

CADUCIDAD DE LA ACCION - En el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses / PRESCRIPCION CIVIL - La prevista en el artículo 90 del C.P.P., no es aplicable en materia contenciosa administrativa / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - El no cuantificarla no configura ineptitud de la demanda

La Sala comparte los argumentos del tribunal a quo, toda vez que el demandado confunde la caducidad de la acción con la prescripción. En efecto, la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está consagrada en el artículo 136 del C.C.A., el cual se señala un término de 4 meses a partir de la notificación, del acto administrativo. En este caso, la parte demandante instauró la presente acción dentro del término legal, pues la resolución que agotó la vía gubernativa fue notificada el día 6 de diciembre de 2000 y la demanda se presentó el 14 de diciembre de 2000. Adicionalmente, la prescripción a que hace referencia el artículo 90 del C.P.C., citado por el demandante, no es aplicable en materia contenciosa administrativa. Argumentó que hay inepta demanda por no haberse fundamentado la pretensión relativa a que se condene al municipio a indemnizar por los supuestos perjuicios causados a la actora. Tampoco tiene vocación de prosperidad la excepción propuesta por encontrarse cumplidos los requisitos previstos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de que no haya cuantificado el valor de la indemnización de perjuicios solicitada, pues esta omisión, podría afectar es la prosperidad de la pretensión.

EXCEPCIONES EN COBRO COACTIVO – Procede la de haber interpuesto la acción de nulidad y restablecimiento / RESOLUCION QUE NIEGA EXCEPCIONES - Es susceptible de demandarse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho

En el sublite, la parte demandante instauró la acción de nulidad contra los actos administrativos mediante los cuales la administración de Pueblo Viejo, liquidó de aforo el impuesto de industria y Comercio, por las vigencias de 1994 a 2000, para cuestionar su legalidad. Por su parte, el municipio demandado, sin esperar a que los actos administrativos adquirieran firmeza y constituyeran título ejecutivo, inició el proceso de cobro coactivo. Ante esta situación, los demandantes propusieron en términos del artículo 831 del Estatuto Tributario, la excepción de existencia de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, actuación que estuvo ajustada a la Ley. Es del caso precisar, que respecto al proceso de cobro coactivo, es posible demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la resolución que niega las excepciones, acción que es otra, diferente a la que controvierte la legalidad de los actos administrativos que imponen una obligación de pagar una suma de dinero. En el asunto que estudia la Sala, se controvierte la legalidad de los actos administrativos que impusieron la obligación de pagar una suma de dinero, correspondiente al impuesto de industria y comercio, por los años 1994 a 2000, aclarando que no se trata de las resoluciones que niegan las excepciones en el proceso de cobro coactivo. En consecuencia, no se configuró la Cosa Juzgada alegada por el demandado.

SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Lo son las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho / HECHO GENERADOR EN INDUSTRIA Y COMERCIO - Es el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios en la jurisdicción municipal / CONSORCIOS – Como contratos de colaboración no son sujetos de industria y comercio / CONSORCIADOS - Son sujetos pasivos de industria y comercio sobre los ingresos que a cada uno le corresponda

En primer término precisa la Sala que de conformidad con la Ley 14 de 1983, El impuesto de industria y comercio recaerá, 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. Se tiene entonces, que los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio son las personas naturales, jurídicas o las sociedades de hecho que realicen el hecho generador de la obligación tributaria, consistente en el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios en la jurisdicción Municipal. Ahora bien, los consorcios son especies de contratos de colaboración empresarial que no gozan de personería jurídica ni se asimilan a sociedades de hecho, por lo cual no cumplen los requisitos para ser sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio. En consecuencia, los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, seguirán siendo los miembros del consorcio, es decir, las firmas o personas que lo integran, quienes deben cumplir con sus obligaciones fiscales en forma individual, sobre los ingresos que a cada uno de los consorciados corresponda. En el caso objeto de estudio, las personas jurídicas y naturales que conforman el Consorcio Concesión Ciénaga Barranquilla, Mapeco S.A., Álvarez y Collins S.A., Valorcon S.A., Edgardo Navarro Vives y Julio Gerlein Echeverría constituirían los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, condicionado a la realización de una actividad sujeta al impuesto y sobre los ingresos que obtengan.

CASETAS DE PEAJE - No pueden ser gravadas como actividad de servicios en el ICA / SERVICIOS DE PEAJES - Es inaplicable la norma que los grava con Industria y Comercio / ACTIVIDAD DE EXPLOTACION DE CARRETERAS POR CONCESION - Atendiendo al principio de legalidad no debe estar gravada con Industria y Comercio / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA - Es ilegal que un Decreto de Alcalde señale como gravadas con ICA actividades que no los son / PEAJES - Los ingresos obtenidos en carreteras no están sometidos a Industria y Comercio / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Pueblo Viejo (Magdalena)

De otra parte, tampoco puede considerarse como actividad de servicios, el hecho de existir dentro de su jurisdicción 2 casetas de peaje que es en últimas lo que la Administración pretende gravar y que precisa se encuentran gravadas en el Estatuto de Rentas Municipal. Al respecto cabe precisar que la facultad impositiva municipal es derivada de la ley, por lo cual, el municipio no puede gravar actividades que no estén consideradas en ella, concretamente en la Ley 14 de 1983 compilada en el Régimen Político Municipal, pues se halla precedida de la reserva de ley que consagra el artículo 150 numeral 12 de la C.P., según el cual el Congreso es quien debe autorizar la creación de los tributos. Por esta razón, a los concejos municipales, de conformidad con el artículo 313 numeral 4 de la C.P., les corresponde "votar de conformidad con la constitución y la ley los tributos y los gastos locales" En efecto, como lo manifestó la Procuraduría Sexta al rendir su concepto, las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 7 del Decreto 176 de 1997, expedido por el alcalde de Pueblo Viejo, que modifican los artículos 70 y 72 del Estatuto de Rentas del Municipio, (Acuerdo 038 de 1994) según los cuales aparecen como gravadas las actividades de "explotación de carreteras por concesión", y el "servicio de peajes", no se ajustan a lo dispuesto por la Ley 14 de 1983, por lo que en virtud del principio de legalidad que consagra el artículo 338 de la Constitución, no pueden ser aplicadas en el presente caso, y por tanto, la demandante no es sujeto pasivo del citado impuesto en dicho municipio. De otro lado, se precisa que las casetas de cobro de peaje no pueden ser consideradas como sujetos del impuesto de industria y comercio, pues su función es recaudar el valor correspondiente a las tasas para la financiación de la obra. A manera de ilustración, precisa la Sala que Ley 508 de 1999, por medio

de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002, en su artículo 66 dispuso que los ingresos por concepto de peajes en las carreteras no están sometidos al impuesto de industria y comercio y que el impuesto de industria y comercio se causará sobre los ingresos que reciban los contratistas por concepto de las obras que adelantan en el respectivo municipio. Según la disposición en comento, los ingresos que por peajes haya percibido la entidad que lo administra en fiducia y que posteriormente entrega al concesionario, o que éste haya recibido directamente, no estaban sujetos al impuesto de industria y comercio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE

Bogotá, D.C., febrero veintidós (22) de dos mil siete (2007)

Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00954-01(14445)

Actor: MAQUINARIA INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A., MAPECO ALVAREZ Y COLLINS S.A. Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE PUEBLO VIEJO

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 31 de julio de 2003 del Tribunal Administrativo del Magdalena, estimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos de liquidación del impuesto de industria y comercio de los años 1994 a 2000.

ANTECEDENTES

Mediante Resolución 206 de 8 de agosto de 2000, el Tesorero Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena), liquidó a cargo del CONSORCIO CASTRO TCHERASSI LTDA., propietario de la concesión vía Ciénaga-Barranquilla, el impuesto de industria y comercio correspondiente a los años 1994 a 1999, por \$672.774.945, más los intereses de mora desde el momento en que se hicieron exigibles los pagos, para un total de \$1.009.162.417.

Con la Resolución 269 de 3 de octubre de 2000 el Tesorero Municipal decidió el recurso de reposición contra la anterior resolución y la modificó, para fijar el impuesto de industria y comercio por los años 1994 a 1999 en \$292.982.637, más los intereses moratorios, y precisó que el sujeto pasivo o responsable del mismo es el CONSORCIO CONCESIÓN CIÉNAGA-BARRANQUILLA, integrado por las sociedades Castro Tcherassi S.A., Equipos Universal S.A. y Gercon S.A. J. Gerlein.

Mediante Resolución 280 de 5 de diciembre de 2000 el Alcalde Municipal de Pueblo Viejo decidió el recurso de apelación, y modificó las anteriores resoluciones para liquidar el impuesto de industria y comercio por los años 1994 hasta agosto de 2000, en la suma de \$76.847.295, más los intereses de mora causados.

DEMANDA

Las sociedades Maquinaria Ingeniería y Construcciones S.A., Mapeco; Álvarez y Collins S.A.; Valores y Contratos S.A. y, las personas naturales Edgardo Navarro Vives y Julio Gerlein Echeverría, invocando su calidad de miembros del CONSORCIO CONCESIÓN CIÉNAGA-BARRANQUILLA, solicitaron ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, la nulidad de las citadas resoluciones.

A título de restablecimiento del derecho pidieron declarar que no son responsables del impuesto de industria y comercio “con motivo de la actividad que realizan de rehabilitación y mantenimiento de la carretera Barranquilla-Ciénaga, en virtud del contrato de concesión N° 044 de 1993, suscrito con el Departamento del Magdalena”; que se condene al municipio a indemnizarlos por los perjuicios causados y se les reconozca daño emergente y lucro cesante; más la actualización monetaria de tales perjuicios; y los intereses a que haya lugar.

Como fundamento de las pretensiones, expuso:

Conforme lo previsto en el artículo 12 de la Ley 105 de 1993, la vía que une las ciudades de Barranquilla y Ciénaga es de propiedad de la Nación, tal como se reconoce en el Convenio 640 de 1992 suscrito entre el Fondo Vial Nacional y el Departamento del Magdalena, en virtud del cual no se transfiere la propiedad de la carretera al Departamento, sino los peajes respectivos, a cambio de que éste se encargue de la rehabilitación y mantenimiento de la vía, por intermedio de un particular, mediante contrato de concesión (art. 30 ib.).

La contraprestación que recibe el consorcio por la rehabilitación y mantenimiento de la carretera de Barranquilla-Ciénaga, en virtud del contrato de concesión, corresponde a dos peajes existentes en la vía, los cuales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1372 de 1992 no están sometidos al impuesto sobre las ventas y según el concepto de la DIAN 4654 de 18 de agosto de 1999, tienen la naturaleza de ingresos tributarios.

Se concluye que los recaudos por peajes no pueden ser considerados “ingresos brutos de una actividad económica”, porque son tributos del Estado, obtenidos indirectamente, a través del sistema de concesión, por lo que en los términos del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, no están gravados con el impuesto de industria y comercio, como se dispone en los actos acusados.

La actuación acusada incurre en violación al debido proceso, dado que en la Resolución 206 de 2000, se liquidó un impuesto de industria y comercio por los años 1994 a 1999, por \$1.009.162.417, suma que fue modificada en la resolución que decidió el recurso de reposición, que la redujo a \$292.982.637, y posteriormente, con el recurso de apelación se fijó en \$450.592.087 y se extendió hasta el año 2000, sin que exista ninguna explicación acerca de tales modificaciones ni se indique cuál es el origen de la base gravable sobre la cual se liquidó el impuesto.

OPOSICIÓN

La demandada al contestar la demanda propuso las siguientes excepciones:

Inepta demanda, por no haberse fundamentado la pretensión relativa a que se condene al municipio a indemnizar por los supuestos perjuicios causados a la actora;

Cosa juzgada, porque entre las mismas partes se ventiló un proceso de jurisdicción coactiva, para el cobro del impuesto contenido en las resoluciones impugnadas, que culminó, sin que la actora hubiera propuesto excepciones;

Caducidad de la acción “porque el auto admisorio de la demanda aparece notificado a los demandantes por estado de fecha 23 de enero de 2001, quedando ejecutoriado tres días después. A partir de esa fecha, 26 de enero de 2001 contados los 120 días de que trata el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, y constatados que transcurrieron hasta la fecha de notificación personal al representante legal del municipio de Pueblo Viejo, muchísimos más de 120 días por lo que se dio la figura de la prescripción”.

Acerca de la imposición del impuesto de industria y comercio, advirtió que cuando una actividad de servicio público estatal se privatiza, se genera una actividad de comercio, pues el particular no hace inversiones sin que éstas le produzcan una rentabilidad. Por ello, lo que el Municipio quiso gravar fue la existencia de una caseta de peajes dentro de su jurisdicción, actividad que se encuentra discriminada en el artículo 31 del Acuerdo Municipal 007 de 1997, como una actividad de servicio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró la nulidad de los actos acusados y condenó a la demandada a reintegrar, debidamente indexadas, las sumas que hubiere pagado la demandante por concepto del impuesto de industria y comercio determinado en los actos que se anulan.

En cuanto a las excepciones propuestas expresó:

Incorre el municipio en grave error, al confundir la caducidad con la prescripción, pues la primera se interrumpe con la simple presentación de la demanda y está consagrada en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; mientras que en la segunda sólo es posible la interrupción con la notificación del auto admisorio de la demanda, institución regulada por el Código de Procedimiento Civil (art. 90), que no rige para las acciones contenciosas.

La excepción de inepta demanda, no tiene vocación de prosperidad, por encontrarse cumplidos los requisitos previstos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de que la accionante no haya cuantificado el valor de la indemnización de perjuicios solicitada.

Tampoco prospera la excepción de cosa juzgada, dado que los actos acusados en el presente proceso no son los mismos que supuestamente se profirieron en el procedimiento administrativo de cobro coactivo.

Acerca de la cuestión de fondo expuso:

La demandante ha sostenido que no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio, una actividad que se desarrolla en predios de otro municipio o de la Nación y que se vulnera el debido proceso, por no ser la actividad de peajes un servicio.

Al expediente se allegaron copias informales del convenio interadministrativo suscrito entre el Departamento del Magdalena y el Fondo Vial Nacional, atinente a la construcción, conservación y explotación de la vía Ciénaga-Barranquilla; y el contrato de concesión de obra pública 044 de 1993.

En las resoluciones atacadas se fijó a cargo del consorcio accionante, el impuesto de industria y comercio, en el entendido que desarrolla una actividad comercial dentro de la jurisdicción del Municipio de Pueblo Viejo.

La “actividad de peajes” no es de servicio y tampoco es análoga a las que de manera enunciativa se enumeran en el artículo 36 de la Ley 14 de 1983, de tal suerte, que no podía el municipio considerar que la demandante ejerce actividad de servicio dentro de su jurisdicción, por lo que resulta manifiesta la ilegalidad de los actos objeto de acusación. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia de 29 de octubre de 1999, Exp. 9557.

APELACIÓN

La demandada manifiesta su inconformidad con la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

El Municipio de Pueblo Viejo tiene establecido en su Estatuto de Rentas, artículo 72, que la actividad de explotación de vías por concesión, está gravada con el impuesto de industria y comercio. Además, al respecto se consultó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del Subdirector de Apoyo Fiscal, quien manifestó: “En consecuencia la empresa aludida en su consulta es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio sobre los ingresos que correspondan a la prestación del servicio en el citado municipio”.

No se puede confundir la actividad de explotación de vías con casetas de peajes, sobre la cual se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia que cita el Tribunal, con la actividad de explotación de obras públicas por concesión, que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, decisión que dio vía libre a su cobro por parte de los municipios en donde se desarrolle dicha actividad.

La actuación acusada se fundamenta en el Estatuto de Rentas, el cual grava la actividad de explotación de obras públicas por concesión, acto administrativo que goza de presunción de legalidad y fue interpretado por el Ministerio de Hacienda, en relación directa con la explotación de la carretera Ciénaga-Barranquilla.

No se comparte el análisis que hace el Tribunal sobre las excepciones, pues lo propuesto no es simplemente la “cosa juzgada”, sino el hecho de no haberse dado cumplimiento al artículo 835 del Estatuto Tributario, en virtud del cual, “cuando exista un proceso de jurisdicción coactiva solamente se pueden atacar por la vía contenciosa administrativa las resoluciones que resuelven las excepciones”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora advierte que los hechos que dieron origen al presente proceso son idénticos a los ventilados en el proceso que culminó con la sentencia del Consejo de Estado que cita el a quo, porque igualmente se suscribió un contrato de concesión y con base en los ingresos obtenidos por los peajes, se dictaron las resoluciones acusadas, y se ordenó al concesionario Consorcio Concesión Ciénaga-Barranquilla, el pago del impuesto de industria y comercio.

La demandada no alegó de conclusión.

MINISTERIO PÚBLICO

Solicita confirmar la sentencia apelada, por las siguientes razones:

De acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Concesión 044 de 1993 y el Convenio Interadministrativo 640 de 1992, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 32 y 36 de la

Ley 14 de 1983, se colige que la sociedad demandante no realiza ninguna actividad dirigida a satisfacer necesidades de la comunidad en el Municipio de Pueblo Viejo. En realidad, lo que realiza es una actividad contratada por el Departamento del Magdalena, la cual, se bien persigue la satisfacción de necesidades de la comunidad, ese no es el propósito que persigue la demandante, pues lo que hace es cumplir con las obligaciones derivadas del mencionado contrato.

Las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 7 del Decreto 176 de 1997, expedido por el alcalde de Pueblo Viejo, que modifican los artículos 70 y 72 del Estatuto de Rentas del Municipio, según los cuales aparecen como gravadas las actividades de “explotación de carreteras por concesión”, el “servicio de peajes”, no se ajustan a lo dispuesto por la Ley 14 de 1983, por lo que en virtud del principio de legalidad que consagra el artículo 338 de la Constitución, no pueden ser aplicadas en el presente caso, y por tanto, la demandante no es sujeto pasivo del citado impuesto en dicho municipio.

No se configura la caducidad de la acción, por cuanto entre la fecha del acto que confirmó la liquidación del impuesto (6 Dic.00) y la presentación de la demanda (14 Dic. /00) no transcurrieron más de cuatro meses.

Tampoco es inepta la demanda, por cuanto el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo no exige como requisito de la demanda que se calculen los perjuicios.

No hay cosa juzgada, por ser evidente que lo juzgado en este proceso son las liquidaciones oficiales que sirvieron de título ejecutivo en el proceso de cobro coactivo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se controvierte la legalidad de las resoluciones expedidas por el Alcalde del Municipio de Pueblo Viejo, en virtud de las cuales se liquidó el impuesto de industria y comercio a cargo del consorcio CONCESIÓN CIÉNAGA-BARRANQUILLA, por los años 1994 a 2000.

I- EXCEPCIONES:

Previo a cualquier pronunciamiento de fondo, considera la Sala pertinente estudiar las excepciones toda vez que la parte demandada propuso como medios exceptivos **la caducidad de la acción**, Inepta demanda y cosa juzgada.

Caducidad de la acción “porque el auto admisorio de la demanda aparece notificado a los demandantes por estado de fecha 23 de enero de 2001, quedando ejecutoriado tres días después. A partir de esa fecha, 26 de enero de 2001 contados los 120 días de que trata el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, y constatados que transcurrieron hasta la fecha de notificación personal al representante legal del municipio de Pueblo Viejo, muchísimos más de 120 días por lo que se dio la figura de la prescripción”.

La Sala comparte los argumentos del tribunal a quo, toda vez que el demandado confunde la caducidad de la acción con la prescripción. En efecto, la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está consagrada en el artículo 136 del C.C.A., el cual se señala un término de 4 meses a partir de la notificación, del acto administrativo. En este caso, la parte demandante instauró la presente acción dentro del término legal, pues la resolución que agotó la vía gubernativa fue notificada el día 6 de diciembre de 2000 y la demanda se presentó el 14 de diciembre de 2000. Adicionalmente, la prescripción a que hace referencia el artículo 90 del

C.P.C., citado por el demandante, no es aplicable en materia contenciosa administrativa.

Argumentó que hay inepta demanda por no haberse fundamentado la pretensión relativa a que se condene al municipio a indemnizar por los supuestos perjuicios causados a la actora.

Tampoco tiene vocación de prosperidad la excepción propuesta por encontrarse cumplidos los requisitos previstos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de que no haya cuantificado el valor de la indemnización de perjuicios solicitada, pues esta omisión, podría afectar es la prosperidad de la pretensión.

Consideró el demandado que había Cosa juzgada, porque entre las mismas partes se ventiló un proceso de jurisdicción coactiva, para el cobro del impuesto contenido en las resoluciones impugnadas, que culminó, sin que la actora hubiera propuesto excepciones.

Esta excepción tampoco tiene vocación de prosperidad, por las siguientes consideraciones:

Referente a este punto, la Sección en sentencia del 29 de septiembre de 2005, precisó que el artículo 823 del Estatuto Tributario prevé que el procedimiento administrativo de cobro persigue hacer efectivas las deudas de los contribuyentes a favor de las entidades públicas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones y que tales obligaciones deben constar en títulos que presten mérito ejecutivo. Entendiendo que prestan mérito ejecutivo, entre otros actos y documentos, los actos administrativos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijen sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional

Aclara que al tenor del artículo 829 del Estatuto Tributario se entienden ejecutoriados los actos administrativos que sirven de fundamento del cobro coactivo, cuando contra éstos no proceda ningún recurso; cuando los recursos no se interpusieron o se no se presentaron en debida forma o se renunció o desistió de ellos y, finalmente, cuando los recursos instaurados en la vía gubernativa se hayan decidido en forma definitiva, advirtiendo que sólo los actos administrativos que queden en firme pueden ser ejecutados para obtener su cumplimiento, en razón de su carácter ejecutivo y ejecutorio (artículo 64 del Código Contencioso Administrativo).

Señaló, reiterando el criterio jurisprudencial de la Sección que dentro del procedimiento administrativo de cobro, se prohíbe debatir cuestiones que debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa, por cuanto para cobrar administrativamente una obligación fiscal, el título ejecutivo debe estar en firme. Si existen cuestionamientos en relación con los actos ejecutoriados que constituyen título ejecutivo, el interesado debe interponer los recursos administrativos correspondientes y, posteriormente, si es del caso, acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, “una vez surtida la vía gubernativa, si el deudor pretende discutir la legalidad de los actos administrativos ejecutoriados que le impongan la obligación de pagar una determinada suma de dinero a favor del fisco nacional o, lo que es lo mismo, cuestionar la validez misma del título ejecutivo en su contra, debe demandar tales actos en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, si existe proceso administrativo de cobro puede, en el trámite del mismo, proponer contra el mandamiento de pago la excepción de interposición de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 831 [5] del Estatuto Tributario, pues se encuentra en discusión la legalidad del acto administrativo que sirve de título ejecutivo y es la Jurisdicción Contencioso Administrativa la que debe decidir si los actos administrativos en firme, y por ende, obligatorios (artículo 66 ibídem) y dotados, se repite, de carácter ejecutivo y ejecutorio (artículo 64 ibídem), deben o no continuar haciendo parte del ordenamiento jurídico”

En el sublite, la parte demandante instauró la acción de nulidad contra los actos administrativos mediante los cuales la administración de Pueblo Viejo, liquidó de aforo el impuesto de industria y Comercio, por las vigencias de 1994 a 2000, para cuestionar su legalidad. Por su parte, el municipio demandado, sin esperar a que los actos administrativos adquirieran firmeza y constituyeran título ejecutivo, inició el proceso de cobro coactivo. Ante esta situación, los demandantes propusieron en términos del artículo 831 del Estatuto Tributario, la excepción de existencia de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, actuación que estuvo ajustada a la Ley.

Es del caso precisar, que respecto al proceso de cobro coactivo, es posible demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la resolución que niega las excepciones, acción que es otra, diferente a la que controvierte la legalidad de los actos administrativos que imponen una obligación de pagar una suma de dinero.

En el asunto que estudia la Sala, se controvierte la legalidad de los actos administrativos que impusieron la obligación de pagar una suma de dinero, correspondiente al impuesto de industria y comercio, por los años 1994 a 2000, aclarando que no se trata de las resoluciones que niegan las excepciones en el proceso de cobro coactivo. En consecuencia, no se configuró la Cosa Juzgada alegada por el demandado.

Lo discurrido conduce a denegar las excepciones propuestas por el municipio demandado.

II-ESTUDIO DE FONDO

Previo el análisis del fondo de la controversia, la Sala observa:

Obra en el proceso, en fotocopia simple, el Convenio Interadministrativo 640 de 1992, suscrito entre el FONDO VIAL NACIONAL y el DEPARTAMENTO DE MAGDALENA, en virtud del cual, el Departamento se obliga por su cuenta y riesgo, para con el Fondo, a realizar la construcción, conservación, mantenimiento, explotación y operación de la segunda calzada de la vía que une las ciudades de Barranquilla y Ciénaga, “a través del contrato de obra pública por el sistema de concesión” (cláusula primera); proyecto que será financiado “con los derechos de peaje que serán entregados al Departamento por el fondo, en calidad de pago” (cláusula segunda). (fl. 52 c. p.)

En cumplimiento del citado convenio, el Departamento del Magdalena suscribió, con el consorcio **CASTRO TCHERASSI Y CIA LTDA., EQUIPOS UNIVERSAL Y CIA LTDA. y JULIO GERLEIN ECHEVERRÍA**, el contrato de concesión de obra pública 044 de 16 de junio de 1993, para la rehabilitación, mejoramiento, conservación, mantenimiento y operación de la carretera Barranquilla y Ciénaga. Para el efecto, el Departamento reconocerá y pagará al contratista, “el precio del contrato durante la transferencia de los recaudos por peajes de la dos estaciones de peajes existentes en la carretera, que el contratista por intermedio de la firma WACKENHUT deposite en un cuenta especial a nombre de la fiduciaria, previos los descuentos del costo de recaudo hasta que se cumpla en el año 1995 el contrato...” (cláusula séptima) (fl.60 c. p.)

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el contrato de concesión, las sociedades **CASTRO TCHERASSI Y CIA LTDA., EQUIPO UNIVERSAL LTDA. y JULIO E. GERLEIN ECHEVERRÍA**, obrando en su propio nombre, suscribieron el contrato de fiducia mercantil de

administración y pagos, sobre la concesión de la carretera Barranquilla-Ciénaga, (sin fecha) quienes según el mismo contrato, integran la parte que para los efectos del mismo se denominará EL CONSORCIO, según el cual, “de julio de 1995 en adelante, los recaudos por peaje serán efectuados por el consorcio”. (fl.78 c. p.)

Según los términos de la demanda, “En virtud del convenio interadministrativo reseñado, el departamento del Magdalena abrió la correspondiente licitación y adjudicó el contrato de concesión No. 044 de 1.993 para la rehabilitación, mejoramiento, conservación, mantenimiento y operación de la carretera Barranquilla-Ciénaga al consorcio integrado por Castro Tcherassi S.A., Equipo Universal S.A., Julio Gerlein Echeverría (luego reemplazado por Gercón Ltda.). Este consorcio se ha dado a conocer como Consorcio Concesión Ciénaga-Barranquilla y en cumplimiento de obligaciones tributarias obtuvo de identificación tributaria (Nit) 800.215.852.-4. Este consorcio, por razones que no son del caso exponer, ha variado la composición de los miembros del consorcio y en la actualidad está integrado por **Mapeco S.A.** (antes Ltda.), **Álvarez y Collins S.A., Valorcon S.A., Edgardo Navarro Vives y Julio Gerlein Echeverría,** tal como lo autorizó el Departamento del Magdalena mediante Resolución N° 0208 de 9 de noviembre de 2000”.

En efecto, mediante la Resolución citada, el Gobernador del Departamento del Magdalena (E) “autoriza la cesión de participaciones en el consorcio Contratista del Contrato de Concesión No. 044 de 1993 para la Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, Mantenimiento y Operación de la Carretera Ciénaga-Barranquilla”. Cediendo Castro Tcherassi y Cia Ltda., su participación a Mapeco Ltda. y Álvarez y Collins S.A.; Equipo Universal y Cia Ltda. a Edgardo Navarro Vives y Álvarez y Collins S.A.; Gercon Ltda. a Valorcon S.A., Álvarez y Collins S.A. y Julio Gerlein Echeverría, quedando conformado el Consorcio Concesión Ciénaga-Barranquilla a partir de la resolución referida por Mapeco Ltda. y Álvarez y Collins S.A., Edgardo Navarro Vives, Valorcon S.A. y Julio Gerlein Echeverría.

En este orden de ideas, es claro que son las sociedades Castro Tcherassi y Cía. Ltda. y Equipo Universal Ltda. así como el señor Julio E. Gerlein Echevarría, los integrantes del CONSORCIO que se obligó a realizar las obras de rehabilitación y conservación de la carretera Barranquilla-Ciénaga y que en tal calidad estas sociedades adquirieron derechos y obligaciones derivadas del contrato de concesión de obra pública 044 de 1993, así como del contrato de fiducia mercantil. También que el consorcio ha cambiado su composición en dos oportunidades, en la primera J. Gerlein E. fue reemplazado por Gercon Ltda., sin que se conozca la fecha ni la operación que dio lugar a esa modificación y, la segunda, a partir del 19 de noviembre de 2000, fecha de expedición de la Resolución que autorizó la cesión de la participación en el Consorcio concesión Ciénaga Barranquilla.

Ahora, el contrato “CESIÓN DE LAS PARTICIPACIONES EN EL CONSORCIO CONTRATISTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 044 DE 1993 PARA LA REHABILITACIÓN, MEJORAMIENTO, CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO Y OPRESIÓN DE LA CARRETERA BARRANQUILLA CIÉNAGA, en sus cláusulas establece:

“PRIMERA: LOS CEDENTES transfieren a título de cesión, su participación, y la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas de ella, en el contrato de concesión No. 044 de 1993, en los términos del artículo 887 y siguientes del código de Comercio.

PARAGRAFO: La cesión aquí indicada, genera para los CEDENTES la responsabilidad solidaria con los CESIONARIOS frente al contratante, de conformidad con lo dispuesto en la

Ley 80 de 1993, en los términos de las leyes civiles y mercantiles.

SEGUNDA: los CESIONARIOS se subrogan en los derechos y obligaciones surgidas del contrato No. 044 de 1993 y sus adicionales, sus accesorios, sus modificaciones, así como las obligaciones laborales existentes en términos del código sustantivo del trabajo. Para el efecto, los cesionarios declaran conocer en su integridad los términos contractuales a que se ha hecho referencia, el estado de las obligaciones existentes a la fecha y las obligaciones laborales vigentes.

PARÁGRAFO: sin perjuicio de lo anterior los cedentes deberán responder a los cesionarios por las obligaciones sobrevivientes, siempre y cuando sean hechos imputables a aquellos con anterioridad a la cesión”.

En estos términos, es claro que los CESIONARIOS, producto de la cesión de participaciones, se constituyen en solidariamente responsables frente al contratante, el Departamento del Magdalena. También que se subrogan en los derechos y obligaciones surgidas del contrato No. 044 de 1993 y sus adicionales, sus accesorios, sus modificaciones, entendiéndose la Sala que, a pesar de que los actos liquidatorios del impuesto de industria y comercio corresponden a vigencias anteriores a la cesión, con este fundamento, los cesionarios, representados por apoderado judicial, impetran la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de determinación del impuesto de industria y comercio, expedidos por la administración municipal de Pueblo Viejo y es así como manifiesta el apoderado actuar en representación de las mencionadas sociedades y personas naturales y aporta los respectivos poderes.

Por otra parte, la administración del Municipio de Pueblo Viejo expidió los siguientes actos administrativos:

1. La Resolución 206 de 8 de agosto de 2000 mediante la cual liquidó el impuesto de industria y comercio a cargo del CONSORCIO CASTRO TCHERASSI LTDA., “con NIT. No. 800.215.852 propietario de la concesión vía Ciénaga-Barranquilla, por concepto de impuesto de Industria y Comercio, por los años desde 1994 hasta 1999, la suma de Mil Nueve Millones Ciento sesenta y dos mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$1.009.162.417,00) incluyendo intereses moratorios. (fl 28 c. p. y 42 y 43 c. anexos)

2. La Resolución 269 de octubre 2000, al resolver el recurso de reposición, modificó la resolución anterior de liquidación, reconociendo que hubo confusión en cuanto al sujeto pasivo de la obligación y por cuanto se omitió otorgar el recurso de apelación, liquida el impuesto de industria y comercio a cargo del contribuyente Consorcio Concesión Ciénaga-Barranquilla integrado por las sociedades: Castro Tcherassi S.A., Equipos Universal S.A. y Gercon S.A.”, determinando como valor a pagar al suma de \$292.982.637,69 a la cual se le agregarán los intereses y sanciones correspondientes. (fl. 29 c. p.).

3. La Resolución 280 de diciembre de 2000, mediante la cual se decidió el recurso de apelación y modificó los artículos Primero de las anteriores resoluciones que quedarán así: “liquidar a cargo del contribuyente Consorcio Castro Tcherassi S.A., Equipo Universal S.A., Gercón S.A., J. Gerlein, con N.I.T. 800215852 y a favor del Municipio de Pueblo Viejo, por concepto del impuesto de Industria y Comercio por los años 1994 hasta agosto de 2000...” por las siguientes sumas:

AÑO	VALOR \$	
1994	30.953.868,37	
1995	45.384.501,88	
1996	72.200.550,96	
1997	87.704.026,40	
1998	109.191.775,00	
1999	105.157.364,70	
2000	76.847.295,99	hasta agosto

A las cuales se les agregará los intereses moratorios causados. (fl 36 c. p)

Mediante el Oficio No. 060 de junio 27 de 2003, al dar respuesta al oficio del Tribunal a quo, No. 488 de fecha 31 de enero de 2003, explicó:

La base gravable de impuesto de industria y Comercio es sobre el promedio mensual de ingresos brutos o ventas brutas obtenidas por los contribuyentes en el año inmediatamente anterior, como lo define el decreto Acuerdo No. 176. del 23 de diciembre de 1997, denominado estatuto de Renta Municipal.

Como el contribuyente de la referencia no presentó declaraciones privadas del impuesto de industria y Comercio, a la cual están obligados, se tomó como fundamento para la liquidación el auto de fecha 27 de octubre de 2000 proferido por la Administración de Impuestos de Barranquilla, DIAN y las declaraciones de renta de los años 94-95...”

Las tarifas que se aplicó (sic) en esas resoluciones de liquidación tributaria es la del 10X mil correspondiente al servicio de peaje o explotación de carreteras también determinados en los artículos 70 y 72 del estatuto de rentas del Municipio de Pueblo Viejo. (subraya la Sala)

El análisis de los actos administrativos citados, pone en evidencia que la administración municipal de Pueblo Viejo, consideró como Sujeto Pasivo del respectivo impuesto al Consorcio Concesión Ciénaga Barranquilla; Sujeto Activo o titular del impuesto el Municipio de Pueblo Viejo, Hecho Generador; el servicio de peaje o explotación de carreteras; tarifa: 10 X mil, Base Gravable: promedio mensual de ingresos brutos o ventas brutas obtenidas por los contribuyentes en el año inmediatamente anterior, pues así concretamente lo expresó en la Resolución 269 de 200.

En primer término precisa la Sala que de conformidad con la Ley 14 de 1983, El impuesto de industria y comercio recaerá, 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.

Se tiene entonces, que los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio son las personas naturales, jurídicas o las sociedades de hecho que realicen el hecho generador de la obligación tributaria, consistente en el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios en la jurisdicción Municipal.

Ahora bien, los consorcios son especies de contratos de colaboración empresarial que no gozan de personería jurídica ni se asimilan a sociedades de hecho, por lo cual no cumplen los requisitos para ser sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio. En consecuencia, los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, seguirán siendo los miembros del consorcio, es decir, las firmas o personas que lo integran, quienes deben cumplir con sus obligaciones fiscales en forma individual, sobre los ingresos que a cada uno de los consorciados corresponda.

En el caso objeto de estudio, las personas jurídicas y naturales que conforman el Consorcio Concesión Ciénaga Barranquilla, **Mapeco S.A., Álvarez y Collins S.A., Valorcon S.A., Edgardo Navarro Vives y Julio Gerlein Echeverría** constituirían los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, condicionado a la realización de una actividad sujeta al impuesto y sobre los ingresos que obtengan.

Desde esta perspectiva, procede la Sala a verificar que la actividad desarrollada por los miembros del consorcio, corresponda a una actividad gravada con el impuesto de industria y comercio. Aduce el demandado en el Oficio 061 de 2003, que la tarifa es la del 10 por mil correspondiente al servicio de peaje o explotación de carreteras, y en la contestación de la demanda manifestó que el Municipio quiso gravar fue la existencia de una caseta de peajes dentro de su jurisdicción, actividad que se encuentra gravada en su municipio, en proporción al territorio que recorre, la cual estableció en 27 Kilómetros.

Al respecto, prescribe el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, compilada en el artículo 195 del Decreto Ley 1333 de 1986, que “El Impuesto de Industria y Comercio recaerá, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos. Entendiéndose 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.

Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad 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.

De otra parte, tampoco puede considerarse como actividad de servicios, el hecho de existir dentro de su jurisdicción 2 casetas de peaje que es en últimas lo que la Administración pretende gravar y que precisa se encuentran gravadas en el Estatuto de Rentas Municipal. Al respecto cabe precisar que la facultad impositiva municipal es derivada de la ley, por lo cual, el municipio no puede gravar actividades que no estén consideradas en ella, concretamente en la Ley 14 de 1983 compilada en el Régimen Político Municipal, pues se halla precedida de la reserva de ley que consagra el artículo 150 numeral 12 de la C.P., según el cual el Congreso es quien debe autorizar la creación de los tributos. Por esta razón, a los concejos municipales, de conformidad con el artículo 313 numeral 4 de la C.P., les corresponde "votar de conformidad con la constitución y la ley los tributos y los gastos locales"

En efecto, como lo manifestó la Procuraduría Sexta al rendir su concepto, las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 7 del Decreto 176 de 1997, expedido por el alcalde de Pueblo Viejo, que modifican los artículos 70 y 72 del Estatuto de Rentas del Municipio, (Acuerdo 038 de 1994) según los cuales aparecen como gravadas las actividades de "explotación de carreteras por concesión", y el "servicio de peajes", no se ajustan a lo dispuesto por la Ley 14 de 1983, por lo que en virtud del principio de legalidad que consagra el artículo 338 de la Constitución, no pueden ser aplicadas en el presente caso, y por tanto, la demandante no es sujeto pasivo del citado impuesto en dicho municipio.

De otro lado, se precisa que las casetas de cobro de peaje no pueden ser consideradas como sujetos del impuesto de industria y comercio, pues su función es recaudar el valor correspondiente a las tasas para la financiación de la obra.

A manera de ilustración, precisa la Sala que Ley 508 de 199, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002, en su artículo 66 dispuso que los ingresos por concepto de peajes en las carreteras no están sometidos al impuesto de industria y comercio y que el impuesto de industria y comercio se causará sobre los ingresos que reciban los contratistas por concepto de las obras que adelantan en el respectivo municipio.

Según la disposición en comento, los ingresos que por peajes haya percibido la entidad que lo administra en fiducia y que posteriormente entrega al concesionario, o que éste haya recibido directamente, no estaban sujetos al impuesto de industria y comercio.

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

F A L L A

DENIÉGANSE las excepciones propuestas por el municipio demandado.

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

RECONÓCESE personería a la abogada MARIA MARGARITA PARRA GÓMEZ como

apoderada de la parte demandante.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

LIGIA LÓPEZ DÍAZ JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

Presidente de la Sección

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

