



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, trece (13) de octubre del dos mil veinte (2020).

RADICADO 73001-33-33-010-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE COELLO.
asunto: Impuesto de Industria y Comercio
sentencia: 00067

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. en contra del MUNICIPIO DE COELLO.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **SHTM – 73200 2016-004 del 14 de junio del 2016** por medio de la cual la Secretaría de Hacienda y Tesorería del Municipio de Coello impuso sanción a COMCEL por no declarar el impuesto de industria y comercio para las vigencias fiscales comprendidos entre el año 2010 y el año 2014

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **SHTM – 73200 2016-009 del 24 de agosto del 2016**, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración y modificó la resolución 2016-004 declarando la prescripción de la acción de cobro por concepto del impuesto de industria y comercio para la vigencia del año 2010, indicando que contra la misma no procedía recurso alguno por agotamiento de la vía gubernativa.

1.3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que no hay lugar a imponer sanción a **COMCEL S.A.** por no declarar el impuesto de industria y comercio en el **MUNICIPIO DE COELLO** por los años gravables 2011, 2012, 2013 y 2014.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos y omisiones que a continuación se sintetizan:

2.1. Que la Secretaria de Hacienda y Tesorería del Municipio de Coello notificó a COMCEL los emplazamientos previos No 001,002,003,004 y 005 del 2016 a través del oficio 550 del 18 de febrero del 2016, a los cuales la accionante respondió el 8 de abril del 2016

2.2 La accionada mediante oficio No 1929 del 23 de mayo del 2016 notificó a COMCEL los pliegos de cargos del 201673200001 al 201673200005

2.3 Que la accionante el 23 de junio del 2016 se opuso a los pliegos de cargos notificados.

2.4 La Secretario de Hacienda y Tesorería del Municipio de Coello expidió los actos administrativos de trámite y emplazamiento previos a cargo de COMCEL S.A. por no declarar el impuesto de industria y comercio y los pliegos de cargos para cada uno de los periodos gravables correspondientes a los años 2011, 2012, 2013 y 2014

2.2. El secretario de Hacienda y tesorero del Municipio de Coello profirió la Resolución No **SHTM – 73200 2016-004 del 14 de junio del 2016**, mediante la cual impuso sanción a COMCEL por las sumas de \$23.198.483 para el año 2010, \$25.478.942 para el año 2011, \$27.792.008 para el año 2012, \$28.591.884 para el año 2013 y \$27.628.388 para el año 2014 para un total de **\$132.689.705** de pesos, por no declarar el impuesto de industria y comercio al ente municipal.

2.3 Que la accionante interpuso recurso de reconsideración manifestando su informalidad porque: i) COMCEL no obtuvo ingresos por concepto de servicio telefonía celular dentro del Municipio de Coello, ii) que no se configura el hecho generador del impuesto de industria y comercio, iii) que COMCEL al no ser sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio no puede ser sancionado por no declarar y iv) haber operado la prescripción de acción de cobro respecto del periodo fiscal del 2010, dispuesta en el artículo 817 del estatuto tributario nacional.

2.4 Que la accionada resolvió en forma desfavorable el recurso de reconsideración mediante la resolución No **SHTM – 73200 2016-009 del 24 de agosto del 2016**, excepto en lo relativo a la prescripción de la acción de cobro del impuesto correspondiente a la vigencia fiscal del 2010, la cual fue declarada y descontado su valor de \$23.198.483 pesos quedando establecido el valor total de la sanción en **\$109.491.222** de pesos

2.5 Que COMCEL señaló que tiene instalados conmutadores o switches en Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Medellín, Neiva, Pasto, Pereira, San Andrés y Sincelejo¹

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Dentro de la oportunidad legal conferida para el efecto y a través de apoderado judicial la entidad demandada contestó el libelo introductorio oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, en razón a que las normas que constituyen el marco legal del impuesto de industria y comercio ICA, contenidas en los artículos 195 al 205 del Decreto 1333 de 1986 Código régimen Municipal, las cuales facultan a los municipios para gravar con el ICA a las actividades que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, no han sido violadas

Que el Municipio de Coello se encuentra facultado por el artículo 338 constitucional para fijar los sujetos activos y pasivos, los hechos, la base gravable y la tarifa de los impuestos y que los artículos 287 y 313 ibídem, facultan a los entes territoriales para administrar sus recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus propósitos, siempre y cuando tal atribución se desarrolle dentro del marco constitucional y legal previsto.

¹ Folios 52 y 53 cuaderno principal

² Folio 94 al 103 cuaderno principal.

Que mediante Acuerdo 019 del 2016 artículo 62 el Municipio de Coello fijó la naturaleza del ICA como un gravamen de carácter general y obligatorio, que el hecho generador es la realización de actividades comerciales y de servicios ejercidas por personas jurídicas directa o indirectamente dentro del municipio en forma permanente u ocasional en inmuebles determinados como establecimiento de comercio o sin ellos y acorde con el artículo 63 ibídem es sujeto pasivo del impuesto la persona natural o jurídica que realice el hecho generador del tributo.

Señala que COMCEL presta el servicio de telefonía celular en el municipio y por ende es sujeto pasivo del ICA, estando obligado a pagar la tarifa como lo establece el numeral 3 del artículo 287 Constitucional, teniendo en cuenta el lugar donde tiene las oficinas para prestar otros servicios de índole comercial pero la base gravable se determina sobre los ingresos obtenidos en cada uno de los municipios y el lugar en que este ubicado el elemento físico de la red de telecomunicaciones del estado al cual accede el usuario con su terminal móvil para originar la llamada, es decir, la antena a través de la cual se realiza la conexión del teléfono móvil a la red.

Indica que acorde al concepto No 19687 del 15 de julio del 2009 del Ministerio de hacienda, el servicio de telefonía celular se presta en el lugar en que se encuentran ubicadas las respectivas antenas y no en el lugar en donde se encuentra el conmutador o switch, posición sostenida por COMCEL que expone que, el servicio de telefonía celular se presta a través de conmutadores por los cuales se ingresa a la red y que el ICA solo se calcula en aquellos sitios en donde se encuentran instalados, explicación que viola el principio de territorialidad del ICA el cual indica que el impuesto solo puede ser cobrado sobre los ingresos obtenidos en su jurisdicción.

Que el Consejo de Estado indicó que la prestación del servicio de telefonía celular se da a través del servicio de las redes que se encuentran en cada municipio para así poder prestar el servicio de comunicación, lo que indica que el tributo debe ser pagado en cada municipio, debe ser por la actividad que se realiza dentro del mismo, por lo tanto y de acuerdo al estatuto tributario municipal el ICA recae sobre las actividades comerciales realizadas dentro del municipio por consiguiente COMCEL se encuentra obligada a presentar la declaración de industria y comercio por realizar actividades gravadas dentro del Municipio de Coello.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

4.1. Parte demandante³.

El apoderado de la parte actora en sus alegaciones finales realizó un recuento histórico del desarrollo del proceso en cada una de sus etapas y luego hizo énfasis en que el servicio de telefonía celular solo se cobra cuando el conmutador o switch conecta a la persona que hace la llamada con quien está dispuesto a recibirla, por lo que concluye que el servicio que da origen al ingreso gravable para el impuesto de industria y comercio solo se causa en el lugar en que la compañía tiene su conmutador o switch.

³ Folio 148 al 174 cuaderno principal

Agrega que la Dirección de apoyo fiscal en el concepto No 237 del 20 de noviembre del 1996, señaló que la telefonía celular se realiza a través de la operación de conmutadores o switches ubicados en el correspondiente municipio, razón por la cual, si el contribuyente no tiene instalados conmutadores o switches en el municipio, no es sujeto pasivo del impuesto en la localidad.

4.2. Parte demandada⁴.

El apoderado del ente territorial insiste que el municipio de Coello se encuentra facultado por la Constitución Política para fijar la base gravable, los hechos generadores del impuesto y los sujetos activos y pasivos del ICA y también en la facultad que le otorga a los municipios el código de régimen municipal en el marco general de la norma en materia del impuesto de industria y comercio que indica que los municipios solo pueden gravar con el citado impuesto a las actividades que se ejerzan o se realicen en las jurisdicciones territoriales .

Que COMCEL se encuentra obligada a presentar la declaración de industria y comercio por los servicios prestados de telefonía celular dentro del municipio de Coello, por ende, es sujeto pasivo del citado impuesto y debe pagar la tarifa como lo expresa el numeral 3 artículo 287 constitucional, por el cual los municipios pueden administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

4.3 Ministerio Público⁵.

Revisado el expediente se evidenció que el Agente del Ministerio Público guardó silencio acorde con la constancia secretarial visible a folio 22 cuaderno principal.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿debe declararse la nulidad de las resoluciones No SHTM – 73200 2016-004 del 14 de junio del 2016 y SHTM – 73200 2016-009 del 14 de junio del 2016 mediante las cuales el Municipio de Coello impuso sanción a COMCEL por no realizar la declaración de industria y comercio para la vigencia fiscal de los años 2011 al 2014 en razón a que las actividades no se realizaron y no presta los servicios dentro de la jurisdicción del ente territorial, o si por el contrario declarar que, los actos administrativos enjuiciados se encuentran ajustados a derecho?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1. Tesis de la parte accionante.

Debe accederse a las pretensiones de la demanda, por cuanto el servicio de telefonía celular solo se cobra cuando el conmutador o switch conecta a la persona que hace la llamada con quien está dispuesto a recibirla, por lo que concluye que el servicio que da origen al ingreso gravable para el impuesto de industria y comercio solo se causa en el lugar en que la compañía tiene su conmutador o switch y que de acuerdo con el concepto expedido por la Dirección de Apoyo Fiscal No 237 del 20 de noviembre del 1996, el cual

⁴ Folio 142 al 147 íbidem.

⁵ Folio 227 cuaderno principal

señaló que la telefonía celular se realiza a través de la operación de conmutadores o switches ubicados en el correspondiente municipio, razón por la cual si el contribuyente no tiene instalados conmutadores o switches en el municipio, no es sujeto pasivo del impuesto en la localidad.

6.2. Tesis de la parte accionada

Deben negarse las pretensiones de la demanda habida cuenta que COMCEL presta el servicio de telefonía celular en el municipio y por ende es sujeto pasivo del ICA, estando obligado a pagar la tarifa como lo establece el numeral 3 del artículo 287 Constitucional, teniendo en cuenta el lugar donde tiene las oficinas para prestar otros servicios de índole comercial pero la base gravable se determina sobre los ingresos obtenidos en cada uno de los municipios y el lugar en que este ubicado el elemento físico de la red de telecomunicaciones del estado al cual accede el usuario con su terminal móvil para originar la llamada, es decir, la antena a través de la cual se realiza la conexión del teléfono móvil a la red y acorde con el concepto No 19687 del 15 de julio del 2009 del Ministerio de Hacienda, el servicio de telefonía celular se presta en el lugar en que se encuentran ubicadas las respectivas antenas y no en el lugar en donde se encuentra el conmutador o switch.

6.3. Tesis del despacho.

Considera el Despacho que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, habida cuenta que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha señalado que los ingresos por llamada completada se generan en el switch o conmutador que las empresas prestadoras del servicio de telefonía celular tienen instalados en lugares estratégicos de la geografía nacional y COMCEL en el Municipio de Coello no tiene ningún switch o conmutador instalado.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la Secretaria de Hacienda y Tesorería del Municipio de Coello notificó a COMCEL los emplazamientos previos No 001,002,003,004 y 005 del 2016	Documental. Copia oficio 550 del 18 de febrero del 2016 (fl 1 al 6 DVD antecedentes administrativos.)
2. La accionada notificó los pliegos de cargos del 201673200001 al 201673200005	Documental. Copia oficio No 1929 del 23 de mayo del 2016 (fl 31 al 72 DVD antecedentes administrativos.)
3. Que COMCEL se opuso a los cargos expuestos	Documental. Copia oficio de fecha 23 de junio del 2016 (fl 73 al 193 DVD)
4. Que la Secretaria de Hacienda y Tesorería del Municipio de Coello impuso sanción a COMCEL por no declarar el impuesto de industria y comercio, estando obligado a ello, por las vigencias fiscales de los años 2010 al 2014 por valor de \$132.689.705 pesos	Documental. Copia resolución sanción No SHTM – 73200 2016-004 del 14 de junio del 2016 (fl 18 – 21 cuaderno principal).
5.COMCEL interpone recurso de reconsideración en contra de la sanción impuesta	Documental. Copia recurso (fl 200 al 216 DVD antecedentes administrativos)
6. El Municipio resolvió el recurso confirmando la sanción y declarando la prescripción de la acción de cobro del año 2010 por valor total de \$109.491.222 pesos	Documental. Copia resolución sanción No SHTM – 73200 2016-009 del 24 de agosto del 2016 del 2016 (fl 23 - 35 cuaderno principal).
7. COMCEL señaló que tiene instalados conmutadores o switches en Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Medellín, Neiva, Pasto, Pereira, San Andrés y Sincelejo	Documental. Libelo de la demanda (fl 52 y 53 cuaderno principal)

8. Marco legal.

La Constitución Política de Colombia respecto de la creación de tributos y la administración de sus recursos, señala:

Artículo 338. *En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.*

Así mismo, respecto a los impuestos y tributos del orden municipal artículo 313 numeral 4 de la Constitución señala:

Artículo 313. *Corresponde a los concejos:*

(...)

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales

Artículo 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*

1. *Gobernarse por autoridades propias.*

2. *Ejercer las competencias que les correspondan.*

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

4. *Participar en las rentas nacionales.*

El decreto 1333 de 1986 definió el impuesto de industria y comercio, su aplicación, a los agentes pasivos, el hecho generador y las tarifas por las actividades desarrolladas, indicando:

Artículo 195.- *El impuesto de industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedad de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.*

Artículo 196.- *El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda Nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: devoluciones -ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones-, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios.*

Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:

Del dos al siete por mil (2-7%) mensual para actividades industriales, y

Del dos al diez por mil (2-10%) mensual para actividades comerciales y de servicios.

Los municipios que tengan adoptados como base del impuesto los ingresos brutos o ventas brutas podrán mantener las tarifas que en la fecha de la promulgación de la Ley 14 de 1983 habían establecido por encima de los límites consagrados en el presente artículo.

Parágrafo 1º.- Las agencias de publicidad, administradoras y corredoras de bienes inmuebles y corredores de seguro, pagarán el impuesto de que trata este artículo sobre el promedio mensual de ingresos brutos entendido como tales el valor de los honorarios, comisiones y demás ingresos propios percibidos para sí.

Parágrafo 2º.- Los distribuidores de derivados del petróleo pagarán el impuesto de que trata el presente artículo sobre el margen bruto fijado por el Gobierno para la comercialización de los combustibles.

Artículo 197.- Para los fines aquí previstos se consideran actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes.

Artículo 198.- Se entiende por actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por este Decreto, como actividades industriales o de servicios

Artículo 199.- Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunicad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades: expendio de bebidas y comidas; servicio de restaurante, cafés, hoteles, casa de huéspedes, moteles, amoblados, transporte y aparcaderos, formas de intermediación comercial, tales como el corretaje, la comisión, los mandatos y la compraventa y administración de inmuebles; servicios de publicidad, interventoría, construcción y urbanización, radio y televisión, clubes sociales, sitios de recreación, salones de belleza, peluquerías, portería, servicios funerarios, talleres de reparaciones eléctricas, mecánicas automoviliarias y afines, lavado, limpieza y teñido, salas de cine y arrendamiento de películas y de todo tipo de reproducciones que contengan audio y video, negocios de montepíos y los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho.

Artículo 200.- El impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915 se liquidará y cobrará a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales.

Artículo 201.- Cuando las entidades a que se refiere el artículo 259, numeral 2, literal d), del presente Decreto realicen actividades industriales o comerciales, serán sujetos del impuesto de industria y comercio en lo relativo a tales actividades.

Artículo 202.- El impuesto de industria y comercio a que se refieren los artículos anteriores, se entenderá sin perjuicio de la vigencia de los impuestos a los espectáculos públicos, incluidas las salas de cine, consagrados y reglados en las disposiciones vigentes.

Artículo 203.- Para efectos de la correcta liquidación y pago del impuesto de industria y comercio, los Concejos Municipales expedirán los acuerdos que garanticen el efectivo control y recaudo del mencionado impuesto.

Artículo 204º.- Los Municipios podrán solicitar a la Dirección General de Impuestos Nacionales, copia de las investigaciones existentes en materia de los impuestos sobre la renta y sobre las ventas, las cuales podrán servir como prueba, en lo pertinente, para la liquidación y cobro del impuesto de industria y comercio.

A su turno, la Dirección General de Impuestos Nacionales podrá solicitar a los Municipios, copia de las investigaciones existentes en materia de impuesto de industria y comercio, las cuales podrán servir como prueba, en lo pertinente, para la liquidación y cobro de los impuestos sobre la renta y sobre las ventas”.

Además, la ley 136 de 1994 en su artículo 32 señaló las atribuciones de los concejos municipales:

“ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes

(..)

6. Establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la ley.”

El Concejo municipal de Coello expidió el Acuerdo No. 019 del 02 de diciembre de 2016 por medio del cual se actualizó el estatuto de rentas del municipio de Coello - Tolima estableciendo el hecho generador y los sujetos pasivos de ICA, señalando:

“ARTÍCULO 8. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ESTRUCTURA DEL TRIBUTO: La obligación tributaria es el vínculo jurídico en virtud del cual la persona natural, jurídico o sociedad de hecho está obligada a pagar al tesoro Municipal una determinada suma de dinero cuando se realiza el hecho generador determinado en la ley.

Los elementos esenciales de la estructura del tributo son: Hecho generador sujetos (activo y pasivo), base gravable y tarifa.

ARTÍCULO 9. HECHO GENERADOR: El hecho generador es aquella condición que da nacimiento a la obligación tributaria, es decir, es el mecanismo del cual se vale la Ley para crear la relación jurídico tributaria con el sujeto pasivo.

ARTÍCULO 10. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS: El sujeto activo, para todos los efectos en los cuales se establezca un impuesto, tasa o contribución es el Municipio de COELLO (TOLIMA) y en cuya cabeza se radica la potestad de liquidación, recaudo, investigación, control y administración del gravamen. El sujeto pasivo es la persona natural o jurídica, la sociedad de hecho, la sucesión líquida o la entidad responsable del cumplimiento de la obligación de cancelar el impuesto, la tasa o la contribución, bien sea en calidad de contribuyente, responsable o perceptor

Son contribuyentes las personas respecto de las cuales se realiza el hecho generador de la obligación tributaria. Son responsables o perceptoras las personas que, sin tener el carácter de contribuyente, por disposición expresa de este Estatuto, deben cumplir las obligaciones atribuidas a éstos.

El sujeto pasivo es la persona o ente obligado jurídicamente a pagar al Municipio el tributo porque realizó el hecho generador. Si en el sujeto pasivo concurre la obligación jurídica de pagar y el efecto económico del tributo, el sujeto se conoce con el nombre de contribuyente.

(...)

ARTÍCULO 62. NATURALEZA, HECHO GENERADOR y CAUSACIÓN: El Impuesto de Industria y Comercio es un gravamen de carácter general y obligatorio, cuyo hecho generador lo constituye la realización de actividades industriales, comerciales y de servicios, incluidas las del sector financiero, que se ejerzan en el Municipio de COELLO (TOLIMA), directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados como establecimientos de comercio o sin ellos. El Impuesto de Industria y Comercio y su complementario de Avisos y Tableros comenzará a causarse desde la fecha de iniciación de las actividades objeto del gravamen.

ARTÍCULO 63. SUJETO PASIVO: Es Sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio y su complementario de Avisos y Tableros, es la persona natural o jurídica o sociedad de hecho, que realice el hecho generador de la obligación tributaria, incluidas las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, departamental y municipal y las empresas prestadoras de servicios.

ARTÍCULO 64. BASE GRAVABLE ORDINARIA: El Impuesto de Industria y Comercio se liquidará por las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, con base en el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior, en el ejercicio de la actividad o actividades gravadas.

PARÁGRAFO: Se entiende por ingresos brutos del contribuyente lo facturado por ventas, las comisiones, los intereses, los honorarios, los pagos por servicios prestados y todo ingreso originado o conexo con la actividad gravada. El promedio mensual resulta de dividir el monto de los ingresos brutos obtenidos en el año inmediatamente anterior por el número de meses en que se desarrolle la actividad, si se realizan actividades exentas o no sujetas se descontarán del total de ingresos brutos relacionados en la declaración. Para tal efecto, deberán demostrar en su declaración el carácter de exentos o amparados por prohibición invocando el acto administrativo que otorgó la exención o la norma a la cual se acojan, según el caso.”

9. De la legalidad de los actos administrativos

Acorde con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, el artículo 91 del CPACA estableció que los actos administrativos en firme son de obligatorio acatamiento mientras no hayan sido declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, no podrán ser ejecutados cuando:

- i) Sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
- ii) Desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
- iii) Al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
- iv) Se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
- v) Pierdan su vigencia.

Así pues, debe distinguirse el acto administrativo que ha perdido su fuerza ejecutoria, de aquel cuya presunción de legalidad ha sido desvirtuada, como quiera que una declaratoria en tal sentido no conlleva la nulidad de los actos, pues, aunque no pueden ser ejecutados, continúan dentro del ordenamiento jurídico hasta tanto sean anulados mediante sentencia judicial.

En ese orden, ha indicado el Consejo de Estado que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico presuntamente vulnerado, sino que solamente da por finalizada la vigencia de la norma en cuestión, de modo que, aún si el acto administrativo ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que lo cobija y que sólo se pierde ante un pronunciamiento anulatorio del juez competente, mas no con su derogatoria⁶.

De modo que aun cuando el acto administrativo demandado haya sido derogado u opere la figura del decaimiento del acto administrativo, ello no impide el juicio de legalidad del mismo, porque la derogatoria sólo opera hacia el futuro y no afecta su validez, de ahí que, incluso sus disposiciones pueden continuar produciendo efectos.

Al respecto, nuestro órgano de cierre también ha precisado⁷:

“Entonces, pese a ocurrir la derogatoria o el decaimiento del acto administrativo enjuiciado, hay lugar a estudiar de fondo el asunto, puesto que: i) pueda que el acto administrativo haya producido efectos y que los mismos aún estén surtiéndose; y ii) la ocurrencia del decaimiento no afecta la presunción de legalidad del acto y su control debe hacerse frente a las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de su expedición.

Visto desde otra óptica, la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez competente, por lo que, la derogatoria, el decaimiento o pérdida de ejecutoriedad no conlleva implícito el juicio de validez de los mismos.” (Negrilla fuera de texto).

En ese orden, se tiene que, en el presente caso, mediante Acuerdo No. 001 del 02 de marzo de 2018, se modificó el Estatuto de Rentas del Municipio del Coello, en cuyo artículo 28 se dispuso:

“VIGENCIA: El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su Aprobación, Sanción y Promulgación, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.”

⁶ Sentencia del 14 de enero de 1991, Exp. S-157, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Alandete.

⁷ Sentencia del 7 de diciembre de 2016, Exp. 11001032500020120057100 (2139-2012), C.P. Sandra Lissett Ibarra Vélez.

En consecuencia, tras la entrada en vigencia del señalado acto, fue derogado el Acuerdo No. 019 del 02 de diciembre de 2016, sin embargo, la derogatoria del Acuerdo en su integridad sólo tiene efectos hacia el futuro, sin que se haya afectado su validez al momento de producirse las posibles violaciones por no declarar el impuesto de industria y comercio por parte de COMCEL.

10. Caso concreto

El Concejo Municipal de Coello profirió el Acuerdo No. 019 del 02 de diciembre de 2016, por el cual se actualizó el Estatuto de Rentas del Municipio, con el objeto de definir los impuestos, tasas y contribuciones municipales, así como la administración, determinación, discusión, control, fijación de procedimientos de recaudo y la regulación del régimen sancionatorio respectivo.

De manera que, el mencionado Acuerdo contempló en su Capítulo II dentro de los Ingresos Tributarios Indirectos, el Impuesto de Industria y Comercio (Capítulo I), estableciendo la naturaleza, hecho generador y causación.

Como sujeto pasivo del mencionado impuesto, dispuso que correspondería a la persona natural, o jurídica, o sociedad de hecho, que realizara el hecho generador de la obligación tributaria, incluidas las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, departamental y municipal, y las empresas prestadoras de servicios.

Así mismo, estableció como base gravable ordinaria, que el aludido impuesto se liquidaría con fundamento en el promedio mensual de los ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior, en el ejercicio de la (s) actividad (es) gravada (s), entendiéndose por ingresos brutos del contribuyente, lo facturado por ventas, comisiones, intereses, honorarios, pagos por servicios prestados y todo ingreso originados o conexo con la actividad gravada, precisando que, el promedio mensual resultaba de dividir el monto de los ingresos brutos obtenidos en el año inmediatamente anterior por el número de meses en que se desarrollara la actividad y, si se realizaran actividades exentas o no sujetas, se descontarían del total de ingresos brutos relacionados en la declaración, previa acreditación de dicho carácter en debida forma.

Como quiera que lo pretendido por la parte actora es la declaratoria de nulidad de las resoluciones expedidas por la administración municipal mediante las cuales se le impuso una sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por la prestación del servicio de telefonía celular en el municipio de Coello, se procederá a determinar si dichas disposiciones, como se alega en la demanda, contraría los preceptos legales en las cuales debía fundarse, decreto 1333 de 1986 y artículo 287 Superior.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 287 numeral 3º de la Constitución Política, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley y, en tal virtud, tienen entre otros derechos, el de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

En consonancia con lo anterior, el artículo 313 numeral 4º *ibídem*, establece en cabeza de los Concejos Municipales, entre otras competencias, la de votar de conformidad con la Constitución y la ley, los tributos y los gastos locales.

En ese contexto se advierte que, el texto constitucional dispuso que al igual que el Congreso y las asambleas departamentales, los concejos distritales y municipales serían los autorizados para imponer contribuciones fiscales o parafiscales dentro de su jurisdicción, de suerte que, son en exclusiva la ley, las ordenanzas y los acuerdos, los actos a través de los cuales se deben fijar los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

Es por ello que la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, determinó en su artículo 32 numeral 6º que, además de las funciones que se señalan en la Constitución y la Ley, son atribuciones de los concejos, entre otras, la de establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la Ley.

Como es bien sabido, dado que en nuestro país rige un sistema político unitario, descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales, en materia tributaria en principio, es el Congreso quien tiene la facultad de crear impuestos, empero se reconoció a las entidades territoriales, a través de sus asambleas y concejos, cierto grado de autonomía en virtud de la cual estas pueden adoptar impuestos, con sujeción a la ley que ha creado y definido los elementos del tributo, sin que puedan ser modificados, excepto cuando la misma ley lo permita o autorice de manera expresa.

Específicamente, en lo atinente al impuesto de industria y comercio, el **Decreto Ley 1333 de 1986**, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal, determinó en su **artículo 195** los sujetos pasivos del impuesto y en el **artículo 196** la base impositiva para la cuantificación del mismo al señalar:

“El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda Nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: devoluciones -ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones-, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios.

Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites: del dos al siete por mil (2-7%) mensual para actividades industriales, y del dos al diez por mil (2-10%) mensual para actividades comerciales y de servicios.”

Además, en el artículo 198 definió lo que para la ley es una actividad comercial:

“Artículo 198.- Se entiende por actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por este Decreto, como actividades industriales o de servicios”

Así entonces, se tiene que como elementos determinantes para la imposición de la tarifa del impuesto de industria y comercio el Decreto Ley 1333 de 1986 que estableció los parámetros para fijar el valor a pagar por los contribuyentes, en razón a dicha carga tributaria, disposición legal a la que claramente se encontraba sujeto el Concejo Municipal de Coello al expedir el Acuerdo No. 019 del 02 de diciembre de 2016, por cuanto se encontraba vigente desde la fecha de su publicación, esto es, el 25 de abril de 1986.

En el presente litigio la accionante pretende se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Municipio de Coello mediante los cuales le impuso sanción por considerar que es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por los ingresos obtenidos por COMCEL en el municipio por la prestación del servicio de telefonía celular durante las vigencias fiscales correspondiente a los años 2011, 2012, 2013 y 2014

Revisado el expediente se avizora que el representante de COMCEL certificó que la empresa no ha tenido, ni tiene instalados switches o conmutadores en el municipio de Coello y por lo tanto no ha generado ni tiene registro de ingresos por prestación de servicios de telefonía móvil en ese municipio⁸.

El perito ingeniero electrónico y de comunicaciones señor Fernando Vélez Parra en su dictamen⁹ señaló que:

“la estructura de un sistema celular está diseñado para que una estación móvil o teléfono celular, establezca comunicación con una estación base ubicada en las torres celulares y lo haga con cuya recepción sea la mejor y a veces coincide con la más cercana. Las antenas se colocan en sitios estratégicos en el contexto geográfico y en puntos altos para dar mayor cobertura y el operador de telefonía dispone de un conjunto de antenas dando cubrimiento a una zona determinada, conformando una célula o celda, que se agrupan entre sí, formando una red celular”.

Para llevar a cabo una llamada existen dos tipos de información: i) Señalización que transporta la información de control necesaria para establecer y liberar una conexión y ii) Usuario transporta la información de la voz propiamente dicha una vez se haya establecido la conexión.

En todo sistema celular tiene que existir el switch que es el encargado de el encaminamiento de una llamada de un suscriptor móvil a una red de telefonía fija o a otro suscriptor de la misma red celular. El switch para el proceso de llamada es un dispositivo centralizado que maneja la información de la señalización para cada llamada y puede considerarse el cerebro en el establecimiento de una llamada y dispuesto en una amplia zona geográfica puede atender determinada cantidad de usuarios, según la cantidad de abonados en una red celular.

En el switch existe una unidad lógica o software encargada de la facturación a través del centro de facturación billing center o BC que traduce el cobro cuando una llamada ha sido exitosa se genera el cobro dependiendo del plan, recolecta los datos de tasación de las entidades de la red celular y la aplica a las cuentas de los usuarios cuando la llamada termina envía la información de la llamada al centro de facturación y cuando la llamada no es exitosa no se genera ningún tipo de cobro.

En la sustentación del dictamen pericial en desarrollo de la audiencia de pruebas el 20 de septiembre del 2018 el señor perito señaló:

“Cuando un suscriptor marca un número en su teléfono celular para hacer una llamada, en el esquema de red interconexión de dispositivos, el abonado se asocia a través de las antenas articuladas por la red celular para que censan la presencia del abonado y sin esas antenas el servicio de telefonía de ninguna empresa podría funcionar y son las que determinan la presencia de un operador de telefonía celular en un sector geográfico.

A la pregunta del apoderado de la parte accionante, respondió:

“Los switch o sistemas de conmutación están instalados en forma estratégica en pocos lugares de Colombia determinados por las condiciones de prestación del servicio y agrega que una llamada sin la intervención del switch no funciona.

Reitera que el cobro se realiza en una unidad lógica encargada del registro en el switch, de la tarificación y del posterior cobro o factura, basados en los convenios con el Estado sobre el valor del minuto al aire. Quien inicia la llamada es a quien se tarifica y va al billing center que es la parte en donde se genera o estructura la tasación y tarificación de los eventos en las redes celulares.”

A la pregunta del apoderado de la accionada, respondió:

⁸ Fl. 2 cuaderno pruebas parte demandada

⁹ Folio 3 al 9 cuaderno dictamen pericial

“El servicio se presta por la disposición de antenas desplegadas en todo el territorio que captan la presencia del abonado usuario en donde se encuentre ubicado y el switch estratégicamente ubicado lo hace es tomar esa información, la procesa y le da paso a través del billing center a la tarificación.”

A la pregunta del agente del Ministerio público, respondió:

“En un sistema celular es necesario estar dentro del límite de cobertura del sistema y donde hay antenas de cualquier operador uno puede tener servicio, si hay un solo operador tengo servicio de ese solo operador pero si hay varios operadores tengo servicio de todos los operadores que estén presentes por ser una obligación gubernamental y también constitucional de darle sentido y presencia y ubicuidad a las comunicaciones y en el País hay un plan que en todo el país no solamente haya presencia de operadores gubernamentales sino operadores privados.”

Del análisis de caudal probatorio se tiene que el servicio de telefonía celular se presta a través de antenas instaladas en el territorio nacional, generalmente en los sitios más altos de la geografía con el objeto de obtener mayor cobertura y la llamada de un usuario es canalizada a través de conmutadores o switches instalados estratégicamente dentro de la geografía nacional hasta el usuario receptor.

Al respecto la representante legal suplente de COMCEL en respuesta a la solicitud del despacho señala que la telefonía celular es un servicio público de comunicaciones no domiciliario que utiliza el espectro radioeléctrico el cual no puede ser asignado geográficamente a ningún municipio y que cuando un abonado efectúa una llamada en cualquier parte del territorio nacional a un usuario independientemente de su ubicación, la antena correspondiente a una estación base, lleva la señal desde el centro de conmutación hasta el abonado receptor¹⁰.

El perito ingeniero en la sustentación del dictamen pericial, señaló:

“Los switch o sistemas de conmutación están instalados en forma estratégica en pocos lugares de Colombia determinados por las condiciones de prestación del servicio y agregan que una llamada sin la intervención del switch no funciona.

Reitera que el cobro se realiza en una unidad lógica encargada del registro en el switch, de la tarificación y del posterior cobro o factura, basados en los convenios con el Estado sobre el valor del minuto al aire. Quien inicia la llamada es a quien se tarifica y va al billing center que es la parte en donde se genera o estructura la tasación y tarificación de los eventos en las redes celulares.

En el switch existe una unidad lógica o software encargada de la facturación a través del centro de facturación billing center o BC que traduce el cobro cuando una llamada ha sido exitosa se genera el cobro dependiendo del plan, recolecta los datos de tasación de las entidades de la red celular y la aplica a las cuentas de los usuarios cuando la llamada termina envía la información de la llamada al centro de facturación y cuando la llamada no es exitosa no se genera ningún tipo de cobro”

El Consejo de Estado sección cuarta en la sentencia 22091 del 30 de agosto del 2016, señaló¹¹:

“Tratándose de un servicio, se entenderá prestado “en el momento en que se encuentre satisfecha la necesidad, o en otras palabras que el destinatario del servicio recibió la prestación reclamada al prestador.es decir que en este tipo de actividades se entiende debidamente prestado cuando el usuario o cliente logre la efectiva comunicación con el receptor de la llamada, pues, solo cuando la llamada sea completada, esto es, contestada efectivamente, se genera una verdadera comunicación, que es el elemento sine qua non del servicio.”

¹⁰ Fl 13 y 14 íbidem cuaderno pruebas parte demandada.

¹¹ Consejo de Estado Sección 4ª. C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, Rad.54001 23 31 000 2011 00282 01 (22091). COMCEL Vs Municipio de Ocaña

(...)

1. El servicio de telefonía móvil celular tiene como fin satisfacer las necesidades de comunicación entre usuarios móviles y entre éstos y los usuarios de telefonía fija.

2. La comunicación se entiende satisfecha cuando la llamada se conecta o conmuta entre el abonado A (llamante) y al abonado B (llamado).

3. El sistema de la red de telefonía móvil celular encargado de la conmutación de las llamadas es el MSC (Mobile Switching Center), llamado también "switch", centro de conmutación o conmutador.

4. Las antenas son dispositivos de red denominados **BTS** (Base Transceiver Station) que sirven de nexo entre el teléfono móvil celular y el MSC (Mobile Switching Center). El teléfono móvil se conecta con la BTS que le brinde una mejor señal, que tenga canales de tráfico disponibles, por lo general, la que está más próxima al suscriptor, aunque, por efectos de propagación o de tráfico, puede ser una BTS que esté más distante.

(...)

5. La llamada solo se cobra por efecto de la conexión o conmutación de la llamada en el lugar donde está el conmutador o 'switch'.

6. El MSC (Mobile Switching Center) está encargado, además, del proceso de tasación de la llamada, esto es, se encarga de medir el tiempo de duración de la llamada.

7. La tasación de la llamada empieza a partir del momento en que la llamada sea completada.

(...)

Lo anterior permite concluir que la comunicación entre usuarios se entiende satisfecha cuando se conmuta la llamada entre el llamante y el llamado, esto es, cuando se establece la conexión, la cual la efectúa el conmutador, que a su vez es el que realiza la tasación del servicio, por lo que **el servicio de telefonía móvil celular se entiende prestado en el lugar en el que está instalado el MSC (Mobile Switching Center)**, denominado también switch, centro de conmutación o conmutador."

(...)

De otra parte, cabe destacar que la conexión o llamada completada es la que da origen al ingreso bruto que obtiene el operador por la prestación del servicio, rubro que hace parte de la cuantificación del tributo.

Por lo anterior, la Sala concluye que COMCEL no era sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio en el municipio de Ocaña, por los periodos 2006 al 2009, toda vez que en esa jurisdicción, no estaba instalado el MSC (Mobile Switching Center), por ende, no prestó el servicio de telefonía móvil celular, que se repite se entiende prestado en el lugar que se hace la conexión entre el usuario que llama y el llamado"

Así mismo, en jurisprudencia posterior el Consejo de Estado en sentencia del 28 de septiembre del 2016, indicó¹²

"A partir de la definición legal, la Sala precisó que la telefonía móvil celular¹²² es un servicio no domiciliario de telecomunicaciones, que se presta en todo el territorio nacional para satisfacer la necesidad de comunicación de los usuarios de ese servicio en el lugar en que se encuentren, mediante la utilización del espacio radioeléctrico.

- Con fundamento en un concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹³ y en la respuesta a un cuestionario dada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y de la Comunicaciones, explicó el funcionamiento del servicio de telefonía móvil, así: el usuario, al realizar una llamada a través de su dispositivo móvil, se conecta con el dispositivo de red (BTS¹⁴) más cercano, el cual, mediante un (BSC¹⁵), envía la información a un conmutador o <<switch>> (MSC¹⁶), que ubica al

¹² Consejo De Estado Sección 4ª C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Rad.: 080012331000200601554 01 (21733) Demandante: Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. Demandado: Municipio de Tubará.

¹³ Concepto 00237 del 20 de noviembre de 1996 de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

¹⁴ Base Transceiver Station, conformada, entre otros, por el dispositivo radiante o <<antena>>.

¹⁵ Base Station Controller, que es <<un elemento de red que se encarga de controlar las BTSs de una misma área geográfica.

¹⁶ Mobile Switching Center.

destinatario y le envía la información de la llamada; si éste la recibe, el conmutador conecta la llamada entre el usuario y el receptor y se establece la comunicación (llamada completada) pero, si por lo contrario no la recibe, se considera frustrada la operación, no se entiende prestado el servicio y no se generan ingresos para la empresa prestadora del servicio.

- Indicó que el conmutador o <<switch>> (MSC), también se encarga del proceso de tasación de la llamada, esto es, de medir su duración, que se empieza a contar desde el momento en que la llamada sea completada; que además, la llamada completada da origen al ingreso bruto que obtiene el operador por la prestación del servicio, y que forma parte de la base de cuantificación del tributo.
- Concluyó que << la comunicación entre usuarios se entiende satisfecha cuando se conmuta la llamada entre el llamante y el llamado, esto es, cuando se establece la conexión, la cual la efectúa el conmutador, que a su vez es el que realiza la tasación del servicio, por lo que el servicio de telefonía móvil celular se entiende prestado en el lugar en el que está instalado el MSC (Mobile Switching Center), denominado también switch, centro de conmutación o conmutador>>. (Subraya original)

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala observa que en el dictamen pericial¹⁷ practicado en la primera instancia, se estableció que la sociedad actora tiene instaladas en el perímetro urbano y rural de la jurisdicción del municipio demandado 5 estaciones bases (BTS) con sus respectivas antenas¹⁸.

No obstante, en la complementación de la prueba pericial adelantada¹⁹, al preguntarse al experto si <<en el municipio de Tubará departamento del Atlántico COMCEL S.A. tiene un conmutador o switch>>, se remitió a la respuesta aportada por el Gerente de la Central de Telefonía Móvil de COMCEL S.A., en la que informó que en la central de telefonía móvil de <<LA CUMBRE>> localizada en la carrera 42F N° 90-167 del Distrito de Barranquilla, estaba instalado el conmutador o <<switch>, en el que <<se interconectan los teléfonos móvil y fijos de cualquier operador mencionado con anterioridad, existiendo un tráfico casi permanente entre los operadores de Telefonía Fija y Móvil que se encuentran funcionando en el MUNICIPIO DE TUBARÁ>>.

Por lo anterior, es claro para la Sala que la sociedad demandante no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio en la jurisdicción del municipio de Tubará, porque no tiene instalados conmutadores o <<switch>, que, como se dijo, determinan el lugar en que entiende prestado el servicio de telefonía móvil celular y el lugar de obtención del ingreso gravado. Por lo mismo, no estaba obligado a los deberes sustanciales y formales de declarar y pagar el tributo.”

Es claro que para que se pueda establecer comunicación entre 2 abonados con equipos móviles o entre un abonado fijo y un abonado celular o viceversa, es necesaria la existencia de antenas que intervienen en el proceso direccionando la señal entre el emisor y el receptor, sin embargo, la efectividad, tasación y tarifa de la llamada se concentran en el switch o conmutador.

Acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado se tiene que sin importar el número o cantidad de antenas instaladas en un municipio, ese simple hecho no hace que el operador de telefonía celular o prestador de dicho servicio sea sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio en ese municipio, puesto que los ingresos por la prestación de servicios se generan en el lugar estratégico del territorio en donde se encuentre instalado el MSC (Mobile Switching Center), denominado también switch, centro de conmutación o conmutador y es ese municipio el autorizado por la ley para el cobro del ICA y ningún otro.

En el presente expediente se tiene que el representante legal de COMCEL certificó que la empresa no ha tenido, ni tiene instalados switches o conmutadores en el municipio de Coello y por lo tanto no ha generado ni tiene registro de ingresos por prestación de servicios de telefonía móvil en ese municipio.

¹⁷ Folios 115 a 23 del c.d.

¹⁸ Barrio El Llano, Kilómetro 76 Autopista al Mar, Urbanización El Santuario, Barrio las Palmeras y Plaza de las Madres.

¹⁹ Folios 241 a 246 del c.d.

En concordancia con lo anterior existe en el expediente anexo al oficio No 3140 del 7 de noviembre del 2018 memorial emitido por el Secretario de Planeación e infraestructura del municipio de Coello en el cual certificó que, en el periodo correspondiente al 1 de enero del 2011 al 31 de diciembre del 2014, en el municipio haya existido un conmutador o switch de la empresa COMCEL²⁰

Por las razones expuestas, es claro que, en el litigio bajo estudio, la empresa COMCEL no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio en el Municipio de Coello y como consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad de los actos administrativos demandados.

En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se declarará que la Compañía Comunicación Celular S.A. COMCEL no está obligada a pagar suma alguna por concepto del impuesto de industria y comercio, en relación con los períodos referidos en los actos administrativos demandados y, en caso de haber sufragado los dineros cobrados por este concepto, la entidad demandada deberá hacer devolución de los mismos, debidamente indexados, de conformidad con la fórmula que para el efecto ha señalado la jurisprudencia, así:

$$R= Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo cancelado por la empresa demandante por concepto de impuesto de alumbrado público, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia), por el índice inicial (vigente para la época en que se pagaron las sumas adeudadas).

11. Recapitulación

En orden a lo antes expuesto, se declarará la nulidad de la resolución No **SHTM – 73200 2016-004 del 14 de junio del 2016** expedida por la Secretaria de Hacienda y Tesorería Municipio de Coello mediante la cual se impuso sanción a la empresa Comunicación Celular S.A. COMCEL por no declarar el impuesto de industria y comercio para las vigencias fiscales comprendidas entre el año 2011 al año 2014 y la resolución No **SHTM – 73200 2016-009 del 24 de agosto del 2016** expedida por la Secretaria de Hacienda y Tesorería Municipio de Coello, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración, al ser expedidas con falsa motivación y con violación a las normas en que debían fundarse, en virtud a que COMCEL no era sujeto pasivo del citado impuesto, dado que no se presentaba el hecho generador del mismo en el territorio del municipio de Coello.

12. Condena en costas.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado

²⁰ Folios 2 al 4 cuaderno pruebas parte demandante.

normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte demandada en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la resolución No **SHTM – 73200 2016-004 del 14 de junio del 2016** expedida por la Secretaria de Hacienda y Tesorería Municipio de Coello mediante la cual se impuso sanción a la empresa Comunicación Celular S.A. COMCEL por no declarar el impuesto de industria y comercio para las vigencias fiscales comprendidas entre el año 2011 y el año 2014 y de la resolución No **SHTM – 73200 2016-009 del 24 de agosto del 2016 del 2016** expedida por la Secretaria de Hacienda y Tesorería Municipio de Coello, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración, en concordancia con la parte motiva.

SEGUNDO: Acorde con la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **declarar** que Comunicación Celular S.A. COMCEL, no está obligada a pagar suma alguna por concepto del impuesto de industria y comercio, en relación con los períodos referidos en los actos administrativos anulados y, en caso de haber sufragado los dineros cobrados por este concepto, el municipio de Coello-Tolima deberá hacer devolución de los mismos, debidamente indexados, desde el momento en que fueron cancelados hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

CUARTO: CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija la suma de a cargo de la parte demandada en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%), de las pretensiones como agencias en derecho.

QUINTO. Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO. Expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

SÉPTIMO. Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

OCTAVO. En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez

Firmado Por:

LUIS MANUEL GUZMAN
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 10 ADMINISTRATIVO IBAGUE

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:

d05308c6cd9612b2bb54031fb79047bc0c59d48506cea433f1a7103204e8c86d

Documento generado en 13/10/2020 10:17:10 a.m.