

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Entidades con personería jurídica

Para la Sala, es claro que la decisión cuestionada obedeció a que no fue el Concejo Municipal de Sincelejo la entidad que directamente expidió los actos acusados, lo cual, si bien es cierto, resulta aceptable el que los planteamientos del Municipio bien hubieren podido ser tenidos en cuenta por parte del a quo, al habersele notificado la demanda en los términos de la norma transcrita. Sin embargo, tal actuar por parte del Tribunal no está llamado a viciar el proceso judicial, y por tanto no es relevante para los efectos de nulidad solicitados por el recurrente, por cuanto consta en el expediente que la demanda fue notificada personalmente al Director del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte IMDER, ente con personería jurídica según consta en el acto de su creación, y emisor de las Resoluciones acusadas; a fin de que ejerciera su derecho de defensa dentro de la oportunidad procesal pertinente. Ahora, el que aquel no hubiere contestado la demanda en el marco de la primera instancia para defender sus intereses, es una actuación que no ha de ser suplida en el recurso de apelación para procurar la nulidad de lo actuado. En este orden, la Sala observa que no se cumple ninguno de los presupuestos procesales generadores de nulidad, previstos taxativamente en el artículo 140 del C. de P. C., de forma tal que la falta de legitimación por pasiva frente al Municipio de Sincelejo decretada por el a quo, no reviste entidad alguna para invalidar lo actuado, por lo que la Sección, acudiendo al principio de economía procesal, ha de decidir en esta providencia nugatoriamente la solicitud de nulidad de lo actuado, elevada por el apelante.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 150 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 83

COMPETENCIA DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES PARA CREAR TRIBUTOS – Su sustento tiene que tener origen en una Ley

Así las cosas, es claro que a la luz de las disposiciones constitucionales invocadas, el Concejo Municipal de Sincelejo no contaba con la facultad de decretar un tributo como el del mencionado Acuerdo sin la autorización previa de una Ley emitida por el Congreso de la República para ese efecto. Ahora bien, la entidad demandada pretende derivar la fundamentación legal para la creación del tributo previsto en el Acuerdo 22 de 1999 en el artículo 75 de la Ley 181 de 1995, al respecto, esta Corporación ha señalado en varios pronunciamientos que dicha norma no prevé autorización alguna para que los concejos municipales decreten tributos para el deporte, sino que tan solo indica una de las posibles fuentes de financiación de los entes deportivos territoriales. Nótese, entonces, que a fin de hallar el soporte jurídico necesario para el efecto, se requeriría la expedición de una ley del Congreso de la República que autorizare la creación del tributo respectivo o que fijare sus bases, sin que resulte suficiente lo dispuesto en la norma transcrita para que el Concejo Municipal despliegue la potestad tributaria atribuida a los entes territoriales en los términos de la Constitución y la Ley. Lo anotado conlleva a concluir que el Acuerdo 022 de 1999, modificadorio del artículo 21 del Acuerdo 039 de 1995, vulnera la Constitución Política y resulta, además, ilegal al no contar con el soporte jurídico requerido para la creación de la sobretasa en cuestión. Es clara la ilegalidad de las Resoluciones demandadas por cuanto, por un lado, estas entrañan la aplicación directa de unos actos administrativos claramente lesivos del orden jurídico superior, en tanto, el Concejo Municipal se arroga una competencia inexistente para crear el tributo, y a su turno, para otorgarle al IMDER la facultad de administrarlo y de recaudarlo; y, por el otro, la Resolución demandada 393, por la que se liquida la sobretasa y se ordena su

recaudo, invoca como sustento jurídico la Ley 181 de 1995, la cual, como se anotó, no otorga asidero legal alguno para el Concejo Municipal respecto de la creación de la sobretasa y menos aún al IMDER para su manejo y/o recaudación. De lo anotado, la Sala recalca, a manera de conclusión, que le asiste razón al a quo al declarar la excepción de inconstitucionalidad por cuanto el análisis llevado a cabo por aquel se refirió al texto del Acuerdo cuestionado, en confrontación con las disposiciones de la Carta Política que establecen el que los Concejos Municipales deben supeditar su facultad tributaria a la Ley; de forma tal que, al no encontrarse la existencia de una ley que le concediera al Concejo la autorización o las bases para la creación del tributo, resulta procedente el reconocimiento de dicha excepción para inaplicar el Acuerdo, en virtud del artículo 4 de la C.P.; y, en consecuencia, declarar la nulidad de los actos acusados.

FUENTE FORMAL: LEY 181 DE 1995 – ARTICULO 175 / LEY 136 DE 1994 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 287 NUMERAL 3 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 313 NUMERAL 4 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 12

NOTA DE RELATORIA: Concejos Municipales pueden decretar tributos siempre y cuando hayan sido autorizados por la Ley, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 9 de febrero de 2012, Rad. 2008-00277-01, MP. Maria Elizabeth García Gonzalez; Sección Cuarta, Rad. 2001-02173, MP. Martha Teresa Briceño de Valencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 70001-23-31-000-2007-00123-01

Actor: ASOCIACION MUTUAL SER

Demandado: INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACION DE SINCELEJO – IMDER

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo IMDER, contra la

sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre¹, por la cual se declaran probadas unas excepciones y la nulidad de las Resoluciones 393 de 22 de noviembre de 2006 y 108 de 27 de marzo de 2007, expedidas por dicho Instituto.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La Asociación Mutual Ser ESS, EPS del régimen subsidiado, actuando por medio de apoderada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y en vigencia del anterior C.C.A²., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Sucre³, tendiente a que mediante sentencia, se decretara la nulidad de las siguientes Resoluciones expedidas por el Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo IMDER: (i) 393 de 22 de noviembre de 2006, por la cual se liquida una sobretasa y se ordena su recaudo; y (ii) 108 de marzo 27 de 2007, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anterior.

Solicitó que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación, el pago y reintegro a favor de la actora de todas las sumas de dinero retenidas o que se llegaren a retener como consecuencia del acto declarado nulo en los términos de los artículos 176 y 178 del C.C.A.

1.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.2.1.- Indica que la Resolución 393 de noviembre 22 de 2006, ordenó al contratista demandante, cancelar a favor del IMDER, por concepto de sobretasa del 2% la

¹ Folios 284 a 315 del cuaderno principal del expediente.

² Decreto 01 de 1984.

³ Folios 1 a 17 del cuaderno principal del expediente.

suma de \$196.062.311 y por concepto de multa, la suma del 20% equivalente a \$1.960.623.111.

1.2.2. Contra la anterior decisión la demandante argumentó en el recurso de reposición que *“Dado su carácter Parafiscal, los recursos de la seguridad en salud, tienen una destinación específica, esto es, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social. Así lo establece expresamente el artículo 48 de la Carta Política...” (SIC).*

1.2.3. Señala que el artículo 12 del Acuerdo No. 39, por el cual se creó el IMDER, como establecimiento público del orden Municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, integrante del Sistema Nacional del Deporte, dispone en su artículo 12, que su patrimonio contará con los recursos que provengan del recaudo por concepto de la sobretasa a los contratos celebrados por el Municipio de Sincelejo, con todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

1.2.4. Afirma que mediante el Acuerdo No. 22 de noviembre 19 de 1999, el Concejo Municipal de Sincelejo estableció una sobretasa del 2% a favor del IMDER para todos los contratos estatales generadores de obligaciones que celebre el Municipio de Sincelejo, la persona municipal, la contraloría y todas las entidades descentralizadas del orden municipal.

1.2.5. Reitera que los recursos de la seguridad social en salud tienen carácter parafiscal y los mismos deben destinarse a la función propia de aquella, cual es la salud de los afectados y al efecto indica la distribución que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 se estableció para la UPC.

1.2.6. Acota que el IMDER, mediante los actos acusados, ordena pagar una suma de dinero y una multa por no pago de una presunta obligación a la demandante, sin tener en cuenta la parafiscalidad de los recursos que administra la EPSS.

1.2.7. Sostiene que el IMDER nunca inició antes de expedir los actos demandados, un procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad de la demandante, lo cual vulnera los artículos 29 y 229 de la C.P. y el C.C.A. Ello significa que se expidió la Resolución 393 sin escuchar en descargos a la EPSS, lo cual genera la nulidad de lo actuado.

1.2.8. Agrega que el IMDER omitió la notificación personal de la Resolución 108 de marzo 27 de 2007, por la cual se resolvió el recurso.

1.3. Las normas que se consideran violadas son las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 48, 58 y 83.
- Ley 100 de 1993
- Ley 715 de 2001
- Acuerdo 244 de 2003
- Decreto 050 de 2003
- Ley 1122 de 2007
- Decreto 1020 de 2007
- C.C.A., Decreto 01 de 1984.

1.4. El concepto de violación fue expuesto así:

1.4.1. Arguye que los actos acusados dicen fundamentar la obligación de la demandante en un acto no amparado en la C.P., ni en la Ley, sino en el Acuerdo Municipal 22 de noviembre 19 de 1999, por lo que aquellos parten de un error de derecho que desconoce la parafiscalidad de la UPC subsidiada, lo que a su turno

genera la violación del artículo 91 de la Ley 715 de 2001 en concordancia con el artículo 8 del Decreto 050 de 2003.

Sostiene que los actos que se acusan aluden a reglas internas proferidas por el IMDER contrarias a la C.P. y a la Ley, so pretexto de su financiamiento, el cual debe generarse, entre otros, del Sistema General de Participaciones. Esto hace incurrir al funcionario que profirió los actos en responsabilidad disciplinaria, de acuerdo con la norma invocada. Igualmente, en los términos del artículo 17 del Decreto Ley 1281 de 2002, los funcionarios se harán acreedores a la sanción prevista en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 consistente en multa a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía, y alude también a lo previsto en el Decreto 1281 de 2002.

1.4.2. Argumenta que lo resuelto por el IMDER ocasiona destinación oficial diferente, pues los recursos del Sistema General de Participaciones deben ser destinados para garantizar la atención en salud y no para financiar el deporte o recreación de entidades distintas a las facultadas para administrar los recursos destinados a la salud de la población pobre subsidiada y cita al efecto los artículos 2º, 365 y 366 de la C.P.

Sostiene que debe darse aplicación al artículo 4 de la C.P., según la cual, en caso de existir incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica (actos administrativos) se deben aplicar las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos en los términos del artículo 6 ibídem, cuando infringen el estatuto superior y las leyes, por acción, omisión o extralimitación.

Lo anterior debe predicarse en relación con el Acuerdo 22 de 1999, pues no es viable que este extienda beneficios que contraríen la C.P. y las normas que regulan el sistema general de participaciones y la prestación del servicio de salud a la población pobre.

1.4.3. Como violación de rango constitucional, argumenta que hubo violación del preámbulo y del artículo 1º de la C.P., porque la demandada pretende hacer uso de los recursos del sistema general de participaciones usufructuando indebidamente los recursos que el Estado necesita para atender fines específicos.

Por su parte, indica que el artículo 2 ibídem fue violado porque no es posible que unos funcionarios públicos asuman competencias que no les han sido expresamente reconocidas y ordenen destinar recursos de destinación específica para financiar actividades distintas a las señaladas en la Constitución Política, y también alude a la violación del artículo 4º ibídem.

Invoca el artículo 48 de la C.P. como violado y el 58 ibídem puesto que con base en un Acuerdo municipal el IMDER pretendió gravar con una sobretasa del 2% los recursos del régimen subsidiado y más grave aún imponer multas que carecen de todo fundamento. En este punto, afirma que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional, la UPCS subsidiada tiene el reconocimiento de parafiscal en un 100%, por lo que todos los recursos que recibe la EPS-S del régimen subsidiado por administración, son también parafiscales y de destinación específica.

1.4.4. Como violación de rango legal invoca la Ley 100 de 1993, Ley 715 de 2001, Decreto 050 de 2003, Acuerdo 244 de 2003 y la Ley 1122 de 2007.

Sostiene que la Ley 100 de 1993 es vulnerada porque gravar recursos parafiscales constituye una práctica insegura e ilegal y reitera que los recursos de la seguridad social son indispensables para el funcionamiento del sistema.

Indica que si es necesario que una parte de los recursos del SGSSS sean dedicados a gastos administrativos, es obvio que los dineros destinados a financiar dichos gastos sean recursos del sistema de seguridad social y por tanto no pueden ser

gravados para engrosar el presupuesto general, con lo cual se estarían destinando a otros propósitos en vulneración de la prohibición del artículo 48 de la C.P. y del artículo 91 de la Ley 715 de 2001.

1.5.- El Municipio de Sincelejo, mediante apoderado, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

1.5.1. Señala que el Acuerdo No. 22 de 1999 del Concejo Municipal de Sincelejo no afecta el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud, pues el que se grave con la sobretasa del 2% implica simplemente un requisito a la existencia del contrato, siendo su pago un elemento condicionante para la vida de éste. Al respecto, trae a colación lo señalado en la Sentencia del 11 de mayo de 2005, Expediente No. 2003-00746-00 del Tribunal Administrativo de Sucre en el que se enjuició el mencionado Acuerdo y se concluyó que *“el pago de la sobretasa es un acto previo al perfeccionamiento del contrato es decir un acto precontractual que por lo tanto lo cancela el contratista con sus propios recursos y no con lo que espera recibir por el desarrollo del objeto contractual ni con lo que en virtud de la actividad contratada que espera administrar”*. (SIC)

Por lo anterior, la sobretasa no se aplica sobre recursos parafiscales, pues la misma se paga con recursos del contratista que no pertenecen al erario público, sino que debe conseguirlos por su propia cuenta y riesgo a fin de poder suscribir el contrato.

1.5.2. Sostiene que no es cierto que se hubieren violado los artículos 29 y 229 de la C.P. porque el actor tuvo la oportunidad de ejercer el contradictorio en los términos de ley.

1.5.3. Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por activa por cuanto los actos fueron expedidos por el Instituto Municipal del Deporte y Recreación de Sincelejo IMDER, y no por el Municipio.

1.5.4. Asimismo formula la excepción de incongruencia de las pretensiones respecto de lo planteado con la petición, por cuanto los actos acusados no pueden considerarse como la respuesta al derecho de petición interpuesto por el actor y en consecuencia ello no produce efectos jurídicos para el demandante.

También propone las excepciones de acción errónea por considerar que debió demandarse bajo una acción contractual, la de infundabilidad de la demanda, la excepción genérica y la de cobro de lo no debido al estimar que la causación de la obligación es incontrovertible.

1.5.5. Alude a la Ley 181 de 1995, por la cual se dictan disposiciones para el deporte, la recreación y aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el Sistema Nacional del Deporte; para defender la potestad de los concejos municipales no solo para crear los entes municipales del deporte y la recreación, sino también para establecer sobretasas y contribuciones destinadas exclusivamente al fomento de los mismos.

Concluye que el demandante, como contratista del Municipio, en igualdad de condiciones con los otros contratistas, está en la obligación de contribuir con el requisito precontractual de pagarle al IMDER el valor de la sobretasa.

II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo decidió declarar probadas unas excepciones y la nulidad de los actos demandados por considerar, en esencia, lo siguiente:

2.1.- En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa con respecto al Municipio de Sincelejo, indica que la misma procede por cuanto este no expidió los actos acusados. En consecuencia, la sentencia solo tendrá efectos frente al Instituto para el Deporte y la Recreación de Sincelejo IMDER.

2.2. Hace referencia a los considerandos del acto acusado en donde se invoca el artículo 313 de la C.P., la Ley 136 de 1994, el artículo 75 de la Ley 181 de 1995 y los Acuerdos 39 de 1995, por el que se creó al IMDER y 22 de 1999 por el cual se estableció una sobretasa del 2% a favor de este, para todos los contratos estatales generadores de obligaciones que celebre el municipio de Sincelejo, la persona municipal, la Contraloría y todas las entidades descentralizadas del orden municipal derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad (SIC). Asimismo, el Acuerdo impone a quienes incumplan la mencionada obligación multas del 20% del valor del contrato.

Adicionalmente se refiere a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre en la que se señala que el pago de la sobretasa es un acto previo al perfeccionamiento del contrato, y que por tanto, es el contratista el que la paga con sus propios recursos.

2.3. Señala que para decidir debe pronunciarse sobre el mencionado Acuerdo 22 en virtud del artículo 4 de la C.P., y en atención a que pese a existir un pronunciamiento de legalidad sobre el mismo, de acuerdo con el artículo 175 del C.C.A. el acto administrativo puede ser juzgado por razones diferentes a aquellas por las cuales se demandó y en la anterior demanda no se hizo alusión a la capacidad de los concejos municipales para crear impuestos, tasas y contribuciones, ni para establecer sanciones como se hizo en dicho Acuerdo.

2.4. Alude a los fundamentos normativos de la capacidad impositiva de los concejos municipales previstos en los artículos 150 numeral 12 de la C.P., 287 numeral 3º, 313 numeral 4º y 338 de la C.P., y en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 para concluir que aquella está condicionada al desarrollo legal respectivo, es decir, no se trata de una facultad directa o autónoma sino que debe mediar un acto con fuerza de ley. Agrega que la autorización legal no puede ser genérica, y cita jurisprudencia al respecto.

Afirma que la contribución denominada sobretasa se puede definir como aquella que recae sobre alguno o algunos de los tributos previamente establecidos y tiene como característica que los recursos obtenidos se destinan a un fin específico.

En el presente caso, el Acuerdo no menciona cuál es el impuesto al cual se le agrega la sobretasa y además se requiere autorización legal, la cual no existe, esto es, no hay una ley que autorice a los municipios a crear un impuesto a los contratos y por ello no puede existir tampoco una ley que autorice crear una sobretasa.

Asevera que, en este orden, el Concejo Municipal vulneró directamente los artículos 150, 313 y 338 de la C.P., razón suficiente para declarar con base en el artículo 4 ibídem la excepción de inconstitucionalidad del Acuerdo 22 de 1999, y por ende, la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho.

2.5. En relación con el restablecimiento del derecho, el Tribunal condena al IMDER a cancelar a la entidad demandante todas las sumas que como consecuencia de las resoluciones declaradas nulas haya recaudado, debidamente actualizadas hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Señala que a pesar de que no se probó la suma pagada, la sentencia es en concreto y no en abstracto, pues las partes deben conocer el valor de las sumas pagadas y las fechas para encontrar la cifra a cancelar.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo IMDER, mediante apoderado, apeló la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

3.1. Comienza por solicitar que sea desatendida la excepción de inconstitucionalidad del Acuerdo 022 de 1999 e indica que el fallo del Tribunal está plagado de desaciertos e informalidades.

En primer lugar indica que la demanda no debió ser estudiada de fondo, y en su lugar procedía inadmitirla y ordenar su corrección, por haberse aportado el acto acusado en copia simple, en desconocimiento del artículo 139 del C.C.A. El que el a quo hubiere desatendido esta norma corrigiéndole al actor la demanda de oficio, viola los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al derecho de defensa.

3.2. Afirma que los apartes del fallo en que se señala que el estudio del Acuerdo 022 puede ser abordado nuevamente por razones distintas a las evaluadas en el proceso anterior, muestra una errada interpretación del artículo 175 del C.C.A y desconoce el pronunciamiento sobre aquel que emitió el Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia del 11 de mayo de 2005, cuya existencia implica igualmente el desconocimiento de cosa juzgada al haberse fallado sobre la misma causa petendi, y por tanto, tener dicha sentencia efectos vinculantes. Al efecto, transcribe los apartes que considera pertinentes del mencionado fallo en lo que hace a la facultad de los

Concejos Municipales para decretar tributos y en el que se indica que el tributo de que trata el Acuerdo 022 de 1999 tiene fundamento en el artículo 75 de la Ley 181 de 1985. Asimismo, transcribe el aparte de la sentencia que señala que tal Acuerdo no viola la ley ni la constitución al no exceptuar a las entidades del régimen subsidiado en salud por cuanto el pago de la tasa es un acto previo a la suscripción del contrato, y por ende, no compromete recursos para la salud.

3.3. En cuanto a la excepción de falta de legitimación por activa del Municipio de Sincelejo declarada por el a quo, afirma que esta desconoce el artículo 150 del C.C.A., en el que se señala que las entidades públicas son parte en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellos o contra los actos que expidan. De ahí que al declarar la excepción de inconstitucionalidad de un acto expedido por el Concejo Municipal, se debiera notificar a este la demanda por cuanto la decisión afecta sus intereses al generar efectos erga omnes e invoca al efecto lo dispuesto por el artículo 83 del C.P.C., sobre la figura del litis consorcio necesario. De ahí que solicite en esta instancia el que se declare la nulidad de la actuación.

3.4. Sobre el restablecimiento del derecho cuestiona el aparte de la sentencia en que se indica *“que a pesar de que no se probó la suma pagada, ésta sentencia es en concreto y no en abstracto...”* por considerar que el Tribunal debió liquidar la cifra concreta a ser pagada en los términos del artículo 85 del C.C.A. Agrega que no se entiende cómo se delega a las partes la aplicación de la fórmula y a encontrar la cifra a cancelar, cuando ellos mismos reconocen en su proveído que no se probó la suma pagada, y más aún cuando los artículos 178, 179 del C.C.A. y 334 y 339 del C.P.C., indican las bases de liquidación de la condena para que la calcule el juez y no las partes, pues esto último implicaría una delegación de la función de administrar justicia a particulares.

3.5. Reitera el fallo anterior sobre el control de legalidad del Acuerdo 022 de 1999 para expresar que en aquella oportunidad también se indicó que la facultad tributaria de los Concejos Municipales está supeditada a la Ley. Repite que es una falacia, entonces, afirmar el que no se hubiera evaluado este punto en dicho proceso.

Trae a colación las normas constitucionales y legales que tratan sobre la potestad tributaria de los concejos municipales para justificar la legalidad del tributo previsto en el Acuerdo 022 de 1999 e invoca jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el alcance del artículo 338 de la C.P.

3.5. Alude al Acuerdo 39 de 1995 y nuevamente al 22 de 1999 para señalar que ambos surgieron al amparo del artículo 75 de la Ley 181 de 1995 que, al referirse al financiamiento de los entes deportivos municipales, señaló en sus numerales 3º y 6º que estos contarán para su ejecución con las rentas que creen los concejos municipales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre.

Asevera que estos dos acuerdos han mantenido perdurable en el tiempo la facultad del IMDER para cobrar la sobretasa con destino al deporte, y fueron objeto de control de legalidad mediante el proceso No. 2003-00746-00 anteriormente referenciado, reiterando al efecto que el pago de la sobretasa es un acto previo al perfeccionamiento del contrato, y por tanto, se cancela por el contratista con sus propios recursos y no con lo que espera recibir como desarrollo del contrato.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio. V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Del texto del recurso de apelación, es factible sintetizar los cuestionamientos del recurrente contra el fallo impugnado como a continuación se acotará, no sin antes advertir que los mismos se han de reordenar por la Sala a fin de proporcionar un orden temático al estudio de la alzada así:

(i) El Tribunal erró al declarar la excepción de falta de legitimación por activa por cuanto desconoce lo previsto en los artículos 150 del C.C.A, y 83 del C.P.C., debiéndose declarar en esta instancia la nulidad de todo lo actuado. Asimismo, invoca la irregularidad consistente en que el demandante no aportó los actos acusados en copia auténtica con la demanda, lo cual, en su entender, genera un defecto violatorio del debido proceso que amerita la revocatoria del fallo en esta instancia.

(ii) El a quo no contaba con fundamento alguno para declarar la excepción de inconstitucionalidad contra el Acuerdo 022 de 1999 por cuanto los asuntos respecto de los cuales adujo una ausencia de pronunciamiento en el juicio de legalidad previamente efectuado por la Jurisdicción contra aquel, carece de veracidad. Esto por cuanto en dicho proceso, contrario a lo afirmado por el Tribunal, sí se evaluó lo referente a la potestad tributaria de los concejos municipales.

(iii) En consecuencia, existía una sentencia judicial que hizo tránsito a cosa juzgada sobre el mencionado Acuerdo, en la que se señala que la sobretasa allí regulada se ajusta a derecho en tanto es recaudada de manera previa al contrato, y por ende, no afecta los recursos de la seguridad social, sino los propios del contratista.

(iv) El pronunciamiento referente al restablecimiento del derecho es equívoco toda vez que aun cuando el a quo reconoce no haberse probado la suma a ser devuelta,

indica que la condena es en concreto pero determinable por las partes, lo cual supone un desconocimiento de las normas que establecen la fijación de aquella en el C. de P. C.

2. La Sala abordará los planteamientos propuestos por el apelante, comenzando necesariamente por establecer si resulta procedente declarar en esta instancia la nulidad de todo lo actuado en razón de las irregularidades advertidas por el recurrente; puesto que de ser ello factible, no habría lugar a continuar con el estudio de los demás planteamientos formulados por el apelante contra la sentencia de primera instancia.

Pues bien, el cuestionamiento referente a que la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Municipio de Sincelejo prevista en el fallo impugnado, debe generar la nulidad de lo actuado, ha de ser denegado por la Sala. El recurrente afirma que se violaron los artículos 150 del C.C.A. y el 83 del C.P.C., sobre la figura del litisconsorcio necesario y la debida integración del contradictorio.

El aparte del artículo 150 del C.C.A. que el apelante considera vulnerado dispone:

“Notificación del auto admisorio de la demanda.

Las entidades públicas y privadas que ejerzan funciones públicas son parte en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan...”

Para la Sala, es claro que la decisión cuestionada obedeció a que no fue el Concejo Municipal de Sincelejo la entidad que directamente expidió los actos acusados, lo cual, si bien es cierto, resulta aceptable el que los planteamientos del Municipio bien hubieren podido ser tenidos en cuenta por parte del a quo, al habersele notificado la demanda en los términos de la norma transcrita⁴.

⁴ Folios 64 y 65 del cuaderno principal del expediente.

Sin embargo, tal actuar por parte del Tribunal no está llamado a viciar el proceso judicial, y por tanto no es relevante para los efectos de nulidad solicitados por el recurrente, por cuanto consta en el expediente que la demanda fue notificada personalmente al Director del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte IMDER⁵, ente con personería jurídica según consta en el acto de su creación⁶, y emisor de las Resoluciones acusadas; a fin de que ejerciera su derecho de defensa dentro de la oportunidad procesal pertinente. Ahora, el que aquel no hubiere contestado la demanda en el marco de la primera instancia para defender sus intereses⁷, es una actuación que no ha de ser suplida en el recurso de apelación para procurar la nulidad de lo actuado.

En este orden, la Sala observa que no se cumple ninguno de los presupuestos procesales generadores de nulidad, previstos taxativamente en el artículo 140 del C. de P. C.⁸, de forma tal que la falta de legitimación por pasiva frente al Municipio de

⁵ A folio 69 del cuaderno principal del expediente obra la constancia de notificación personal al Director del IMDER.

⁶ A Folio 73 del cuaderno principal del expediente consta el Acuerdo 39 de 1995.

⁷ El IMDER presenta en la primera instancia únicamente alegatos de conclusión a folios 186 a 190 del expediente.

⁸ "Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.
 2. Cuando el juez carece de competencia.
 3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
 4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.
 5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.
 6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.
 7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.
 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.
 9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.
- Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá

Siempre decretada por el a quo, no reviste entidad alguna para invalidar lo actuado, por lo que la Sección, acudiendo al principio de economía procesal, ha de decidir en esta providencia nugatoriamente la solicitud de nulidad de lo actuado, elevada por el apelante.

Ahora, en lo que respecta a la indebida integración del contradictorio en razón de la violación del artículo 48 del C.C.A., cabe advertir que esta tampoco se presenta toda vez que tal norma es clara al disponer que su aplicación tiene lugar cuando quiera que no sea posible emitir un pronunciamiento de fondo sin la participación de los sujetos o personas que deban ser citadas al proceso, lo cual no ocurre en el sub lite.

El texto de la norma es el siguiente:

“Artículo 83.- Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de

practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

Parágrafo.-Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece”.

dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso".
(Subrayado fuera de texto).

Obsérvese que aun cuando los actos acusados hallan su fundamento legal en un acto administrativo proferido por el Concejo Municipal, ello en modo alguno implica que no sea posible decidir de fondo sin su comparecencia puesto que el control que se ejerció respecto del Acuerdo 22 de 1999 fue por vía de excepción, el cual no redundaba en la declaratoria de nulidad del mismo, sino en su inaplicación frente al caso concreto, con efectos inter partes y no erga omnes como erradamente afirma el apelante⁹. De este modo, no se estima aplicable, en el presente caso, la norma invocada por el recurrente, dado que el objeto del proceso en estricto sentido no recayó sobre el Acuerdo hallado inconstitucional por vía de excepción, y ello, a su turno, significa que la decisión de mérito proferida en el proceso no afectó el acto expedido por el Concejo Municipal, al preservarse éste incólume hasta tanto se emita un pronunciamiento en contrario por parte de esta Jurisdicción.

De otra parte, el cuestionamiento alusivo al hecho de que el demandante presentó la demanda sin los requisitos formales, al no allegar con ella copia auténtica de los actos acusados, no es de factible aceptación en esta instancia. Esto, por cuanto una eventual irregularidad en tal sentido debe proponerse como excepción previa dentro del término de traslado de la demanda, según dispone el artículo 97 del C. de P. C.¹⁰, aplicable en el procedimiento contencioso administrativo por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A.; lo cual no fue observado por el demandante, pues como

⁹ Sobre el control constitucional por vía de excepción léase la sentencia de esta Sección de 22 de abril de 2004, Expediente No. 2002-00440-01, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta.

¹⁰ "Limitaciones de las excepciones previas y oportunidad para proponerlas. El demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas:

(...)

7. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones..." (Subrayado fuera de texto).

se constató, éste no le dio contestación a aquella, dentro de la oportunidad procesal conferida para el efecto.

3. Definido lo anterior, procede ahora la Sala a evaluar si la excepción de inconstitucionalidad decretada por el a quo fue desatinada, al haberse fundado en aspectos que ya habían sido objeto de estudio en el juicio de legalidad surtido sobre el Acuerdo 022 de 1999, modificadorio del Acuerdo 39 de 1995, en el expediente 2003-00746-00 tramitado en el Tribunal Administrativo de Sucre, con Ponencia de la doctora Tulia Isabel Jarava Cárdenas.

El fallo apelado alude a la necesidad de abordar el estudio de dicho Acuerdo toda vez que, por un lado, este es el fundamento legal de los actos acusados; y por el otro, no fue evaluado en el proceso judicial previo el asunto referente a la capacidad de los concejos municipales para crear impuestos, tasas y contribuciones, ni para establecer sanciones como multas¹¹. Al respecto, trae a colación lo dispuesto en el artículo 175 del C.C.A., por considerar que frente a ese asunto específico no hay lugar a la existencia de cosa juzgada al no haber conformado la causa petendi del juicio de legalidad sobre el Acuerdo 022 de 1999 de que trata el expediente 2003-00746-00. Afirma que en tal sentencia el debate se centró en que los recursos con los que se cancela la sobretasa no son de la seguridad social, y sobre la violación de la Ley 136 de 1994, el artículo 9º de la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la C.P.

Así, la Sala observa que si bien en la sentencia del 11 de mayo de 2005, Expediente No. 2003-00746-00¹², no se realizó un exhaustivo estudio sobre las facultades tributarias de los concejos municipales, la misma sí se refirió a dicho tema de manera tangencial, como fundamento para concluir que el Concejo Municipal de Sincelejo

¹¹ Léase el folio 304 del expediente.

¹² Folios 89 a 96 del cuaderno principal del expediente.

ostentaba la facultad para crear el tributo previsto en el cuestionado Acuerdo. Ello se deriva de lo expuesto en el mencionado fallo al precisar el problema jurídico a resolver¹³, remitiéndose al efecto, a lo previsto en el artículo 32 numeral 7º de la Ley 136 de 1994 e indicar que la competencia que en materia de tributos le asiste a los concejos municipales está supeditada a la autorización previa de la ley.

Así las cosas, no es del todo acertado el a quo al fundamentar la declaratoria de la excepción de ilegalidad en una ausencia de pronunciamiento al respecto en el proceso referenciado, por cuanto como se observa, el Tribunal sí emitió un juicio valorativo sobre la competencia tributaria en cabeza de los concejos municipales, aludiendo a lo previsto en la Ley 136 de 1994, según se señaló. Asunto diferente es que este fallo no le hubiere concedido un alcance atinado a las normas invocadas, como luego se indicará.

Ahora, es de advertir que la anterior imprecisión en el fundamento para invocar la mencionada excepción por parte del Tribunal, no implica que este hubiere efectuado un análisis sustancial errado con respecto a la inconstitucionalidad del Acuerdo 22 de 1999, por cuanto al efectuar el juicio comparativo entre este y lo previsto por la Carta Política en materia de la competencia de los concejos municipales para decretar tributos, advierte acertadamente que esta ha de encontrar sustento en la ley, de acuerdo con los artículos 338, 287 numeral 3º, 313 numeral 4º, en armonía

¹³ En la parte considerativa de la Sentencia referenciada se lee:

"Para la Sala el asunto a analizar en primer lugar es el relativo a la competencia legal del Concejo Municipal para imponer la sobretasa a favor del Instituto Municipal para el Deporte, la Recreación y el Aprovechamiento del Tiempo Libre y la Educación Extraescolar...

(...)

1.- Facultades del Concejo Municipal.

El ámbito de las competencias en materia de tributos que le asiste a los concejos municipales está supeditada a la autorización previa de la Ley...

...Se observa que el Concejo Municipal de Sincelejo, al expedir el Acuerdo 022 de 1999, en su considerando invoca las facultades legales contenidas en los artículos 32 numeral 7 Ley 136 de 1994..." (Subrayado fuera de texto).

con el artículo 150 numeral 12 de la Constitución Política¹⁴. Así lo ha señalado esta Sección en varios pronunciamientos de los que vale la pena traer a colación la Sentencia de 9 de febrero de 2012, Expediente No. 2008-00277-01, M.P. Dra. María Elizabeth García González que, en similar asunto, indicó lo siguiente:

“Se concluye que en tiempos de paz, el Congreso de la República es el único ente autorizado para la creación de leyes, es decir que el poder tributario recae en dicho órgano de elección popular, el cual debe sujetarse a los lineamientos establecidos por la Constitución y la Ley. Cabe aclarar que cuando la Carta Política otorgó autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses y consagró como parte de sus actividades la de administrar los recursos, “establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”, entre otras, no las autorizó para crear dichos tributos, pues como ya se dijo, tal potestad recae exclusivamente en el Congreso de la República. Significa lo anterior, que cuando la Carta Política consagra la facultad de “establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones” se refiere a que los entes territoriales, a través de sus Asambleas Departamentales y Concejos Municipales o Distritales tienen la potestad

¹⁴ “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”.

“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:

(...)

Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. (Subrayado fuera de texto).

“Artículo 313. Corresponde a los concejos:

(...)

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”.

de fijar directamente los elementos esenciales de los tributos locales, siempre que dichos tributos hayan sido creados previamente por el legislador o autorizados por él. (Subrayado fuera de texto).

La transgresión constitucional anotada es constatable al verificar el contenido del Acuerdo 022 de 1999, el cual, tuvo su origen en el Acuerdo 39 de 1995, por el que se creó el Instituto Municipal para el deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación extraescolar de conformidad con la Ley 181 de 1995. En efecto, este Acuerdo, instituyó la sobretasa en cuestión en su artículo 21, y este a su turno, fue luego modificado por los Acuerdos 15 del 13 de julio de 1998 y 22 de 1999. El tenor literal de lo dispuesto en el Acuerdo 22, es en lo pertinente, el siguiente:

“Establécese en el municipio de Sincelejo la sobretasa a todos los contratos de menor y de mayor cuantía, órdenes de prestación de servicios y suministro, que celebre el municipio de Sincelejo, la Personería, la Contraloría y los entes descentralizados del orden municipal con todas las personas naturales o jurídicas de derecho privado así:

HECHO GENERADOR: Lo constituye todos los contratos estatales, es decir todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren el municipio de Sincelejo (...)

SUJETO ACTIVO: En (SIC) el Instituto Municipal para el Deporte, la Recreación, el Aprovechamiento del Tiempo Libre y la Educación Extraescolar, la entidad en cuyo valor se establecen las potestades de liquidación, cobro, recaudo, investigación, control y administración de la sobretasa.

SOBRETASA: A partir del año 2.000 la sobretasa será del dos por ciento 2% que resulte de pagar sobre el valor de todos los contratos...

(...)

DESTINACIÓN DE LA SOBRETASA: El recaudo por concepto de la sobretasa se destinará para cubrir los gastos de funcionamiento del Instituto Municipal para el Deporte, la Recreación, el Aprovechamiento del Tiempo Libre y la Educación Extraescolar, para la construcción y mantenimiento de los escenarios deportivos y de las demás obras a realizar.

SANCIONES: El contratista que infrinja las normas que establece el presente Acuerdo estará sujeto a las multas que ascenderán al 20% del valor del contrato...”

Así las cosas, es claro que a la luz de las disposiciones constitucionales invocadas, el Concejo Municipal de Sincelejo no contaba con la facultad de decretar un tributo como el del mencionado Acuerdo sin la autorización previa de una Ley emitida por el Congreso de la República para ese efecto.

Ahora bien, la entidad demandada pretende derivar la fundamentación legal para la creación del tributo previsto en el Acuerdo 22 de 1999 en el artículo 75 de la Ley 181 de 1995, cuyo tenor establece en lo pertinente:

“Artículo 75. El Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, como organismo del orden nacional, contará:

(...)

Los entes deportivos departamentales, contarán para su ejecución con:

(...)

2. Las rentas que creen las Asambleas Departamentales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre. (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, esta Corporación ha señalado en varios pronunciamientos que dicha norma no prevé autorización alguna para que los concejos municipales decreten tributos para el deporte, sino que tan solo indica una de las posibles fuentes de financiación de los entes deportivos territoriales. Nótese, entonces, que a fin de hallar el soporte jurídico necesario para el efecto, se requeriría la expedición de una ley del Congreso de la República que autorizare la creación del tributo respectivo o que fijare sus bases, sin que resulte suficiente lo dispuesto en la norma transcrita para que el Concejo Municipal despliegue la potestad tributaria atribuida a los entes territoriales en los términos de la Constitución y la Ley. En este orden, es del caso prohiar lo dispuesto en la jurisprudencia de esta sección anteriormente referenciada así:

“Ahora el Acuerdo acusado se expidió con fundamento en el artículo 75 de la Ley 181 de 1995 (...)Teniendo en cuenta la regulación transcrita, en concordancia con lo expresado por esta Corporación frente a la misma normativa, es evidente que dicha ley no creó tributo alguno, ni fijó un

esquema por el que los Municipios y/o Distritos pudieran establecer las bases del mencionado gravamen, pues la norma en mención lo que hizo fue señalar los recursos con los que cuentan los entes deportivos para el cumplimiento de su labor, por ejemplo los provenientes de “Las rentas que creen los concejos municipales o distritales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre”. En virtud a lo expuesto, se tiene que las entidades territoriales solo pueden establecer tributos locales cuando han sido creados o autorizados en forma previa por el legislador, como quiera que en el sub-lite el artículo 75 de la Ley 181 de 1995 no creó ni autorizó gravamen alguno, se concluye que el Acuerdo 014 del 26 de agosto de 1998 se expidió en forma ilegal. En este orden de ideas, encuentra la Sala acertada la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, quien estimó que si bien es cierto la Constitución Política le otorgó autonomía a las entidades territoriales como la de establecer tributos, también lo es que dichas facultades no se concedieron en forma ilimitada ni en modo absoluto ya que están sujetas a la Constitución y la Ley, en virtud del principio de la unidad nacional y el derecho de igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas fiscales, siendo el Congreso de la República el único ente autorizado para crear Ley”. (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, en Sentencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, de 25 de marzo de 2010, Expediente No. 2001-02173-01, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia se señaló:

“...Al respecto, la Sala reitera que “del contenido del artículo 75 de la Ley 181 de 1995, no es posible inferir la creación de un tributo en cabeza de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, ni parámetros a partir de los cuales el ente territorial pueda establecerlo en su jurisdicción.” En efecto, el artículo 75 num 2 de la Ley 181 de 1995 no creó ningún tributo y, en concreto, ninguna contribución. Tampoco fijó pauta alguna a partir de la cual los departamentos pudieran determinar los elementos esenciales del gravamen. Mucho menos autorizó a los departamentos para crear una contribución a cargo de los usuarios de la telefonía fija, celular o beeper, ni delimitó el hecho gravado. El numeral segundo del artículo 75 de la Ley en mención, se limita solo a enunciar uno de los recursos con que cuentan los entes deportivos departamentales para su ejecución, como son las rentas creadas por las asambleas, que constituyen fuente económica para el cumplimiento de las metas relacionadas con el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre. En consecuencia, con la expedición de la ordenanza acusada, la Asamblea desconoció el principio de legalidad de los tributos. Sin fundamento legal creó una contribución a cargo de los usuarios de la telefonía fija, celular y beeper en el departamento del Tolima.” (Subrayado fuera de texto)

Lo anotado conlleva a concluir que el Acuerdo 022 de 1999, modificadorio del artículo 21 del Acuerdo 039 de 1995, vulnera la Constitución Política y resulta, además, ilegal

al no contar con el soporte jurídico requerido para la creación de la sobretasa en cuestión.

Ahora, al descender a los actos acusados se observa que la Resolución 393 de 2006, por la cual se liquida una sobretasa y se ordena su recaudo, invoca como sustento jurídico las Leyes 181 de 1995, 582 de 2000, modificatoria la anterior¹⁵, Decreto 641 de 2001, reglamentario de esta última y los Acuerdos No. 39 de 1995 y 22 de 1999 del Concejo Municipal de Sincelejo. Por su parte, la Resolución demandada 108 de 2007, por la que se resuelve un recurso, alude a los dos acuerdos municipales mencionados. De este modo, es clara la ilegalidad de las Resoluciones demandadas por cuanto, por un lado, estas entrañan la aplicación directa de unos actos administrativos claramente lesivos del orden jurídico superior, en tanto, el Concejo Municipal se arroga una competencia inexistente para crear el tributo, y a su turno, para otorgarle al IMDER la facultad de administrarlo y de recaudarlo; y, por el otro, la Resolución demandada 393, por la que se liquida la sobretasa y se ordena su recaudo, invoca como sustento jurídico la Ley 181 de 1995, la cual, como se anotó, no otorga asidero legal alguno para el Concejo Municipal respecto de la creación de la sobretasa y menos aún al IMDER para su manejo y/o recaudación.

De lo anotado, la Sala recalca, a manera de conclusión, que le asiste razón al a quo al declarar la excepción de inconstitucionalidad por cuanto el análisis llevado a cabo por aquel se refirió al texto del Acuerdo cuestionado, en confrontación con las disposiciones de la Carta Política que establecen el que los Concejos Municipales deben supeditar su facultad tributaria a la Ley¹⁶; de forma tal que, al no encontrarse

¹⁵ Esta Ley tampoco otorga facultad tributaria alguna a los concejos municipales para crear un tributo como el cuestionado.

¹⁶ Se destaca especialmente el Artículo 313 de la C.P.:

Corresponde a los concejos:

(...)

la existencia de una ley que le concediera al Concejo la autorización o las bases para la creación del tributo, resulta procedente el reconocimiento de dicha excepción para inaplicar el Acuerdo, en virtud del artículo 4 de la C.P.; y, en consecuencia, declarar la nulidad de los actos acusados. No sobra, en este punto, señalar que el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre antes referenciado, tan sólo aludió a la Ley 136 de 1994, artículo 32 numeral 7º, para justificar la facultad tributaria del Concejo Municipal; empero, no se refirió a las disposiciones constitucionales sobre la materia, otorgándole un alcance equívoco a aquella norma y al artículo 75 de la Ley 181 de 1995, pues como se advirtió, esta disposición no entraña la autorización ni la determinación de las bases del tributo.

4. En lo que respecta a la existencia de la cosa juzgada alegada por el recurrente, en atención a que en el fallo del Tribunal Administrativo de Sucre se concluyó que la sobretasa no afecta los recursos de la seguridad social, por cuanto su recaudo es anterior al contrato, la Sala considera que en razón de que el tributo en sí mismo se halla desprovisto de fundamento constitucional y legal, según se anotó en líneas anteriores, debe, por sustracción de materia, relevarse de ahondar en tales planteamientos.

Así, es evidente que si el gravamen contenido en el Acuerdo 22 de 1999 se encontró contrario a la Constitución Política, y por tanto inaplicable en virtud de la excepción de inconstitucionalidad decretada por el a quo, resulta irrelevante adentrarse en aspectos derivados del mismo, como sería el evaluar si su recaudo atenta o no contra la destinación específica que se predica de los recursos de la seguridad social en salud.

4. *Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.* (Subrayado fuera de texto).

5. El planteamiento relativo a la equívoca formulación del restablecimiento del derecho por parte del a quo, no está llamado tampoco a prosperar como fundamento de una eventual revocatoria de la totalidad del fallo recurrido, según sugiere el recurrente.

En efecto, es verificable que el a quo incurre en una imprecisión cuando afirma que la condena es en concreto, para luego decir que las partes habrán de definir su valor de acuerdo con los actos acusados y señalar, igualmente, que dicho monto no fue probado.

No obstante, tal vaguedad puede ser objeto de aclaración en esta instancia precisando al efecto que si el valor plasmado en la Resolución 393 de 2006, por concepto de la sobretasa en cuestión, asciende a la suma de \$2.156.685.422 pesos M/cte, la cual fue confirmada por la Resolución No. 108 de 2007, se ha de entender que la Asociación Mutual Ser no está obligada a pagar dicho monto en razón de la nulidad de las Resoluciones demandadas.

Ahora, obra en el expediente el acta con radicación No. 2007-00107-00 de 19 de mayo de 2009, del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo¹⁷, por la cual se aprueba un acuerdo en que las partes concilian el valor en comento, en virtud de un proceso ejecutivo¹⁸ incoado por el IMDER contra la Asociación Mutual Ser. La suma conciliada es la referente a la obligación de que tratan los actos acusados, en la cantidad de \$196.062.311., pesos M/cte., en los términos que a continuación se transcriben:

¹⁷ Folio 237 del cuaderno principal del expediente.

¹⁸ Radicado No. 2007-00107-00 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo., según consta en la solicitud de aprobación del acuerdo de pago.

“a) La entidad demandada reconoce como obligación a favor de la demandante la suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS M/L (196.062.311,00) los cuales serán pagados a la parte ejecutante en dos cuotas así: El 50% o sea la suma de \$98.031.155 dentro de los diez días siguientes a la presentación y aprobación del presente documento ante el juzgado de conocimiento mediante cheque a favor del instituto municipal para el deporte y la recreación de Sincelejo IMDER NIT número 823.000.308-9 y, el 50% restante o sea la suma de \$98.031.155 una vez quede en firme el fallo dentro del proceso de NULIDAD interpuesto ante el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE, bajo el radicado No. 2007-0123, siempre que dicho fallo sea adverso a MUTUAL SER ESS.

b) La parte ejecutante exonera a la parte demandada de la totalidad de los intereses y de la sanción establecidas en las resoluciones 393 de 2006 y 108 de 2007.

c) La parte demandada pagará agencias por valor de \$19.600.000. Se pagarán con un título valor cheque a favor de FULGENCIO PÉREZ DÍAZ (...) dentro de los diez días siguientes a la presentación de la presente acta”

Asimismo, obra en el expediente un cheque mediante el cual consta el pago de la suma de \$98.031.155 pesos M/cte., por concepto del mencionado acuerdo; y otro en el que se verifica el pago de \$17.640.000 por el mismo concepto¹⁹.

Lo anotado conlleva a advertir que no le asistió razón al a quo al indicar que el valor constitutivo del restablecimiento del derecho no se hallaba probado en el proceso, pues el mismo ha de consistir en la devolución de la suma efectivamente pagada con ocasión de la obligación de que tratan los actos declarados nulos, la cual como se constató, fue objeto de conciliación en los términos anotados. Este valor asciende a la cantidad de \$115.671.155., al sumar los ítems arriba señalados, y se ha de declarar, además, que la Asociación Mutual Ser, no está obligada a pagar suma adicional alguna, como sería el rubro del otro 50% conciliado, dado que la sentencia le fue favorable en tanto declaró la nulidad de las resoluciones demandadas, tal como incluso se estipula en el referenciado acuerdo de conciliación.

¹⁹ Folios 255 y 258 respectivamente, del cuaderno principal del expediente.

La suma objeto de devolución por parte del IMDER a la parte actora, ha de ser actualizada en los términos del artículo 178 del C.C.A., tomando como base el IPC, desde la fecha de ejecutoria de la presente providencia y su pago efectivo.

Consecuente con lo anotado debe la Sala, en primer lugar, denegar la solicitud de nulidad incoada por el apelante, por las razones antes indicadas; para luego, confirmar la sentencia apelada, excepto en su numeral cuarto, el cual debe ser ajustado en lo que respecta al restablecimiento del derecho, e igualmente, la misma se adicionará en un numeral para señalar que la demandante no está obligada a pagar suma adicional alguna por concepto de los actos acusados, según se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

PRIMERO. DENIÉGUESE la solicitud de nulidad de todo lo actuado, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Providencia.

SEGUNDO. CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación, en todos sus numerales, excepto en el cuarto, el cual se **REVOCA** para disponer, en su lugar:

“A título de restablecimiento del derecho **ORDÉNASE** al Instituto para el Deporte y la Recreación IMDER de Sincelejo devolver a la actora la suma efectivamente pagada por concepto de las Resoluciones No. 393 de noviembre 22 de 2006 y 108 de marzo 27 de 2007, la cual asciende al monto de \$115.671.155, según consta en el acta de conciliación y los recibos de pago referenciados en la parte motiva de esta

providencia. Esta suma será actualizada en los términos del artículo 178 del C.C.A., con base en el IPC, desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia y hasta su pago efectivo.

TERCERO. ADICIÓNASE la sentencia recurrida en apelación en un numeral así:

“**DECLÁRASE** que la actora no está obligada a pagar suma adicional alguna por concepto de los actos declarados nulos”.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior Sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente
Ausente con excusa

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO