

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA
Consejera Ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación: 25000-23-27-000-2003-01799-01 (16163)

Actor: **CONCESIONARIA TIBITOC S.A.**

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de junio 22 de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El 20 de diciembre de 2001 con memorial radicado con el No. 231, la sociedad actora presentó solicitud de devolución de la suma de \$133.222.000, por pago de lo no debido por Impuesto de Industria y Comercio al Distrito Capital por los bimestres 1° a 6° del año gravable de 1998 y primer bimestre de 1999.

La Dirección Distrital de Impuestos con la Resolución No. 022 de febrero 26 de 2002, negó la petición porque consideró que la sociedad era sujeto pasivo

de ICA, por lo cual debió descontar de sus ingresos las ventas y servicios en otros municipios, aunque no se hayan obtenido en su totalidad en la jurisdicción. Además, debía corregir las declaraciones para disminuir el valor a pagar.

El 3 de mayo de 2002 interpuso recurso de reconsideración contra el acto mencionado, decidido mediante la Resolución No. 372 de mayo 21 de 2003, en el sentido de confirmarlo.

LA DEMANDA

La sociedad CONCESIONARIA TIBITOC S.A. E.S.P en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó los actos administrativos mediante los cuales se negó la devolución del pago de lo no debido por concepto de Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros de los bimestres 1° a 6° de 1998 y 1 de 1999, para que sean anulados y a título de restablecimiento del derecho se ordene la devolución de la suma de \$133.222.000, más los intereses de Ley causados desde el 28 de febrero de 2002.

Invocó como normas violadas los artículos 13, 95-9, 228, y 363 de la Constitución Política, 3° y 22 del Decreto 1000 de 1997, 150 del Decreto 807 de 1993, 2313, 2315, y 2318 del Código Civil.

El concepto de violación se resume así:

La sociedad actora declaró y pagó el ICA con base en una interpretación de la Ley 142 de 1994, que consistía en entender que la actividad de captación y potabilización del agua, es una actividad complementaria de servicio público domiciliario, y por ende, causa el tributo en el municipio donde se preste el servicio al usuario final, o sea el Distrito Capital.

A partir del año de 2001 la Dirección Distrital de Impuestos expidió un concepto donde reconoce que la actividad complementaria del servicio público domiciliario de acueducto, es calificada como una actividad de servicios para efectos del Impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros (ICA) y que el hecho imponible para esa actividad complementaria se entiende realizada en el municipio donde se ejecuta, esto es, en Tocancipá.

La actora no corrigió las declaraciones de ICA que presentó durante el año de 1998 y el 1er bimestre de 1999, puesto que el término para corregir tuvo lugar hasta el 1° de abril de 2000, época en la cual no había ninguna razón de Ley ni de jurisprudencia para que se procediera a corregir la declaración.

La Administración recibió pagos por concepto de Impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros sin que el contribuyente estuviera obligado a efectuarlos, lo que justifica la devolución, por lo que su rechazo por aspectos procedimentales conlleva a validar un enriquecimiento injustificado del fisco.

Los actos administrativos desconocen los artículos 95 numeral 9° y 363 de la Constitución Política al violar los principios de equidad y justicia en las cargas tributarias, dado que Concesionaria Tibitoc se vio obligada a pagar doblemente

el impuesto sobre ingresos derivados de una única actividad en dos jurisdicciones distintas, en condiciones de desigualdad respecto de otros contribuyentes.

Se vulneraron los artículos 2° y 22 del Decreto 1000 de 1997, y 150 del Decreto 807 de 1993, pues ninguna de esas disposiciones consagra como requisito fundamental para la devolución de las sumas, la corrección de las declaraciones de ICA.

Para el reintegro del pago en exceso no se puede pretender el cumplimiento de exigencias que cercenen el derecho del contribuyente, frente a términos que podían estar cerrados para la modificación de las liquidaciones privadas, como lo dijo el Consejo de Estado en sentencia de junio 1° de 2001.

LA OPOSICIÓN

La entidad demandada se opuso a las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos:

CONCESIONARIA TIBITOC S.A. ESP es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros, por lo que tenía la obligación de declarar independientemente de que la totalidad de los ingresos provenientes de la actividad desarrollada, no se hayan obtenido en la jurisdicción del Distrito Capital.

El artículo 20 del Decreto 807 de 1993 ordena corregir la declaración privada con una solicitud y formulario en el que se disminuya el valor a pagar, para que la Administración pueda efectuar la devolución o compensación, al ser indispensable un acto administrativo que así lo disponga.

Una vez interpuesto el recurso gubernativo, se decretó la práctica de pruebas con el fin de establecer en qué lugar la sociedad ejerció actividades susceptibles del tributo por los períodos 1 a 6 de las vigencias 1998 y 1999 y encontró que la sociedad actora ejerció actividades gravadas dentro y fuera de Bogotá.

El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, especifica cuáles son las actividades complementarias del servicio público de acueducto, como la captación de agua, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte, que tienen como finalidad servir de medio para el perfeccionamiento del servicio.

La Corte Constitucional en las sentencias T-578 de noviembre 3 de 1992 y T-306 de 1994 expresaron que la actividad complementaria de captación de agua y potabilización es independiente del servicio público domiciliario de acueducto.

La sociedad podía descontar de sus declaraciones los ingresos por ventas y servicios en otros municipios, para lo cual tenía un camino procesal que consistía en corregirlas, con la disminución del saldo a pagar, pero como no se adelantó ese trámite las privadas adquirieron firmeza.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, mediante sentencia de junio 22 de 2006 negó las súplicas de la demanda. Las razones de la decisión se resumen a continuación.

El servicio público domiciliario de agua potable o de acueducto, implica la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, que incluye actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, conducción y transporte.

La Ley 383 de 1997 establece de forma especial que en la prestación de los servicios públicos domiciliarios el Impuesto de Industria y Comercio se causa en el municipio en donde se preste el servicio al usuario final.

En consecuencia, la demandante tenía la obligación de declarar y pagar el tributo en el Distrito Capital, tal como lo hizo, puesto que la actividad complementaria al servicio público de acueducto, consistente en la captación y potabilización de agua, si bien antecede a su prestación, es necesaria para concretar el suministro al usuario, de donde resulta incluida, para lograr el suministro de agua apta para el consumo humano.

Salvamento de Voto.

La Dra. Beatriz Martínez Quintero se apartó del fallo mayoritario, pues estimó que debía accederse a la devolución del pago de lo no debido pretendido por la actora. En síntesis expuso que las actividades complementarias de captación y procesamiento de agua que desarrolla la demandante opera en tiempos y espacios propios, que anteceden a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, independientemente de integrar la fase primaria para su ejecución y perfeccionamiento.

El hecho imponible de ICA consiste en la actividad industrial desarrollada por TIBITOC, ejecutada en el municipio de Tocancipá, por lo que la tributación debe realizarse en ese lugar, como en efecto se hizo, en atención al principio de territorialidad, sin que el Distrito capital pueda exigir suma alguna por el mismo concepto, porque tal proceder daría lugar a doble tributación.

La solicitud de devolución del 20 de diciembre de 2001 se encuentra dentro del término establecido en los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, ya que para esa fecha no habían precluído los diez años establecidos en el artículo 2536 del C.C. para la acción ejecutiva, pues los pagos por concepto de ICA se realizaron en los años 1998 y 1999.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido en primera instancia, el demandante en el recurso de apelación manifestó en resumen.

Concesionaria Tibitoc celebró un contrato de concesión con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), mediante el cual capta y procesa el agua de los ríos Bogotá y Teusacá, al igual que mantiene y explota los edificios, máquinas y bienes que constituyen la unidad de producción denominada “Planta de Tratamiento de Agua Concesionaria Tibitoc”. En septiembre de 2001, la Dirección Distrital se pronunció en relación con las actividades complementarias del servicio de acueducto, consistente en la captación y potabilización de agua, calificándola como de servicios para efectos del ICA, en donde el hecho imponible se entendía realizado en el municipio donde se ejecuta.

En este contexto es claro para las partes, que la Concesionaria Tibitoc realiza el objeto del contrato en el municipio de Tocancipá y por ende la actividad está gravada con el Impuesto de Industria y Comercio en dicha jurisdicción, por lo cual procedió a exigir la devolución del ICA por los años de 1998 y siguientes.

La actora no desarrolló ninguna actividad comercial, de servicios o industrial en Bogotá D.C. durante los años de 1998 y 1999, ni es considerada sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio en esa territorialidad, por tanto, no estaba obligada a presentar las respectivas declaraciones, ni a calcular una base gravable para pagar un impuesto improcedente.

De acuerdo con el artículo 34-1 del Decreto 807 de 1993 las declaraciones de impuestos de carácter distrital presentadas por no obligados, no producen ningún efecto, lo que sucede con la Concesionaria Tibitoc al no ser contribuyente del gravamen.

Al carecer de la calidad de sujeto pasivo de ICA en el Distrito, lo pagado otorga el derecho a solicitar la devolución por pago de lo no debido, sin necesidad de trámite adicional alguno, como la corrección de las declaraciones tributarias, lo que se desprende de los artículos 10 del Decreto 1000 de 1997 y 144 del Decreto 807 de 1997, en concordancia con el 850 del E.T.

Además, se encontraba dentro del término legal dada la nulidad que recayó sobre el artículo 136 inciso segundo y 147 inciso primero del Decreto Distrital 807 de 1997, declarada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de septiembre 20 de 2000, de donde se infiere que un pago en exceso o pago de lo no debido debe atender las normas civiles que regulan la materia, y en donde se otorga un término de diez años (art. 2536 C.C.), de ahí que al presentarse la solicitud el 10 de diciembre de 2001, es oportuna y procedente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** reiteró lo dicho en el recurso de apelación.

La **parte demandada** insistió en que la actividad desarrollada por Tibitoc S.A. es un servicio público domiciliario gravado con impuesto de industria y comercio, que se causa donde se preste al usuario final, por lo que tenía que

declarar y pagar el referido tributo en el Distrito Capital, lo que incluye la actividad complementaria de captación y potabilización de agua, que es anterior y necesaria para concretar el suministro al usuario.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá negó la devolución del pago de lo no debido por concepto de Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros de los bimestres 1° a 6° del año gravable de 1998 y 1° de 1999.

En el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, se expone que la actora ejerció en las vigencias citadas, la actividad complementaria al servicio público domiciliario de acueducto referente a la captación y potabilización del agua de los ríos Bogotá y Teusacá en el municipio de Tocancipá, en ejercicio del contrato de concesión suscrito con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de ahí que la prestación del servicio no se efectuó en el Distrito sino en el ente municipal mencionado, por lo que carece de la calidad de sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio en la capital. Además, no existe fundamento legal para exigirle como requisito

para su devolución, la corrección de los denuncios tributarios, máxime que a la fecha de la solicitud el término se encontraba vencido.

Los artículos 29 a 31 del Decreto Distrital 400 de 1999, definen para efectos del hecho generador del Impuesto de Industria y Comercio, las actividades industriales, comerciales y de servicio. Por actividad de servicio se entiende *“toda tarea, labor o trabajo ejecutado por una persona natural o jurídica o por una sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien lo contrata, que genere una contraprestación en dinero o en especie y que se concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ella predomine el factor material o intelectual.”*

De manera que la realización por parte de personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho de actividades de servicio en la jurisdicción del Distrito Capital constituye uno de los hechos gravados con ICA, para adquirir la calidad de sujeto pasivo del tributo.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en el artículo 14.22 definió el “servicio público domiciliario de acueducto” y sus actividades complementarias de la siguiente forma:

*“14.22. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a **las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.**”* (Negrilla fuera de texto)

En el asunto debatido, en los antecedentes administrativos consta que mediante la Resolución No. 0607 del 28 de noviembre de 1996, se abrió Licitación Pública Internacional LPI-EAAB-22-96, para la contratación de la concesión de la Planta de Tratamiento de Agua de Tibitoc (fl.160 c.a # 3).

Una vez agotado el trámite de contratación respectivo, se adjudicó al Consorcio Corporación Financiera del Valle- Compagnie Generali Des Eaux-Fanalca S.A., que para tal fin se constituyó en sociedad anónima, prestadora de servicios públicos, mediante la escritura pública No. 0002109 de septiembre 12 de 1997, bajo la denominación de “CONCESIONARIA TIBITOC S.A.”.

En la cláusula primera del contrato de concesión (fl. 159 ib) se lee:

“El objeto del presente Contrato, consiste en el otorgamiento en concesión de la Planta de Tratamiento de Agua de Tibitoc, para ser explotada, por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO, quien asumirá la responsabilidad de efectuar todas las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la misma, bajo la vigilancia de la EAAB y de las autoridades competentes, a cambio de la contraprestación que se describe más adelante.

Por virtud de la concesión que por medio de este contrato se otorga, el CONCESIONARIO adquiere las facultades necesarias para, y asume las obligaciones de:

*a) Captar y procesar por su cuenta y riesgo, en nombre de la EAAB y reconociendo que el agua es de propiedad de la misma durante todo el proceso, hasta 10.5 m³/seg. de agua de los ríos Bogotá y Teusacá.
(...)*

En atención a que la sociedad CONCESIONARIA TIBITOC S.A. tiene por objeto el desarrollo de la concesión relacionada con la purificación de agua en

el municipio de Tocancipá, fundamentó la petición de devolución por pago de lo no debido del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros de los períodos en discusión [radicada el 20 de diciembre de 2001], en el Concepto No. 002256 de septiembre 21 de ese año (fl. 46 e.), emitido por la unidad doctrinal de la Dirección Distrital de Impuestos en el que manifestó:

“Definiendo la actividad complementaria al servicio público de acueducto de captación y potabilización de agua como una actividad de servicios, teniendo en cuenta que la misma es llevada a cabo por un tercero con el cual no media relación laboral, en la que se obliga a concretar una obligación de hacer y por la que se genera una contraprestación en dinero, resta por mencionar que para que la misma se constituya como hecho generador del Impuesto de Industria y Comercio en el Distrito Capital se requiere que sea en esta jurisdicción donde se manifieste la realización del hecho imponible, es decir, que donde se lleve a cabo, ejecute o realice la actividad de servicios corresponda a esta jurisdicción, independientemente donde se celebró el contrato, se facturó o pagó el servicio.

(...)

... la actividad complementaria de captación de agua y potabilización es independiente del servicio público domiciliario de acueducto, sin perder el carácter de servicio público, razón por la cual no es aplicable la causación de los servicios públicos domiciliarios por no corresponder la actividad complementaria a un servicio público domiciliario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997, recopilada en el artículo 34 del Decreto 400 de 1999.” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, el sustento para negar la devolución en la Resolución 022 de febrero 26 de 2002 (fl. 21 e.), versó en que el contribuyente que ejecuta actividades o servicios fuera de la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, puede descontar de la base gravable del tributo, los ingresos obtenidos en otros municipios, por lo que debía elevar solicitud de corrección para disminuir el valor a pagar (art. 20 del Decreto Distrital 807 de 1993), de manera que era

improcedente efectuar la devolución y/o compensación de saldos a favor, sin un acto administrativo que así lo determine.

En el acto administrativo que decidió el recurso gubernativo (Resolución 372 de mayo 21 de 2003, fl.24 e.), una vez considerada la posición doctrinal plasmada en el Concepto 002256 de septiembre 21 de 2001, que la sociedad desarrolló la actividad de captación y potabilización de agua en la planta de tratamiento de Tibitoc ubicada en el municipio de Tocancipá- Cundinamarca, y que en la visita de inspección tributaria se encontraron ingresos por rendimientos financieros durante los bimestres 1° a 6° de 1998 y primero de 1999, concluyó que era sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por las actividades comerciales o de servicios dentro o fuera de la jurisdicción Distrital, por lo que debía descontar de la base gravable del tributo los ingresos obtenidos por ventas o servicios en otros municipios y como no lo hizo, la opción era corregir las declaraciones tributarias de acuerdo con las previsiones señaladas en el artículo 20 del Decreto D. 807 de 1993. Al omitirse tal procedimiento las declaraciones adquirieron firmeza, aspecto que impedía acceder a la devolución.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala observa que a raíz del pronunciamiento oficial contenido en el concepto mencionado, sobre el tratamiento fiscal en materia del Impuesto de Industria y Comercio que merece la “captación y potabilización de agua”, como actividad complementaria del servicio público domiciliario de acueducto, la cual se entiende prestada en la entidad territorial en donde se ejecuta, la actora solicitó la devolución de lo

pagado por ICA en el Distrito capital, pues el servicio lo cumplía en su totalidad en el municipio de Tocancipá.

Igualmente se advierte que la Administración en la motivación de las actuaciones no ha considerado que la Concesionaria Tibitoc S.A. por la captación y potabilización del agua desarrollada en el ente territorial mencionado, sea sujeto pasivo de ICA por prestación de servicios en la capital, pues el motivo para negarle la devolución se redujo a la ausencia de corrección de las declaraciones bajo los parámetros del artículo 20 del Decreto Distrital 807 de 1993, para contar con un acto administrativo que reconociera el saldo a favor objeto de reintegro.

Es más, en el acto que agota la vía gubernativa se adujo una razón distinta y adicional, pues si bien se admite que la sociedad prestaba el servicio de purificación de agua en el municipio de Tocancipá, de todas maneras, con la verificación efectuada en la inspección tributaria decretada, se encontró que percibía ingresos provenientes de rendimientos financieros, de donde emergía su condición de contribuyente del gravamen en el Distrito, lo que la obligaba a modificar las declaraciones, para excluir de la base gravable los ingresos obtenidos por ventas o servicios prestados en otras municipalidades.

Para la Sala el mecanismo de corrección de las liquidaciones privadas de ICA de los bimestres 1° a 6° de 1998 y 1° de 1999, no es aplicable en el asunto debatido, toda vez que el origen del pago de lo no debido obedeció a una equivocada apreciación del territorio municipal donde se presta el servicio de tratamiento y purificación del agua [actividad complementaria], al asimilarlo al

servicio público domiciliario de acueducto para la causación del impuesto de industria y comercio “en el municipio en donde se preste el servicio al usuario final ...” (art. 51 de la Ley 383 de 1997), por lo que no se trata de un error que implique la modificación de las declaraciones a través del procedimiento previsto en el artículo 20 del Decreto Distrital 807 de 1993, que recopila lo preceptuado en el artículo 589 del Estatuto Tributario.

Así las cosas, los elementos fácticos que obran en el proceso [contrato de concesión y concepto de la Dirección Distrital de Impuestos], evidencian que la actora efectuó un pago por concepto de Impuesto de Industria y Comercio en el Distrito de Bogotá, que carece de causa legal, puesto que el servicio de “captación y potabilización de agua” se ejecutó en la planta de tratamiento ubicada en el municipio de Tocancipá – Cundinamarca.

Por ello, las declaraciones tributarias no requieren de corrección [art. 20 Decreto Distrital 807 de 1993] para que arrojen valores a favor de la actora¹, entre otras razones, porque al observar el formulario de ICA no contempla la determinación de saldos a favor, de suerte que en el caso particular el gravamen cancelado en las vigencias de 1998 y primer bimestre de 1999, constituye “*pago de lo no debido*” que excluye ese tipo de modificaciones.

Además, para el momento en que se exige la corrección de las privadas, la oportunidad legal había fenecido [un año contado a partir de la fecha de vencimiento del plazo para declarar], de forma que ese requerimiento formal

¹ Sentencias de octubre 13 de 2000, expediente 10488, C.P. Dr. Delio Gómez Leyva y recientemente de octubre 3 de 2007, expediente 14831, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

no podía ser satisfecho por el contribuyente, haciendo nugatorio el derecho al reintegro respectivo.

De otra parte, la Sala resalta que la disposiciones sobre devoluciones contenidas en el Decreto Distrital 807 de 1993 [arts. 144 a 155] en armonía con lo normado en el Ordenamiento Tributario Nacional [arts. 850 y s.s.], no contemplan como causal de rechazo definitivo de la devolución, la falta de corrección de la declaración tributaria.

Unido a lo anterior, la accionante allegó las Resoluciones números 044 de noviembre 23 de 2001 y 011 de febrero 25 de 2002 (fls. 54 a 58 e.), expedidas por el municipio de Tocancipá – Cundinamarca, mediante las cuales se acredita el otorgamiento de un acuerdo de pago del Impuesto de Industria y Comercio por los años gravables de 1998 a 2000, lo que demuestra el pago del tributo por el servicio de tratamiento de agua realizado en esa entidad municipal.

Es importante tener en cuenta que la petición por pago de lo no debido elevada el 20 de diciembre de 2001, se encontraba dentro del plazo legal contemplado en el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997², al no haber concluido el término de prescripción de la acción ejecutiva que para ese momento era de diez años [hoy reducida a cinco años, art. 2536³ del C.C.].

² Artículo 11. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso. Las solicitudes devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

³ ART. 2536 Modificado. L. 791/2002, art. 8°. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5). Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término

En resumen, en el caso concreto, el origen de la solicitud es que la suma cuya devolución se pretende constituye un pago de lo no debido fundado en el principio de territorialidad ya que la actividad de la empresa se desarrolla en Tocancipá y no en el Distrito Capital, por lo cual la declaración presentada no puede surtir efectos.

En cuanto a los rendimientos financieros que con la inspección tributaria se encontraron percibidos en el Distrito Capital [fls. 239 y 240 c.a. #2] es un hecho que no fue planteado en el acto que negó la devolución, sino que fue una prueba decretada antes de decidirse el recurso gubernativo, lo que vulnera el derecho de defensa y el debido proceso, además de que solo haría parte de la base gravable en el evento de haberse generado impuesto en este ámbito territorial [art. 38 Decreto D. 423/96].

Por tanto, como la sociedad CONCESIONARIA TIBITOC S.A. declaró y canceló indebidamente el Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros en el Distrito de Bogotá, por los seis bimestres de 1998 y primero de 1999 (fls. 37 a 45 e.), procede la devolución de la suma de \$133.222.000, conforme a las declaraciones tributarias que se discriminan a continuación:

Radicación	Fecha	Valor pagado	Período
12011010146918	98.07.16	137.000	1er. Bim/98
12011010062926	98.05.20	15.186.000	2° Bim/98
12011010146158	98.07.15	24.647.000	3° Bim/98
12011010148580	98.09.17	24.699.000	4° Bim/98

12011010150368	98.11.18	26.189.000	5° Bim/98
12017010085452	99.03.16	10.045.000	6° Bim/98
12017010086024	99.03.18	32.319.000	1er Bim/99
TOTAL		133.222.000	

A título de restablecimiento del derecho se pretende el reintegro de los \$133.222.000 más los intereses de ley y así se ordenará su reconocimiento en los términos contemplados en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario, por haber mediado solicitud de devolución de un crédito a favor, producto del pago de lo no debido.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo de primera instancia, para en su lugar declarar la nulidad de la actuación enjuiciada.

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

F A L L A :

REVOCASE la sentencia apelada, en su lugar se dispone:

ANULANSE las Resoluciones números 022 de febrero 26 de 2002 y 372 de mayo 21 de 2003, expedidas por la Dirección Distrital de Impuestos, mediante

las cuales se negó la devolución de lo pagado por la sociedad CONCESIONARIA TIBITOC S.A. por Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros de los bimestres 1° a 6° de 1998, y 1° de 1999.

Como **restablecimiento del derecho** se ordena la devolución de la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTIDOS MIL PESOS (\$133.222.000) correspondiente a lo pagado por ICA en los seis bimestres de 1998 y primero de 1999, junto con los intereses establecidos en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario.

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

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

HECTOR J. ROMERO DIAZ
Presidente de la Sección

LIGIA LOPEZ DIAZ

MARIA INES ORTIZ BARBOSA

LUCY CRUZ DE QUIÑONES
Conjuez

