reiteró a través del Oficio No. TRD: 4131.1.10.1.853.032007 del 17 de diciembre de 2014, en donde se solicitó *“La presentación de los informes de recaudo de los meses de Junio, Julio, Agosto y Septiembre de 2014 complementados con el concepto de 'valor facturado' por suscriptor y por línea, conforme a lo ya dispuesto y solicitado en el Oficio con Radicado No. 2014413110260421 y cuyo plazo de presentación fue hasta el 31 de Octubre de 2014. Tomando como base la información anterior, con la cual se puede comprobar con exactitud el movimiento de la cartera mes a mes, solicitamos explicación del procedimiento de generación de la cartera devuelta por valor de \$ 21.513.580 reportada en el Informe del mes de Octubre de 2014”*.

Mediante el Oficio No. TRD: 4131.1.10.853.002302 del 02 de febrero de 2015, la entidad accionada remitió un informe detallando las diferencias e inconsistencias observadas en los informes de recaudo de noviembre y diciembre de 2014, requiriéndose nuevamente a la sociedad para que presentara un informe explicando las inconsistencias presentadas y solicitándole la corrección de los informes.

El día 03 de febrero de 2015, UNE EPM remitió un oficio con relación al requerimiento realizado frente a los informes de recaudo de los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2014, indicando que no es posible generar nuevamente los informes y adicionarle el campo de “valor facturado”, debido a que estos se generaron en un módulo de facturación que ya fue cerrado, el cual fue parametrizado y estandarizado acorde con el Decreto No 411.0.20.0069 de 2014 y la Circular N°4131.1.10.1.853.004118 inicialmente enviada por el municipio de Cali.

Así mismo, informó *“La cartera devuelta por \$21.513.580 obedece a montos refacturados y no cancelados por los usuarios de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A**; montos que fueron retirados de la cartera de nuestro sistema, después de culminado el proceso de facturación de Octubre 2014, de acuerdo con los procedimientos y normas propias de UNE EPM Telecomunicaciones S.A”*.

El anterior proceso de investigación fue llevado a cabo en los mismos términos para los siguientes periodos: noviembre y diciembre de 2014, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y noviembre de 2015, es decir, que la Administración efectuó diversos requerimientos para que la sociedad actora diera una explicación frente a las inconsistencias encontradas en los respectivos informes de recaudo.

Una vez agotado el proceso de investigación consistente en solicitar la información necesaria para evaluar los periodos de recaudo en donde se encontraron inconsistencias y teniendo en cuenta que la sociedad actora no justificó las mismas ni modificó los informes con relación al campo de “valor facturado”, la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales de Santiago de Cali, dio apertura a un proceso administrativo de fiscalización al impuesto a la telefonía urbana, en contra del agente recaudador UNE EPM TELECOMUNICACIONES, a través de los siguientes actos administrativos:

Acto de apertura	Periodo discutido
4131.1.12.10-004 del 16 de junio de 2015	Noviembre a diciembre de 2014
4131.1.12.10-013 del 21 de septiembre de 2015	Enero de 2015
4131.1.12.10-014 del 21 de septiembre de 2015	Febrero de 2015
4131.1.12.10-015 del 21 de septiembre de 2015	Marzo de 2015
4131.1.12.10-016 del 21 de septiembre de 2015	Abril de 2015
4131.1.12.10-017 del 21 de setiembre de 2015	Mayo de 2015
4131.1.12.10-018 del 21 de septiembre de 2015	Junio de 2015
4131.1.12.10-020 del 12 de noviembre de 2015	Julio de 2015
4131.1.12.10-019 del 12 de noviembre de 2015	Agosto de 2015
4131.1.12.10-021 del 14 de diciembre de 2015	Septiembre de 2015

De esta forma, la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales, procedió a expedir los siguientes actos administrativos, a través de los cuales formuló requerimiento a la telefonía urbana, al considerar que las diferencias registradas en los periodos de noviembre y diciembre de 2014 y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y noviembre de 2015, constituyen un menor valor facturado sin resolución por parte del agente de recaudo, procediendo así a realizar una propuesta de pago de la diferencia, en los siguientes términos:

Acto administrativo	Periodo	Propuesta	Fecha de notificación
Requerimiento No. 4131.1.12.6-08 del 16 de junio de 2015.	Noviembre y diciembre de 2014	Cancelación del menor valor facturado para los meses de Noviembre y Diciembre de 2014 por concepto del impuesto a la telefonía urbana, en cuantía de \$ 1.183.637 junto con los	19/06/2015

		intereses moratorios correspondientes.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.09 del 23 de septiembre de 2015	Enero de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Enero de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$ 910.536 junto con los intereses moratorios correspondientes.	25/09/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.09 del 23 de septiembre de 2015	Febrero 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Febrero de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$1.041.203 junto con los intereses moratorios correspondientes.	25/09/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.11 del 23 de septiembre de 2015	Marzo de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Marzo de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$1.151.477 junto con los intereses moratorios correspondientes.	25/09/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.12 del 23 de septiembre de 2015	Abril de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Abril de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$1 .320.371 junto con los intereses moratorios correspondientes.	25/09/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.13 del 23 de septiembre de 2015	Mayo de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Mayo de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$ 874.533 junto con los intereses moratorios correspondientes.	25/09/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.14 del 23 de septiembre de	Junio de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Junio de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana en cuantía de \$1 .245.958 junto	25/09/2015

2015		con los intereses moratorios correspondientes.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.23 del 17 de noviembre de 2015	Julio de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Julio de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$1.487.941 junto con los intereses moratorios.	19/11/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.24 del 17 de noviembre de 2015	Agosto de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Agosto de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$1.390.232 junto con los intereses moratorios correspondientes.	19/11/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.25 del 16 de diciembre de 2015.	Septiembre de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Septiembre de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$1.223.845 junto con los intereses moratorios correspondientes.	17/12/2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.27 del 29 de marzo de 2016	Noviembre de 2015	Cancelación del menor valor facturado para el mes de Noviembre de 2015 por concepto del impuesto a la telefonía urbana y en cuantía de \$1.103.765 junto con los intereses moratorios correspondientes.	13/04/2016

La sociedad actora dio respuesta parcial a los requerimientos antes referidos, manifestando su desacuerdo con las propuestas efectuadas por la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales de Cali, en razón a que en su sentir el cobro del tributo, el recaudo y el pago del mismo se ha venido efectuado conforme al procedimiento establecido en el Acuerdo 0357 de 2013 y demás normas concordantes, sin hallarse ninguna de las inconsistencias o diferencias imputadas por el municipio, toda vez que el valor facturado y el valor recaudado fue impactado por situaciones como: reclamos de usuarios, intereses moratorios, notas de ajustes, financiación de la factura y cartera retirada, aspectos que insiste deben ser tenidos en cuenta al momento de realizarse la evaluación de los

informes presentados mensualmente. La contestación a dichos requerimientos se efectuó bajo los siguientes oficios radicados ante la Administración, así:

Acto administrativo	Periodo	Respuesta al requerimiento	Fecha de radicación
Requerimiento No. 4131.1.12.6-08 del 16 de junio de 2015.	Noviembre y diciembre de 2014	Oficio No. 01-70-03-07-2015-00309953 del 06 de julio de 2015.	13 de julio de 2015
Requerimiento No. 4131.1.12.10.09 del 23 de septiembre de 2015.	Enero y febrero de 2015.	Oficio No. 01-70-28-04-2015-00297164 del 11 de mayo de 2015.	Sin prueba de radicación.
Requerimiento No. 4131.1.12.10.11 del 23 de septiembre de 2015	Marzo de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.12 del 23 de septiembre de 2015	Abril de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.13 del 23 de septiembre de 2015	Mayo de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.14 del 23 de septiembre de 2015	Junio de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.23 del 17 de noviembre de 2015	Julio de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.24 del 17 de noviembre de 2015	Agosto de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.25 del 16 de diciembre de 2015	Septiembre de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	
Requerimiento No. 4131.1.12.10.27 del 29 de marzo de 2016	Noviembre de 2015	No dio respuesta al requerimiento.	

Aquí, debe indicarse que de la revisión de los antecedentes administrativos arrojados al plenario no se observa que la sociedad actora haya dado respuesta

a los requerimientos efectuados para los periodos de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y noviembre de 2015, afirmación que también se logra corroborar con lo consignado en la parte considerativa de los informes finales de investigación tributaria de dichos periodos.

Ahora bien, allegadas las respuestas parciales a los requerimientos realizados dentro del proceso de fiscalización, la Administración emitió los respectivos informes finales, a través de los cuales determinó el traslado de los procesos al área de determinación del Departamento Administrativo de Hacienda Municipal, al considerar que UNE EPM COMUNICACIONES en sus respuestas dio una explicación general de las causas de las diferencias registradas por la administración tributaria en los valores facturados durante los periodos cuestionados, sin presentar una explicación detallada y particular de tales inconsistencias.

En este sentido, se dio traslado de los expedientes al subproceso de determinación del Departamento Administrativo de Hacienda Municipal, dependencia que procedió a determinar la obligación y declaró deudor moroso de telefonía urbana al agente recaudador UNE EPM COMUNICACIONES, a través de los siguientes actos administrativos: Resoluciones Nrs. 4131.1.21-4389 del 12 de julio de 2016, 4131.1.21-4707 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4708 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4709 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4710 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4711 del 15 de julio de 2016¹⁴, 4131.1.21-4712 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4714 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4713 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4715 del 15 de julio de 2016, 4131.1.21-4866 del 04 de agosto de 2016.

Contra las anteriores decisiones se interpuso recurso de reconsideración, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones Nrs. 4131.040.21-0516 del 02 de julio de 2017, 4131.040.21-0492 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0392 del 05 de mayo de 2017, 4131.040.21-0367 del 02 de mayo de 2017, 4131.040.21-0123 del 09 de marzo de 2017, 4131.040.21-0517 del 02 de junio de 2017, 4131.040.21-0123 del 09 de marzo de 2017, 4131.040.21-0491 del 26 de mayo de 2017, 4131.040.21-0558 del 07 de junio de 2017.

En este punto, debe precisarse que de la revisión del libelo introductorio, se desprende que la presente demanda está dirigida únicamente contra los actos administrativos relacionados con los periodos gravables de noviembre y diciembre de 2014 y enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015.

Ahora bien, atendiendo lo expuesto previamente el Despacho considera que en el presente asunto no existió vulneración al debido proceso y defensa durante el proceso de investigación y fiscalización que se adelantó en contra del agente recaudador UNE EPM COMUNICACIONES, toda vez que de las pruebas que obran en el proceso se logra establecer que se impartió en debida forma el

¹⁴ Frente a este acto administrativo no interpuso recurso de reconsideración.

procedimiento previsto en el Acuerdo 0357 de 2013, por el cual se modifican parcialmente los Acuerdos 0321 de 2011, 0338 de 2012, 0339 de 2013 y 0346 de 2013 contentivos del Estatuto Tributario Municipal, en concordancia con el Decreto 411.0.20.0069 del 27 de enero de 2014, a través del cual se reglamentó el procedimiento para el cobro del impuesto a la telefonía urbana en el municipio de Santiago de Cali.

Así mismo, se evidencia que dicha actuación se enmarcó dentro de las facultades de investigación y fiscalización otorgadas por en las normas antes referidas, pues es un deber de la Administración verificar la exactitud de los informes de recaudo presentados por los agentes recaudadores de tributos y adelantar los procesos administrativos que se considere pertinentes, en caso de incumplimiento en las obligaciones impuestas.

De manera que, revisada cada una de las actuaciones adelantadas por el municipio de Santiago de Cali, no se observa vulneración al debido proceso en los términos señalados en el escrito de la demanda, toda vez que antes de proferirse los actos administrativos que determinaron la obligación y lo declararon deudor moroso, se inició un **proceso de investigación**, a través del cual se le otorgó a UNE EPM COMUNICACIONES, la oportunidad para ejercer su derecho de defensa y presentar los descargos, explicaciones y/o justificaciones frente a los hallazgos encontrados al momento de verificar los informes de recaudo, oportunidad que fue aprovechada por la sociedad actora para informar en términos generales que el recaudo del tributo se realiza en debida forma, conforme con el Acuerdo No. 0357 de 2013 y atendiendo los parámetros impartidos por la administración en las respectivas circulares remitidas, afirmando así que las inconsistencias generadas por facturación diferentes a la tarifa se dio por el interés de mora que recaía sobre las líneas telefónicas.

Igualmente, se observa que una vez culminado el proceso de investigación, se dio apertura al **proceso de fiscalización**, el cual inició con la expedición de un requerimiento formal para cada uno de los periodos cuestionados, con el fin de que la sociedad actora explicara de manera clara, detallada y con los soportes probatorios respectivos el motivo de las diferencias encontradas en la investigación, requerimientos que no fueron atendidos en su integridad por la sociedad, pues sólo se pronunció con relación a las irregularidades observadas en los periodos de noviembre y diciembre de 2014 y enero y febrero de 2015.

De manera que, no resulta procedente afirmar que no se profirió un acto administrativo previo a la expedición de los actos acusados, cuando las pruebas aportadas dejan entrever que se profirieron los requerimientos pertinentes dentro del proceso de investigación y fiscalización tributaria, con lo cual se garantizó efectivamente el derecho de defensa de la sociedad demandante, por lo que el Despacho no halla justificación alguna a la afirmación realizada por su representante judicial de indicar que no se hicieron los requerimientos previos,

345

cuando los documentos que conforman los antecedentes administrativos demuestran lo contrario.

Resulta importante advertir que valorados los requerimientos efectuados por la Administración tanto en el proceso de investigación como en el proceso de fiscalización, se evidencia que a la sociedad actora se le indicó de manera precisa y detallada las diferencias encontradas en cada periodo y por cada línea telefónica, circunstancia que permite inferir que contó con todos los elementos técnicos necesarios para ejercer en debida forma su defensa y así explicar los motivos de la situación presentada de manera precisa, defensa que se observa no fue ejercida de manera amplia y ajustada a los parámetros requeridos por la entidad territorial.

Por tanto, no puede desconocerse que la sociedad actora contó con las oportunidades pertinentes para ejercer su derecho de defensa y controvertir los argumentos esbozados por la Administración con relación a las diferencias halladas en los informes de recaudo del tributo presentadas mensualmente.

De otro lado, es menester indicar que el Despacho considera inoportuno el argumento esgrimido por el apoderado judicial de la sociedad actora de indicar que en el presente asunto se vulneró el derecho al debido proceso porque la Administración tributaria no profirió como acto administrativo previo un emplazamiento para corregir, un pliego de cargos o un requerimiento especial para efectuar una liquidación oficial de revisión, toda vez que valoradas las pruebas allegadas al plenario se evidencia que no nos encontramos frente a un proceso de tipo sancionatorio ni se está cuestionando una declaración presentada por un contribuyente como tal, contrario a ello, estamos ante un proceso de investigación y fiscalización de un tributo, el cual se adelantó conforme a los parámetros previstos en el Acuerdo No. 0357 de 2013 y el Decreto 411.0.20.0069 del 27 de enero de 2014, normas que se encontraban vigentes para el momento en que se expidieron los actos acusados.

Adicional a lo anterior, no puede darse aplicación a lo previsto en el artículo 702 y siguientes del Estatuto Tributario Nacional, en lo que corresponde a la facultad de la Administración de efectuar un requerimiento especial previo a la liquidación de revisión, tal como se pretende, ya que la sociedad actora es agente recaudadora de un tributo y en tal condición no tiene impuesta la obligación de presentar una liquidación privada, por ende, que a juicio de este Despacho los fundamentos jurídicos expuestos en el libelo introductorio para demostrar la vulneración del derecho al debido proceso, no se encuentran ajustados a la realidad procesal ni corresponde al asunto sometido a litigio.

Así las cosas, debe concluirse que el municipio de Santiago de Cali al momento de adelantar el proceso de investigación y fiscalización en contra de UNE EPM COMUNICACIONES, en su calidad de agente recaudadora del impuesto a la telefonía urbana, no vulneró el derecho al debido proceso, en razón a que le

otorgó las oportunidades procesales pertinentes para que ejerciera su derecho de defensa y se realizaron en debida forma los requerimientos pertinentes de manera previa a la expedición de los actos administrativos que determinaron las obligaciones a su cargo por las diferencias encontradas en los periodos discutidos.

7.5.2. De las diferencias e inconsistencias encontradas en los informes de recaudo dentro del proceso de fiscalización.

La sociedad actora argumenta que debe declararse la nulidad de los actos administrativos acusados, en razón a que las diferencias encontradas en los informes de recaudo de los periodos de noviembre y diciembre de 2014 y enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015, corresponden al cálculo de interés de mora por el servicio no cancelado, precisando que no se puede aplicar el cargo de impuesto a la telefonía urbana a una línea que no se encuentra en servicio.

Así mismo, refirió que el proceso de recaudo se ha venido realizado en debida forma, de acuerdo con lo previsto en el Acuerdo No. 0357 de 2013 y las directrices impartidas por el municipio de Santiago de Cali.

Al respecto, debe indicarse que de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 21 del Acuerdo No. 0357 de 2013, la sociedad actora debe cumplir con la obligación de presentar ante la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales, dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al recaudo, un informe mensual de recaudo debidamente diligenciado y suscrito por el representante legal y el revisor fiscal de la empresa, anexando recibo de consignación, información detallada de cada usuario al igual que cualquier otra información requerida por la autoridad tributaria municipal.

Este tributo debe ser determinado por el agente recaudador por una tarifa mensual aplicable al tipo de servicio de telefonía o voz en cualquiera de sus modalidades, por cada línea que tenga el usuario y/o consumidor, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 18 del Acuerdo No. 0357 de 2013, que dispone lo siguiente:

A. Para el caso de los servicios de telefonía o voz fija, la tarifa se determinara por la tabla 1, que se muestra a continuación:

Tabla 1

Tipo de Usuario		Tarifa mensual como proporción de un (1)Salario Mínimo Diario Legal Vigente (SMDLV) por línea
	Residencial Estrato 5	15%
	Residencial Estrato 6	25%

Servicios de voz Fija	No residencial	25%
-----------------------	----------------	-----

B. Para el caso de los servicios de telefonía o voz móvil, la tarifa se determinara por la tabla 2, que se muestra a continuación:

Tipo de Usuario		Tarifa mensual como proporción de un (1)Salario Mínimo Diario Legal Vigente (SMDLV) por línea
Servicios de voz móvil	Telefonía celular o móvil en post-pago (factura mensual desde \$0 hasta \$50.000.	3%
	Telefonía celular o móvil en post-pago (factura mensual desde \$50.001 hasta \$100.000.	5%
	Telefonía celular o móvil en post-pago (factura mensual desde \$100.001 en adelante).	8%

Ahora bien, revisados los argumentos expuestos tanto por la sociedad actora como por la entidad accionada, se evidencia que la controversia gira en torno al hallazgo de unas diferencias encontradas en los informes de recaudo presentados por la sociedad actora para los periodos de noviembre y diciembre de 2014 y enero, abril, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015, diferencias que surgieron de comparar el valor facturado por el operador UNE EPM TELECOMUNICACIONES y el valor facturado calculado por el municipio de Santiago de Cali.

No obstante lo anterior, el Despacho considera que en el presente asunto no obran las pruebas documentales o técnicas idóneas para determinar con plena certeza si existen o no las diferencias encontradas en los informes de recaudo o si las inconsistencias referidas corresponden efectivamente a líneas no sujetas al cobro del tributo por encontrarse en mora, tal como lo afirma la sociedad actora, pues de la revisión de los antecedentes administrativos aportados en medio magnético¹⁵, sólo se evidencian los actos administrativos y las actuaciones que se adelantaron dentro del respectivo proceso de investigación y fiscalización del tributo.

Además, el informe técnico que obra en los antecedentes administrativos son el resultado de la investigación que se realizó, donde únicamente se anotó cedula del suscriptor, nombre del suscriptor, teléfono en servicio, valor facturado, comprobación total del valor facturado y las diferencias del valor facturado, sin

¹⁵ Folios 291 y 314 del expediente.

que de la verificación de tales datos se logre extraer realmente de donde provienen dichos valores determinados como “facturados”, para así poder entrar a realizar una comparación entre los valores reportados como recaudados y el cálculo del tributo como tal, omisión que desvirtúa por completo los argumentos expuestos por la sociedad actora frente a este aspecto.

Es importante destacar que la sociedad actora no aportó al proceso como prueba las facturas generadas por cada suscriptor de donde se deduzca el valor cobrado por el impuesto a la telefonía urbana, así como tampoco aportó los informes de recaudo aportados ante la entidad accionada con las especificaciones exigidas, para así estudiar si los mismos fueron o no calculados, recaudados y pagados al municipio conforme a los parámetros previstos en el artículo 18 del Acuerdo 0357 de 2013.

A partir de lo anterior, se evidencia que la sociedad actora incumplió con la carga probatoria consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, al no haber aportado ni solicitado con la demanda la práctica de las pruebas documentales o técnicas pertinentes para amparar sus argumentos relacionados con la inexistencia de las diferencias encontradas por el municipio en cada uno de los periodos de recaudo cuestionados.

La norma referida dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...)”

Al respecto, se tiene que el Consejo de Estado en providencia fechada el 16 de mayo de 2019¹⁶, con relación a la carga probatoria, expuso en síntesis lo siguiente:

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Radicación número: 25000 23 26 000 200601481 01: (47.116), Actor: José Domingo Otálora Contreras, Demandado: Nación – Ministerio

“...Pues bien, la persona que, en ejercicio de la acción de reparación directa, le reclama al Estado la reparación de un daño, tiene la carga de acreditar, en primer lugar, la existencia de este, elemento que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, constituye el fundamento mismo de la responsabilidad, de suerte que “si no hay daño no hay responsabilidad” y “sólo ante su acreditación, hay lugar a explorar la imputación del mismo al Estado”¹⁷.

Lo anterior, de conformidad con el contenido normativo del artículo 177 del C.P.C.¹⁸, que impone a las partes el deber de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, premisa que en casos como el analizado y respecto de la parte demandante, se traducía en la carga de probar los acontecimientos sobre los cuales se fundamentaba su pretensión de reparación. “

Así las cosas y en virtud de los argumentos antes expuestos, se procederá a negar las pretensiones de la demanda al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos demandados.

8. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2019¹⁹ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna

de Agricultura y Desarrollo Rural y Otros, Referencia: Recurso Extraordinario de Revisión (LEY 1437 DE 2011).

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de marzo de 2012, expediente 23.478, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ “Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019):

(...) En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)

conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'PAOLA ANDREA GARTNER HENAO', written over a series of horizontal lines.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ

LCMS.