

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Se causa cuando se desarrolla una actividad industrial, comercial o de servicios dentro de la jurisdicción del municipio. Impuesto de período / CONCEJO MUNICIPAL – No tiene facultad para modificar la periodicidad del tributo por ser una facultad exclusiva del legislador

Para la Sala, el impuesto de industria y comercio se causa al realizarse una actividad gravada de tipo industrial, comercial o de servicios dentro de la jurisdicción del municipio, conforme al artículo 32 de la Ley 14 de 1983. El ICA es un impuesto de período, aspecto que se deriva de la forma como se liquida pues su base gravable corresponde, al promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior obtenidos en desarrollo de las actividades gravadas, como indica el artículo 33 de la ley 14 de 1983. Ahora bien, independientemente de que cada vez que se realicen actividades gravadas se cause el impuesto, este solo puede liquidarse hasta el final de período gravable, una vez conocidos en forma cierta los ingresos percibidos objeto de gravamen. En consecuencia, modificar la periodicidad con que el contribuyente debe liquidar o pagar el impuesto afecta la estructura del tributo, que al ser un aspecto definido por el legislador únicamente a este le corresponde modificarlo, sin que el concejo municipal sea competente so pena de violar el artículo 338 constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 14 DE 1983 - ARTICULO 32

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 37 LITERAL A) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 51 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 52 / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 53 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 54 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 55 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 56 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 74 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 75 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 76 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 77 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 78 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 79 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 81 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 82 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 83 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 168 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 171 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 172 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 180 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 187 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo)

CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 188 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 195-196 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 199-200 LITERAL A (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 199-200 LITERAL B (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 211 INCISO 1 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 211 INCISO 2 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 213 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 223 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 237 literal d) (Anulado Parcialmente) / CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 462 (Anulado Parcialmente)

RETENCION EN LA FUENTE POR ICA – Se presentan bimestral / RETENCION EN LA FUENTE – Finalidad / PRINCIPIO DE EFICIENCIA – Faculta a los concejos municipales para expedir los acuerdos que garanticen el efectivo control y recaudo del mencionado impuesto / CONCEJO MUNICIPAL – Está facultado para establecer el término de presentación de la retención en la fuente

La Sala precisa que los artículos citados disponen de un período bimestral de presentación y pago de las declaraciones de retención del ICA y las obligaciones del agente retenedor de practicarlas, cada vez que se realice un pago o abono en cuenta sujeto a retención, y lógicamente presentar la respectiva declaración oportunamente. La retención en la fuente “es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido que a título de impuesto se retiene, cuando se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para el beneficiario del mismo”. Tiene como objetivo entre otros, facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto, sirve de mecanismo de control, cruce de información, ayuda a prevenir la evasión y obtener en forma progresiva que el impuesto se recaude en el mismo ejercicio gravable en que se cause, sin que para dicho fin se tenga que esperar a la finalización del período gravable. El establecimiento de la retención en la fuente en materia del ICA, antes que ver con aspectos relativos a la creación de los impuestos del artículo 338 de la Constitución Política, se acompasa con la facultad de administración y recaudo de los tributos según el artículo 287[3] ídem, que implica entre otros su incorporación al presupuesto municipal de la correspondiente renta, la reglamentación del procedimiento de recaudo, fiscalización, control y ejecución coactiva del impuesto, así como de todos aquellos aspectos relativos a la determinación individual del tributo. Lo anterior, en consonancia con el principio de eficiencia de los tributos del artículo 363 constitucional, cuyo desarrollo legal está en los artículos 62 de la Ley 55 de 1985 incorporado en el artículo 203 del Decreto Ley 1333 de 1986, que faculta a los concejos municipales para expedir los acuerdos que garanticen el efectivo control y recaudo del mencionado impuesto, de manera que, “por regla general, los mecanismos de cobro anticipado de los tributos, tales como las retenciones en la fuente o los anticipos, son instrumentos de captación eficiente de recursos, tendientes a obtener abonos a buena cuenta de la obligación tributaria, que facilitan el ingreso permanente de fondos a las arcas públicas, y constituyen además medio de control a la evasión. Dichas herramientas de aceleración de la captación de los tributos unilateralmente impuestos por el Estado, son instrumentos esenciales de los que dependen la capacidad de gestión y ejecución

y forman parte de las diferentes medidas que pueden dictar los concejos municipales para “reglamentar su recaudo”. En consecuencia, al establecer los actos demandados el término de un bimestre para presentar la declaración de retención en la fuente, no desconoce o modifica ninguno de los elementos esenciales del impuesto de industria y comercio, pues como mecanismo anticipado de recaudo del tributo, simplemente se dirige a obtener un pronto pago en el curso del periodo gravable, que acreditado en debida forma admite su posterior descuento al momento de pagar el impuesto. Así mismo, el hecho de establecer unas obligaciones a cargo de los agentes retenedores, es para garantizar el cumplimiento oportuno la obligación de colocar a disposición del erario los dineros públicos retenidos, los cuales no deben permanecer de forma indefinida en su poder, porque harían nugatorio el mecanismo de la retención en la fuente, por tanto se negará el cargo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 37 LITERAL A) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 51 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 52 / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 53 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 54 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 55 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 56 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 74 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 75 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 76 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 77 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 78 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 79 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 81 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 82 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 83 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 168 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 171 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 172 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 180 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 187 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 188 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 195-196 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 199-200 LITERAL A (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 199-200 LITERAL B (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 211 INCISO 1 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO

009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 211 INCISO 2 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 213 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 223 (Anulado Parcialmente) / ACUERDO 009 DE 2001 (21 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 237 literal d) (Anulado Parcialmente) / CONCEJO MUNICIPAL DE CIENAGA - ARTÍCULO 462 (Anulado Parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C. primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 47001-23-31-000-2003-01347-01(18814)

Actor: RICARDO JESUS ANAYA VISBAL

Demandado: MUNICIPIO DE CIENAGA –MAGDALENA

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia de 14 de octubre de 2009, del Tribunal Administrativo del Magdalena, que dispuso:

1. DECLÁRASE LA NULIDAD de los Artículos 51 a 56, 74 a 79, 81 a 83, 171, 237, 347 y 462 y, de la expresión bimestral contenida en los numerales 1 y 2 del artículo 211 y 223 del Acuerdo N° 09 del 21 de marzo del 2001, expedido por parte del Concejo Municipal de Ciénaga, por medio de la cual se adoptan modificaciones, procedimientos tributarios y se armoniza el estatuto tributario del municipio de Ciénaga con el Estatuto Tributario Nacional, se toman medidas de carácter impositivo y se dicta otras disposiciones.

Así mismo se DECLARA LA NULIDAD de la expresión “bimestral” de los numerales 1 y 2 del artículo 211, así como la misma expresión del artículo 223 del Acuerdo N° 09 del 21 de marzo de 2001, expedido por parte del Concejo Municipal de Ciénaga, por medio del cual se adoptan modificaciones, procedimientos tributarios y se armoniza el estatuto tributario del municipio de Ciénaga con el Estatuto Tributario Nacional, se toman medidas de carácter impositivo y se dicta otras disposiciones.

2. NIÉGUESE las demás súplicas de la demanda

3. (...)

LA NORMA DEMANDADA

Se demandan los siguientes artículos del Acuerdo 09 de 2001:

ACUERDO N° 09
(DE FEBRERO DE 2001)

POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA Y DESARROLLA EL RÉGIMEN
TRIBUTARIO Y DE RENTAS DEL MUNICIPIO DE CIÉNAGA

EL HONORABLE CONCEJO MUNICIPAL DE CIÉNAGA, en uso de sus
atribuciones Constitucionales y Legales y en especial las consagradas
en el ARTÍCULO 313 de nuestra Constitución Nacional

ACUERDA

“Modifíquese el Código de Rentas y estatuto tributario municipal y
establézcase los procedimientos tributarios y el régimen sancionatorio
para el Municipio de Ciénaga con la siguiente normatización”-

TÍTULO PRELIMINAR
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I
EL TRIBUTO

(...)

ARTÍCULO 37.- NORMAS ESPECIALES PARA LAS ENTIDADES
PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. El
Impuesto de Industria y Comercio a cargo de las empresas encargadas
de la prestación de los servicios públicos domiciliarios será el aplicado
conforme a las siguientes reglas:

- a) Se causa por la prestación de los servicios a los usuarios finales en
el Municipio de Ciénaga liquidado por periodos bimestrales.

(...)

CAPÍTULO III
IMPUESTO DE USO DEL SUBSUELO Y ROTURA DE VÍAS

ARTÍCULO 51.- CREACIÓN LEGAL. El Impuesto de Uso del Subsuelo
y Rotura de Vías de que trata este Capítulo está autorizado por las
leyes 97 de 1913, 84 de 1915 y el Decreto 1333 de 1986 y se aplicará
según lo establecido en los acuerdos sobre esta materia.

PARÁGRAFO. El Municipio de Ciénaga podrá realizar compensaciones
de deuda, del impuesto que habla este capítulo, con las personas o
empresas que realicen el hecho generador y que resulten ser sujetos
pasivos de este impuesto.

ARTÍCULO 52°.- HECHO GENERADOR. El hecho generador de este
impuesto es el uso anual, mensual o por fracción de mes del subsuelo
en las vías públicas o en las llamadas zonas verdes de propiedad del
Municipio de Ciénaga, cuando se realizan excavaciones o
canalizaciones o cuando se efectúan roturas de las vías públicas.

ARTÍCULO 53.- SUJETO ACTIVO. Es sujeto activo del Impuesto de Uso del Subsuelo y Rotura de Vías, Municipio de Ciénaga, y en él radican las potestades tributarias de administración, control, fiscalización, liquidación, discusión, recaudo, devolución y cobro.

ARTÍCULO 54.- SUJETO PASIVO. Son sujetos pasivos del Impuesto de Uso del Subsuelo y Rotura de Vías, toda persona natural o jurídica que realice el hecho generador del impuesto.

ARTÍCULO 55.-. BASE GRAVABLE. La base gravable del Impuesto del Uso del Subsuelo la constituye el número de metros lineales de que se haga uso mensual o anualmente en el caso de tendido de redes o tuberías o por colocación de postes o avisos. Cuando se produzca una rotura de vías, por una persona natural o jurídica distinta de los Institutos Descentralizados del municipio, se tomará como base gravable del Impuesto de Rotura de Vías, el presupuesto de obra calculado en la forma como indique el reglamento.

ARTICULO 56.-. TARIFA. La tarifa del Impuesto del Uso del Subsuelo es de mil pesos (\$1.000) mensuales por cada metro lineal que ocupe, en el caso de tendido de redes o tuberías y de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) mensuales en el caso de colocación de postes y avisos. Estos valores se ajustarán anualmente por la inflación de acuerdo con las normas legales.

CAPÍTULO V IMPUESTO DE PESAS Y MEDIDAS

ARTICULO 74.- IMPUESTO DE PESAS Y MEDIDAS. El impuesto de pesas y medidas es un gravamen que se causa por la utilización de instrumentos de medición, para efecto de la comercialización de sus productos, bienes o servicios. Este impuesto se recaudará, liquidará, fiscalizará y cobrará conforme a lo establecido en el presente acuerdo, a partir del 1 de abril del 2001.

ARTÍCULO 75.- HECHO GENERADOR. Lo constituye el uso de instrumentos de medición requeridos para el expendio o venta de productos, bienes o servicios en la jurisdicción del Municipio.

ARTÍCULO 76°.- SUJETOS PASIVOS. Son contribuyentes o responsables del pago del tributo, las personas naturales, jurídicas o de hecho a quienes se les permite funcionar dentro de la jurisdicción del Municipio, que para el desarrollo de sus actividades requieran de instrumentos de medidas o medición, incluidas las empresas de servicios públicos.

ARTÍCULO 77.- BASE GRAVABLE. El impuesto de pesas y medidas se liquidará sobre el valor del impuesto anual de industria y comercio.
PARÁGRAFO. Para el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios la base gravable la constituye el número de instrumentos de medida.

ARTÍCULO 78.- TARIFA. La tarifa por impuesto de pesas y medidas se cobrará sobre el valor del Impuesto de industria y comercio liquidado en

la declaración privada u oficial según el caso, y de conformidad con la clase de contribuyente las tarifas a aplicar serán:

1. Grandes Contribuyentes: los contribuyentes pertenecientes a esta categoría aplicarán una tarifa equivalente al 10% del impuesto de industria y comercio liquidado.
2. Contribuyentes del régimen común que no se incluyan en la categoría de Grandes Contribuyentes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, aplicarán una tarifa equivalente al 8% del impuesto de industria y comercio liquidado.
3. Contribuyentes del régimen simplificado aplicarán una tarifa equivalente al 5% del impuesto de industria y comercio liquidado

ARTÍCULO 79.- TARIFA ESPECIAL PARA EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS. Las empresas que presten y/o administren servicios públicos domiciliarios pagarán mensualmente por cada instrumento de medición que utilicen, el 10% de un (1) salario mínimo diario legal vigente. Este Impuesto no podrá ser trasladado al usuario del servicio público.

(...)

ARTÍCULO 81.- PAGO DEL GRAVAMEN. El impuesto de pesas y medidas será liquidado como complementario en la declaración de industria y comercio; y será pagado en los términos y condiciones establecidas para el impuesto de industria y comercio.

PARÁGRAFO PRIMERO. El impuesto de pesas y medidas de las Empresas de servicios públicos será declarado y liquidado en los formularios utilizados para el impuesto de industria y comercio en forma bimestral. El pago se hará incluido en el pago del impuesto de industria y comercio correspondiente.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Mientras la secretaría de hacienda no autorice un formulario especial para declarar el impuesto de pesas y medidas, este se liquidará y presentará en el formulario de declaración del impuesto de industria y comercio.

ARTÍCULO 82.- CONTROL Y VIGILANCIA. La Administración Municipal controlará y verificará la exactitud de las máquinas e instrumentos de medidas de acuerdo a las técnicas oficiales aceptadas.

ARTÍCULO 83.- SANCIONES. Cuando el instrumento de medida utilizado en un establecimiento esté adulterado o con deterioro que dificulte su lectura, se procederá a su decomiso y al responsable se sancionará con una multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente en la fecha de la sanción.

CAPÍTULO V

SOBRETASA BOMBERIL

(ARTÍCULO 2º DE LA LEY 322 DE OCTUBRE 4 DE 1996)

ARTÍCULO 168.- SOBRETASA BOMBERIL. De conformidad con lo establecido en el párrafo (sic) único del artículo 2º de la Ley 322 de octubre 4 de 1996, créase la Sobretasa bomberil la cual se liquidará sobre los impuestos, tasas y demás rentas de origen tributario pertenecientes al municipio.

(...)

ARTÍCULO 171.- REGLAMENTACIÓN DE LA SOBRETASA BOMBERIL. Corresponde al señor alcalde municipal reglamentar todos los aspectos relacionados con la sobretasa bomberil.

ARTÍCULO 172.- TARIFA DE LA SOBRETASA BOMBERIL. La tarifa general de la Sobretasa bomberil es del 4% y se aplicará sobre todos los impuestos municipales liquidados por el contribuyente y/o por la administración cuando fuere el caso.

TÍTULO IV
SISTEMA DE RETENCION DE IMPUESTOS
MUNICIPALES
CAPÍTULO I
GENERALIDADES

ARTÍCULO 180.- ESTABLECIMIENTO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. A partir del segundo (2º) bimestre del año 2001, el sistema y normas sobre retención por adquisición y/o suministros de bienes y servicios que se deben practicar cuando se realice el pago o abono en cuenta, que se encuentra vigente para el IVA a nivel nacional, se aplicará para el Impuesto de Industria y Comercio.

CAPÍTULO II
RETENCIÓN A TÍTULO DE IMPUESTO DE INDUSTRIA Y
COMERCIO.

ARTÍCULO 187.- SUJETOS PASIVOS SOBRE LOS CUALES RECAE LA RETENCION EN LA FUENTE. Se deberá hacer la retención a todos los sujetos pasivos del impuesto de industria y Comercio y de Avisos y Tableros, incluyendo a los que realizan actividades comerciales, industriales y de servicios, así como las que realizan actividades financieras, en forma directa o indirectamente, sea persona natural o jurídica o sociedad de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, con establecimientos de comercio o sin ellos.

ARTÍCULO 188.- SUJETOS OBLIGADOS A RETENER. Los sujetos obligados a retener el Impuesto de Industria y Comercio son aquellos que cumplan los requisitos que se consagren para ser retenedor en el IVA, pero el monto de los ingresos brutos será de 1.200 salarios mínimos mensuales vigentes y el patrimonio bruto de 2.500 salarios mínimos mensuales vigentes.

La retención por adquisición, suministro y/o comercialización se hará por parte de todos los contribuyentes, cuando compren bienes o servicios a personas o entidades que no estén registradas como contribuyentes del Impuesto de Industria y Comercio.

PARAGRAFO.- Las normas de administración, declaración, liquidación y pago de las retenciones aplicables al IVA, de conformidad con lo que disponga el Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la retención del Impuesto de Industria y Comercio y a los contribuyentes de este Impuesto.

(...)

ARTÍCULO 195.- CAUSACIÓN DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE POR EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. La retención del Impuesto de industria y comercio por adquisición de bienes y/o servicios gravados, deberá efectuarse en el momento en que se realice el pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero.

Igualmente la retención por compras se hará por parte de todos los contribuyentes, cuando compren bienes o servicios a personas o entidades que no estén registradas como contribuyentes del Impuesto de Industria y Comercio.

Las retenciones se aplicarán siempre y cuando en la operación económica se cause el Impuesto de Industria y Comercio. El Alcalde Mayor mediante reglamento podrá señalar los casos en los cuales de acuerdo con las normas legales vigentes no se causa el impuesto.

ARTÍCULO 196.- TARIFAS DE LA RETENCIÓN POR IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Modifíquense los acuerdos anteriores y establézcase como tarifa de retención por Impuesto de Industria y Comercio, la que corresponda a la respectiva actividad. Cuando no se establezca la actividad, la retención será la máxima del respectivo sector; a esta tarifa quedará gravada dicha operación.

(...)

ARTÍCULO 199.- DECLARACIÓN DE RETENCIÓN POR IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Los agentes retenedores del impuesto de Industria y Comercio y de Avisos y Tableros tienen la obligación de presentar y cancelar la declaración bimestral de la retención efectuada, dentro del mes siguiente al vencimiento del respectivo bimestre que se declara, en las entidades que para el efecto designe la secretaría de hacienda.

ARTÍCULO 200.- OBLIGACIONES DEL AGENTE RETENEDOR. Los agentes retenedores a título del impuesto de industria y comercio a nombre del municipio de Ciénaga, tendrán las siguientes obligaciones:

- a. Practicar las retenciones a que haya lugar, cada vez que se realice un pago o abono en cuenta sujeto a retención.
- b. Presentar la declaración bimestral de retención a título de impuesto de industria y comercio en los formularios de la declaración del mismo impuesto prescritos por la Secretaría de Hacienda.

(...)

TÍTULO V
DECLARACIONES TRIBUTARIAS
CAPÍTULO I
NORMAS GENERALES

ARTÍCULO 211.- CLASES DE DECLARACIONES. Los contribuyentes, responsables y agentes de retención en la fuente, deberán presentar las siguientes declaraciones tributarias:

1. Declaración bimestral del Impuesto de Industria y Comercio y complementarios para contribuyentes del régimen común y declaración anual del Impuesto de Industria y Comercio y complementarios para contribuyentes del régimen simplificado, cuando de conformidad con las normas vigentes, estén obligados a declarar.

2. Declaración bimestral de retención del Impuesto de Industria y Comercio y complementarios.

(...)

ARTÍCULO 213.- DECLARACIONES POR PERIODO. Las declaraciones corresponderán al periodo o ejercicio gravable.

(...)

ARTÍCULO 223.- DECLARACIÓN DE RETENCIÓN DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. La retención por concepto del Impuesto de Industria y Comercio, se declarará bimestralmente en el formulario de la declaración del Impuesto de Industria y Comercio.

Los no contribuyentes del Impuesto de Industria y Comercio que tengan la calidad de agentes retenedores presentarán su declaración de retención diligenciando exclusivamente las casillas destinadas para tal efecto dentro de la declaración del Impuesto de Industria y Comercio.

(...)

TÍTULO VI PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO Y SANCIONES

ARTÍCULO 237.- NOTIFICACIÓN POR CORREO. La notificación por correo se practicará mediante envío de una copia del acto correspondiente a la dirección informada por el contribuyente y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo.

(...)

TÍTULO IX RECURSOS CAPÍTULO I RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

(...)

ARTÍCULO 347.- REQUISITOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. El recurso de reconsideración deberá cumplir los siguientes requisitos:

d) Que se acredite el pago de la respectiva liquidación privada, cuando el recurso se interponga contra una liquidación de revisión o de corrección aritmética.

(...)

ARTÍCULO 462.- GARANTÍA PARA DEMANDAR. Para acudir a la vía contencioso administrativa será necesario acreditar la constitución de una garantía bancaria o de compañía de seguros a favor del municipio de Ciénaga –Secretaría de Hacienda -, cuya vigencia deberá ser el término de duración del proceso y tres meses más, contados a partir de la fecha de la sentencia o decisión jurisdiccional ejecutoriada.

DEMANDA

El demandante solicitó que se declaren nulos los apartes pertinentes de los artículos 37 literal a) 51 a 56, 74 a 79 y 81 a 83, 168,171-172, 180, 187, 188, 195-196, 199-200 literales a y b, 211[1,2], 213,223, 237 literal d) y 462 del Acuerdo 09 de 21 de marzo de 2001, expedido por el Concejo Municipal de Ciénaga,

referentes al establecimiento de diversos impuestos y la fijación de normas de procedimiento y administración de los mismos.

Invocó como normas violadas los artículos 6, 12[1], 95[9], 121, 122, 150[12], 313, 338 y 363 de la Constitución Política; 32[7] de la Ley 142 de 1994; 24-1, 73-11, 88 y 186 de la Ley 142 de 1994; 33 de la Ley 11 de 1983 (codificado en el artículo 196 del Decreto 1333 de 1986), reglamentado por el Artículo 7 del Decreto Reglamentario 3070 de 1983; 66 de la Ley 788 de 2002; 140 del Código Contencioso Administrativo y 566, 722 y 823 del Estatuto Tributario (interpretados por la Corte Constitucional mediante sentencias C-096 de 2001 y C-1141 de 2000.

El concepto de violación lo desarrolló así:

1. Violación al principio Constitucional de legalidad de los tributos

El Congreso de la República es la única corporación autorizada para establecer los impuestos, las tasas y las contribuciones; ni las asambleas departamentales ni los concejos municipales, pueden fijar tributos de manera autónoma, pues solo pueden obrar previa creación de los tributos por parte del Congreso Nacional o con su autorización. La ley no podía, al autorizar un tributo de carácter departamental o municipal, otorgar a los entes territoriales una libertad absoluta para regular a su arbitrio el hecho generador, el sujeto pasivo, la base gravable y los demás elementos esenciales del tributo.

Ha sido clara la doctrina judicial, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, en señalar que las facultades tributarias otorgadas por la Constitución Política, a los entes territoriales, deben ejercerse exclusivamente dentro de los límites de la ley.

Impuesto de uso del Subsuelo y Rotura de Vías contenidas en los artículos 51 a 56 del Acuerdo 09 de 2001

Estas normas se vulneraron en razón a que no existía norma legal que expresamente hubiera creado dicho impuesto, ni autorizado su cobro ni fijado sus elementos; sino todo lo contrario, pues las normas que crearon dicho impuesto fueron derogadas por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994. Que, en consecuencia el Concejo Municipal de Ciénaga, no contaba con autorización legal para expedir las normas acusadas. En este sentido, el Consejo de Estado ha ratificado en reiterada jurisprudencia la ilegalidad de dicho impuesto.

Impuesto de pesas y medidas incluido en los artículos 74 a 79 y 81 a 83 del Acuerdo 09 de 2001

No existe norma legal que haya establecido o creado este impuesto y, al igual que el anterior, no era posible que el Concejo Municipal de Ciénaga lo estableciera, criterio que fue compartido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en un caso similar en el que las normas adolecían de vicios y que motivaron la suspensión provisional.

Impuesto de industria y comercio contenido en los artículos 37[a], 180,187-188, 195-196, 199-200[a y b], 211[1 y 2], 213 y 223 del Acuerdo 09 de 2001.

Estimó que dichos artículos son ilegales, por cuanto infringen normas superiores a las que debieron sujetarse, al establecer que el impuesto de industria y comercio se causa y se declara de manera bimestral, teniendo como base gravable los ingresos de cada bimestre. Además, estableció un sistema de pago anticipado (retención en la fuente) no autorizado para dicho impuesto, lo cual significa que no se estaría liquidando el impuesto sobre los ingresos del año inmediatamente anterior, sino sobre ingresos del bimestre en curso. Por lo que consideró que era

claro que el Municipio de Ciénaga, tanto a los contribuyentes del impuesto de industria y comercio pertenecientes al régimen común, como a las empresas de servicios públicos domiciliarios, les impuso declaración bimestral y no anual, razón por lo que las normas acusadas deben anularse.

Sobretasa para financiar la actividad Bomberil, contemplada en los artículos 168, 171 y 172 del Acuerdo 09 de 2001.

Dijo que delegar esta facultad en cabeza del Alcalde para reglamentar los aspectos relacionados con esta sobretasa, era una clara violación del artículo 338 constitucional, y la única forma de reparar dicha situación, era anular estas normas, para que sea el Concejo Municipal de Ciénaga y no el Alcalde quien fijara directamente todos los elementos de la sobretasa bomberil.

2. Violación de las normas de procedimiento aplicables a los tributos municipales y el debido proceso

Según el artículo 66 de la Ley 383 de 1997, reiterado por la Ley 788 de 2002, las normas de procedimiento en relación con los tributos, que adopten los municipios, entre estos el municipio de Ciénaga, deben ser las establecidas en el Estatuto Tributario, las cuales tienen carácter legal y son de obligatoria aplicación. En este caso se vulneraron normas tributarias, así:

Notificación por correo. Artículo 237 del Acuerdo 09 de 2001

Consideró ilegal el aparte del artículo 237, cuando se refirió a que la notificación se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo, por cuanto el artículo 566 del Estatuto Tributario, no lo incluye.

Requisitos para interponer recursos. Artículo 347[d] del Acuerdo 09 de 2001

Adujo que se exigió el mismo requisito previsto en el Artículo 722 del Estatuto Tributario y declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por tanto este artículo era ilegal, y por lo mismo debía declararse nulo.

Caución para demandar. Artículo 462 del Acuerdo 09 de 2001

La fijación de la caución estaba regulada por el artículo 867 del Estatuto Tributario, que fue modificado por artículo 7° de la Ley 383 de 1997 y declarado inexecutable mediante sentencia C-318 de 1998 de la Corte Constitucional, en la que concluyó que era inconstitucional la obligación de otorgar caución para poder acceder a la vía jurisdiccional y fijar porcentajes y vigencias, ya que este tema se regía por el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo. Respecto a la naturaleza de la función de fijar cauciones, el Consejo de Estado ha ratificado que esta es una atribución que le corresponde al legislador y no a las autoridades administrativas.

3. Violación a los principios constitucionales de equidad e igualdad

Observó que en el ámbito fiscal, los principios de equidad e igualdad, independientemente de su denominación y evolución conceptual, coinciden, ya que la razón de su existencia no es otra que la de garantizar que el Estado en cumplimiento de sus fines no imponga tratos discriminatorios entre sus ciudadanos.

Del análisis de las bases gravables y de las tarifas previstas en los artículos 77, 78 y 79 del Acuerdo demandado, concluyó que las personas que prestaban en el municipio de Ciénaga servicios públicos domiciliarios, recibieron del ente territorial un trato discriminatorio diferente y más gravoso, que el recibido por otros sujetos pasivos que ejercían actividades industriales y comerciales. Ello significó, que sin razón alguna los sujetos pasivos cobijados por el parágrafo del artículo 77 y 79 del Acuerdo 09 de 2001, fueron sometidos a doble tributación, sin justificación válida.

Además, hubo violación expresa del artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994, que autoriza a los municipios para gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos, aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales.

4. Violación a la adscripción de funciones por las normas legales que regulan el sector

Indicó que el legislador para regular el régimen de tarifas por la prestación de los servicios públicos domiciliarios, estableció en el artículo 69 de la Ley 142 de 1994, la creación de tres comisiones encargadas de regular cada una de ellas el servicio público, parámetros que fueron desconocidos por el Municipio de Ciénaga al expedir el Acuerdo 09 de 2001, e ilegalmente interfirió en el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, al exigir a las empresas prestadoras de servicios que este impuesto no podría ser trasladado al usuario del mismo.

5. Indefinición en los artículos 168, 171 y 172 del Acuerdo 09 de 2001 sobre la causación de la sobretasa bomberil

Indicó que el Concejo Municipal de Ciénaga no determinó en dichos artículos, ni en ningún otro aparte del Acuerdo, cuál era el momento de causación de la sobretasa bomberil, tan solo señaló, que esta se causaba y liquidaba a la tarifa del 4% sobre todos los impuestos del municipio. Es decir, no precisó si el valor del tributo allí fijado se causaba y liquidaba con anterioridad, posterioridad o simultáneamente a cada uno de los impuestos.

Que al no haber sido señalada la causación el tributo no podía precisarse el momento de nacimiento de la obligación, entonces, el aparte acusado era nulo por indeterminación del tributo, y por lo mismo hacía imposible su exigibilidad.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el mismo escrito de la demanda solicitó la suspensión provisional de los artículos demandados, la cual fue concedida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante providencia de 18 de marzo de 2004, para los artículos 51 al 56, 74 al 79, 81 al 83, 237, 347 y 462 del Acuerdo Municipal 09 de 2001 de Ciénaga, y la negó para los artículos 37, 168, 171, 172, 196, 211, 213 y 223 del mismo acuerdo.

LA OPOSICIÓN

El Concejo Municipal de Ciénaga en la contestación a la demanda no hizo ningún señalamiento de hecho o de derecho, sino que se limitó a confirmar o denegar los hechos presentados por el demandante.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad de los Artículos 51 a 56, 74 a 79, 81 a 83, 171, 237, 347 y 462 y de la expresión bimestral contenida en los numerales 1 y 2 del artículo 211 y en el artículo 223 del Acuerdo N° 09 del 21 de marzo del 2001, expedido por parte del Concejo Municipal de Ciénaga. Según los siguientes argumentos:

1. Impuesto de uso de subsuelo y rotura de vías, contenido en los artículos 51 a 56 del Acuerdo 09 de 2001

Tanto las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 y el Decreto 1333 de 1986; normas en las que el Concejo Municipal de Ciénaga fundamenta este impuesto, no contenían disposición alguna que lo autorizara.

El artículo 20 del Decreto 1501 de 1998 hacía alusión al cobro de tarifas por parte de los municipios por la utilización de subsuelo o del espacio público, pero esta fue modificada por el artículo 1° del Decreto 196 de 1999, por lo tanto, se eliminó el cobro de tarifas. Agregó que la potestad impositiva de los municipios es derivada, es decir, que en materia de impuestos los municipios solo pueden desarrollarlos cuando estos sean creados por la ley. Como refuerzo de lo expuesto citó doctrina judicial del Consejo de Estado¹.

Debido a la falta de fundamento legal para la imposición del precitado impuesto por parte del Municipio de Ciénaga, declaró la nulidad de los artículos acusados, toda vez que las disposiciones en que se fundamentó el Acuerdo N° 09 del 2001 salieron del mundo jurídico, pues la Ley 142 de 1994 en su artículo 186 derogó expresamente el literal c) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986.

2. Impuesto de pesas y medidas, contenido en los artículos 74 a 79 y 81 a 83 del Acuerdo 09 de 2001

Que después de haber examinado las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 y el Decreto Ley 1333 de 1986, no encontró norma alguna que autorizara la creación de este impuesto, vulnerándose los artículos 150[12], 313[4] y 338 de la Constitución Política y el artículo 32[7] de la Ley 136 de 1994.

Que fue evidente que el Concejo Municipal de Ciénaga (Magdalena), en virtud del principio de legalidad tributaria actuó de manera ilegal al establecer el cobro de la tasa de pesas y medidas y su correspondiente tarifa, pues este tributo no tenía regulación específica legal ni sus elementos constitutivos estaban determinados, máxime que la ley en que se fundamentó el concejo para tomar su decisión no autorizaba dicho tributo.

Que al desbordar el ente municipal su competencia, dicho gravamen no contaba con un soporte de orden legal, lo cual constituía un claro desconocimiento del principio de legalidad tributaria. Razón por la cual los artículos 74 a 79 y 81 a 83 se declararon nulos.

3. Impuesto de Industria y Comercio, previsto en los artículos 37[a], 180, 187, 188, 195, 196, 199, 200[a y b] , 211[1y 2, 213 y 223 del Acuerdo 09 de 2001

Indicó que se debían dejar incólumes los artículos 180, 187, 195, 196, 199 y 2001 del acuerdo demandado, toda vez que el establecimiento de retención en la fuente del impuesto de industria y comercio es un mecanismo eficiente para el cobro anticipado creado por la ley, por lo cual, el Municipio del Ciénaga no se podía apartar de tal mandato. Lo anterior tiene sustento en la doctrina judicial del Consejo de Estado, en la que se dejó sentado el reconocimiento de la facultad a los Concejos Municipales para adoptar la retención en la fuente como un instrumento eficiente para la captación del impuesto².

Respecto a las declaraciones tributarias, contenidas en el artículo 211[1 y 2], 213 y 223 del acuerdo demandado, relativo a que el Impuesto de Industria y Comercio, se causaba y declaraba de manera bimestral, teniendo como base gravable los ingresos de cada bimestre, precisó que el artículo 196 del Decreto Ley 1333 de 1986, señaló que este impuesto se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, por lo que no le era permitido al Concejo Municipal de Ciénaga, establecer una base gravable distinta a la prevista por el legislador, por lo que declaró la nulidad de la expresión “bimestral”.

4. Sobretasa para financiar la actividad bomberil, contenida en los artículos

¹ Sentencia de 6 de marzo de 2003 Exp. 12426 M.P. Ligia López Díaz

² Sentencia de 9 de noviembre de 2001 Exp. 12298 C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié

168, 171 y 172 del Acuerdo 09 de 2001

Respecto a este tributo, observó que la Constitución Política determinó quienes pueden crear tributos, entre los cuales están los municipios, y exige que los elementos estructurales sean fijados directamente por un órgano de representación popular, pero con sujeción a la ley que primeramente los haya establecido.

Adujo que el Consejo de Estado³ en estudio realizado al parágrafo del artículo 2° de la Ley 322 de 1996, que autorizó la sobretasa bomberil, precisó que en aquellos casos, en los cuales la ley crea un tributo, esta debe fijar sus elementos directamente; pero cuando la norma solo dispone la creación de tributos, entonces pueden los órganos de representación popular fijar los demás elementos del “gravamen fiscal”.

Observó que el artículo 171 del acuerdo acusado, le delegó al Alcalde del Municipio de Ciénaga (Magdalena) reglamentar todos los aspectos relacionados con la sobretasa bomberil, apartándose de los axiomas y el espíritu que inspira el principio de legalidad tributaria, por lo que consideró que era imperioso declarar la nulidad del citado artículo.

5. Violación de normas de procedimiento aplicables a los tributos Distritales. Contenidas en los artículos 237, 347 y 462 del Acuerdo 009 de 2001

El texto del artículo 237 indicaba que la notificación por correo certificado se debía practicar mediante envío de una copia del acto correspondiente a la dirección informada por el contribuyente y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-096 de 2001, declaró inexecutable la parte final del artículo 566 del Estatuto Tributario, al considerar que no era una forma idónea para dar cumplimiento al principio de publicidad que debían cumplir los actos jurídicos de la función pública administrativa. Por tal razón se declaró inexecutable el artículo 237 del acuerdo acusado.

En cuanto al requisito del artículo 347[d], como era el de acreditar el pago de la liquidación privada, cuando el recurso se interpusiera contra la liquidación de revisión o de corrección aritmética, como dicho literal fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en fallo C- 1141 de 2000, y reproducido en el Acuerdo demandado, declaró su nulidad.

Por último, frente a la caución para demandar prevista en el artículo 462 del Acuerdo 09 de 2001, si bien el Estatuto Tributario en su Artículo 867, modificado por el Artículo 7 de la Ley 383 de 1997, estableció esta garantía, la norma fue declarada inexecutable en su integridad, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-318 de 1998, por tanto, este tema debía regirse por lo dispuesto en el Artículo 140 del Código Contencioso Administrativo.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación, por considerar que el Tribunal se contradijo, al anular la norma que decía que el impuesto de industria y comercio es bimestral, mientras que en otro sentido consideró ajustados a derecho los artículos 37 literal a), 199 y 200 del Acuerdo 09 de 2001, que dicen exactamente lo mismo, lo que denota una abierta contradicción en el sentido y cuerpo del fallo, pues,

³ Sentencia de 11 de junio de 2004 Exp. 13840 C.P. Ligia López Díaz

aunque se ignoró la expresión “bimestralidad”, quedaron vigentes normas que imponen de una parte a las empresas de servicios públicos domiciliarios la obligación de liquidar el ICA por periodos bimestrales, y de otra parte, que la retención en la fuente se practique y declare bimestralmente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos.
El **Ministerio Público** guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de 14 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, la Sala debe decidir si se ajustan a la legalidad los artículos 37 literal a), 199 y 200 del Acuerdo 009 de 2001 del Concejo Municipal de Ciénaga.

Problema Jurídico

Precisa la Sala que son dos los aspectos a decidir en materia de legalidad del Acuerdo 09 de 21 marzo de 2001 del Concejo de Ciénaga, el primero si el Literal a) del artículo 37 acusado podía establecer que el impuesto de industria y comercio por la prestación de servicios a usuarios finales se liquide por periodos bimestrales, y el segundo, si los artículos 199 y 200 demandados en materia de retenciones en la fuente del citado impuesto, admiten fijar periodos bimestrales para su pago a cargo de los agentes retenedores.

Cuestión Previa

El cargo de apelación se produjo ante la negativa del *a quo* de acceder a la aclaración y complementación del fallo apelado, porque en su criterio la parte demandante, en su libelo, no indicó la norma violada y el concepto de violación, con lo cual desatendió el artículo 137(4) del Código Contencioso Administrativo. Para la Sala se tiene que revisada la demanda⁴, en el numeral 1.4.3. se mencionó como norma demandada el literal a) del artículo 37 del Acuerdo 09 de 2001 del Concejo de Ciénaga.

Aclarado lo anterior procederá la Sala al estudio del cargo.

Periodo del Impuesto de Industria y Comercio

El texto demandado del Acuerdo 09 de marzo de 2001 es:

“Artículo 37 Normas especiales para entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El impuesto de Industria y Comercio a cargo de las empresas encargadas de la prestación de los servicios públicos domiciliarios será el aplicado conforme a las siguientes reglas:

a) Se causa por la prestación de los servicios a los usuarios finales en el Municipio de Ciénaga, **liquidado por periodos bimestrales.**”⁵(Parte en negrillas corresponde a la demanda)

⁴ Fls 14-16 c.a.

⁵ Se precisa que la acción respecto de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios solo se discute la periodicidad del impuesto, pero no su condición de sujeto pasivo del ICA y el hecho generador.

Para la Sala, el impuesto de industria y comercio se causa al realizarse una actividad gravada de tipo industrial, comercial o de servicios dentro de la jurisdicción del municipio, conforme al artículo 32 de la Ley 14 de 1983⁶.

El ICA es un impuesto de período, aspecto que se deriva de la forma como se liquida pues su base gravable corresponde, al promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior obtenidos en desarrollo de las actividades gravadas, como indica el artículo 33 de la ley 14 de 1983⁷.

Ahora bien, independientemente de que cada vez que se realicen actividades gravadas se cause el impuesto, este solo puede liquidarse hasta el final de periodo gravable, una vez conocidos en forma cierta los ingresos percibidos objeto de gravamen.

En consecuencia, modificar la periodicidad con que el contribuyente debe liquidar o pagar el impuesto afecta la estructura del tributo, que al ser un aspecto definido por el legislador únicamente a este le corresponde modificarlo, sin que el concejo municipal sea competente so pena de violar el artículo 338 constitucional⁸.

Sirva para ilustrar lo expuesto, doctrina judicial que se reitera⁹:

“Para la Sala, tales definiciones son contrarias a la ley, pues independiente de la facultad que tienen los municipios para adoptar los mecanismos que les permitan la recaudación gradual del impuesto, exigiendo que su pago sea mensual o bimestral, facultad que corresponde a la administración y control del tributo, no es posible que en ejercicio de ella puedan modificar el “período gravable” por el cual se debe tributar, (...), señalando que éste es “bimestral”, cuando la ley indica que es “anual”. Tampoco les está permitido establecer una base gravable distinta a la prevista por el legislador, tomando los ingresos brutos del “mismo período” bimestral, como base de liquidación del tributo, cuando la ley dispone que son los ingresos brutos del año inmediatamente anterior a la “vigencia fiscal” declarada los que sirven de base para la cuantificación del tributo. Lo anterior porque estas definiciones corresponden a la estructura del impuesto, materia

⁶ Artículo 32.- El Impuesto de Industria y Comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos

⁷ Artículo 33.- 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 proveniente 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.(...)

⁸ 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.

⁹ Sentencia de 9 de noviembre de 2001. Expediente: 12298 Juan Ángel Palacio Hincapié.

reservada al legislador ordinario por mandato constitucional, y en aplicación del principio de legalidad de los tributos, artículo 338.”

Lo anterior es suficiente para acceder a las súplicas de la demanda.

Pago bimestral de las retenciones en la fuente practicadas en el ICA

En concepto del *a quo* la normas sobre la presentación bimestral de las declaraciones de retención en la fuente no se anularon, por cuanto, ello corresponde a un mecanismo de captación eficiente del impuesto y no afecta la periodicidad del tributo. Mientras que para la parte demandante, el impuesto de industria y comercio tiene un período anual que no admite liquidación y pagos bimestrales.

La Sala precisa que los artículos citados disponen de un período bimestral de presentación y pago de las declaraciones de retención del ICA y las obligaciones del agente retenedor de practicarlas, cada vez que se realice un pago o abono en cuenta sujeto a retención, y lógicamente presentar la respectiva declaración oportunamente.

La retención en la fuente *“es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido que a título de impuesto se retiene, cuando se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para el beneficiario del mismo”*.¹⁰ Tiene como objetivo entre otros, facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto, sirve de mecanismo de control, cruce de información, ayuda a prevenir la evasión y obtener en forma progresiva que el impuesto se recaude en el mismo ejercicio gravable en que se cause, sin que para dicho fin se tenga que esperar a la finalización del período gravable.

El establecimiento de la retención en la fuente en materia del ICA, antes que ver con aspectos relativos a la creación de los impuestos del artículo 338 de la Constitución Política,¹¹ se acompasa con la facultad de administración y recaudo de los tributos según el artículo 287[3] ídem,¹² que implica entre otros su incorporación al presupuesto municipal de la correspondiente renta, la reglamentación del procedimiento de recaudo, fiscalización, control y ejecución coactiva del impuesto, así como de todos aquellos aspectos relativos a la determinación individual del tributo.

Lo anterior, en consonancia con el principio de eficiencia de los tributos del artículo 363 constitucional¹³, cuyo desarrollo legal está en los artículos 62 de la Ley 55 de 1985¹⁴ incorporado en el artículo 203 del Decreto Ley 1333 de 1986¹⁵, que faculta

¹⁰ Sentencia de 12 de abril de 2002. Expediente 12577 C.P. Germán Ayala Mantilla,

¹¹ 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.(...)

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

¹³ Artículo 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.

¹⁴ Artículo 62.- Para efectos de la correcta liquidación y pago del impuesto de industria y comercio, los concejos municipales expedirán los acuerdos que garantice el efectivo control y recaudo del mencionado impuesto.

¹⁵ 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.

a los concejos municipales para expedir los acuerdos que garanticen el efectivo control y recaudo del mencionado impuesto, de manera que, *“por regla general, los mecanismos de cobro anticipado de los tributos, tales como las retenciones en la fuente o los anticipos, son instrumentos de captación eficiente de recursos, tendientes a obtener abonos a buena cuenta de la obligación tributaria, que facilitan el ingreso permanente de fondos a las arcas públicas, y constituyen además medio de control a la evasión. Dichas herramientas de aceleración de la captación de los tributos unilateralmente impuestos por el Estado, son instrumentos esenciales de los que dependen la capacidad de gestión y ejecución y forman parte de las diferentes medidas que pueden dictar los concejos municipales para “reglamentar su recaudo”*¹⁶.

En consecuencia, al establecer los actos demandados el término de un bimestre para presentar la declaración de retención en la fuente, no desconoce o modifica ninguno de los elementos esenciales del impuesto de industria y comercio, pues como mecanismo anticipado de recaudo del tributo, simplemente se dirige a obtener un pronto pago en el curso del periodo gravable, que acreditado en debida forma admite su posterior descuento al momento de pagar el impuesto.

Así mismo, el hecho de establecer unas obligaciones a cargo de los agentes retenedores, es para garantizar el cumplimiento oportuno la obligación de colocar a disposición del erario los dineros públicos retenidos, los cuales no deben permanecer de forma indefinida en su poder, porque harían nugatorio el mecanismo de la retención en la fuente, por tanto se negará el cargo.

Ahora bien, observó la parte demandante en la apelación, que el fallo recurrido es incongruente por cuanto del Acuerdo demandado anuló la expresión “bimestral” de los artículos 211 numerales 1 y 2 y 223, pero no lo hizo en los artículos 199 y 200 ídem.

Los artículos 211 numerales 1 y 2 y 223 del acuerdo demandado prescribían:

“Artículo 211.- Clases de Declaraciones: Los contribuyentes, responsables y agentes de retención en la fuente, deberán presentar las siguientes declaraciones:

1. Declaración bimestral del Impuesto de Industria y Comercio, y complementarios para contribuyentes del régimen común y declaración anual del impuesto de Industria y Comercio y complementarios para contribuyentes del régimen simplificado, cuando de conformidad con las normas vigentes, estén obligados a declarar.

2. **Declaración bimestral de retención del impuesto de Industria y Comercio y Complementarios.(...)**

Artículo 223.- Declaración de Retención en la Fuente del Impuesto de Industria y Comercio.- **La retención por concepto del Impuesto de Industria y Comercio, se declarará bimestralmente en el formulario de la declaración del Impuesto de Industria y Comercio.**

Los no contribuyentes del Impuesto de Industria y Comercio que tengan la calidad de agentes retenedores presentará su declaración de retención diligenciando exclusivamente las casillas destinadas para tal efecto dentro de la declaración del impuesto de Industria y Comercio.”

(negrillas fuera de texto)

La Sala observa que respecto de los artículos 199 y 200 demandados, la expresión bimestral no se anuló en materia de retención en la fuente, por ser un mecanismo anticipado del recaudo del impuesto que no afecta ninguno de sus elementos estructurales. En consecuencia el *a quo* no debió anular la expresión bimestral de los artículos 211 numerales 2º y 223 inciso primero del Acuerdo N° 09 de 2011 del Acuerdo del Concejo Municipal de Ciénaga.

¹⁶ Sentencia de 22 de Noviembre de 1996 exp. 8005, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo

En ese sentido se advierte, que la congruencia “es un principio fundamental de derecho, de consagración positiva en nuestro ordenamiento jurídico por el cual la sentencia debe dictarse en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda (...) y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”¹⁷. Similar disposición prevé el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo¹⁸ al ordenar que la sentencia tiene que ser motivada, debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Este principio de la congruencia de la sentencia, exige de una parte que exista armonía entre la parte motiva y la parte resolutive de la misma, lo que se denomina congruencia interna, y de otra, que la decisión que ella contenga, sea concordante con lo pedido por las partes tanto en la demanda, como en el escrito de oposición, denominada congruencia externa, es decir, se tome la decisión conforme se ha marcado la controversia en el proceso”¹⁹.

En consecuencia, la sentencia que dicte la Sala no puede alentar la incongruencia interna de los fallos, porque a sabiendas de que es legal la presentación bimestral de la declaración de retención en la fuente del ICA se aceptaría en su parte resolutive lo contrario si se confirma el fallo apelado, en el sentido de mantener la nulidad de la expresión bimestral del numeral del artículo 211 y del artículo 223 acusados.

Confirmar el fallo implicaría desconocer el principio de legalidad del tributo previsto en el artículo 338 constitucional, porque, se insiste, los concejos municipales, en materia de retención en la fuente del ICA, pueden fijar periodos bimestrales de pago, situación que, de no reconocerse, enervaría el principio de la supremacía de la Constitución Política, previsto en el artículo 4²⁰.

Ahora bien, en este caso se configura la excepción de legalidad o de conformidad de la norma con el orden jurídico, que el juez debe declarar de oficio conforme al artículo 164 del C.C.A.²¹, y aun a pesar de la restricción de la *reformatio in pejus*,

¹⁷ Código de Procedimiento Civil. Artículo 305. Congruencias. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 135 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

¹⁸ Artículo 170. Contenido de la sentencia. <Subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

¹⁹ Sentencia de 16 de Agosto de 2002. Expediente. 12668. Juan Ángel Palacio Hincapié.

²⁰ ARTÍCULO 4°. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

²¹ Artículo 164. Excepciones de fondo. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

porque “en el presente caso no es posible aplicar dicho principio, sin incurrir en violación de las normas legales que prescriben la obligación para el fallador de basar sus providencias en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, teniendo en cuenta que el Tribunal está concediendo un derecho con base en un error, que no se acomoda a las pruebas obrantes en el proceso. El error en que incurrió el Tribunal, no puede convertirse en una situación creadora de derechos”²².

Igualmente, el no modificar la sentencia de nulidad de los artículos antes citados, llevaría a violar el derecho de igualdad²³, porque, ante supuestos normativos similares e igual razonamiento o análisis aplicable en derecho, no se decide en el mismo sentido. Además, al violarse el derecho de la igualdad se vulnera el acceso a la administración de justicia²⁴ con un fallo incongruente, situación que de no modificarse, menoscaba la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, motivos mas que suficientes para modificar el fallo apelado.

Respecto del numeral 1º del artículo 211 acusado, procede la declaratoria de nulidad, porque los contribuyentes en materia de ICA no están obligados a presentar declaraciones bimestrales, pues la base gravable la constituye el promedio de los ingresos gravados obtenidos durante el año inmediatamente anterior según el artículo 33 de la Ley 14 de 1983²⁵, por tal razón la nulidad ordenada por el *a quo* se mantendrá.

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.

FALLA

MODIFÍCASE el numeral primero de la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la expresión “**liquidado por períodos bimestrales**”, del literal a) del artículo 37 (parcial) y de los artículos 51 a 56, 74 a 79, 81 a 83, 171, 237, 347 y 462 del Acuerdo N° 09 el 21 de marzo de 2001, expedido por el Concejo Municipal de Ciénaga Magdalena.

Así mismo, **SE DECLARA** la nulidad de la expresión “bimestral” del numeral 1 del artículo 211 del Acuerdo N° 09 del 21 de marzo de 2001, expedido por el Concejo Municipal de Ciénaga -Magdalena.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la "reformatio in pejus."

²² Sentencia de 1º de febrero de 2007. Expediente: 8963-05. C.P. Alberto Ayala Mantilla.

²³ Constitución Política. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

²⁴ Constitución Política. Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

²⁵ ARTICULO 33. <Artículo incorporado en el Decreto 1333 de 1986 como 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.

En lo demás **CONFÍRMASE** el fallo recurrido

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

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ