

SUSPENSION PROVISIONAL - Presupuestos / EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Suspensión provisional como excepción a la presunción de legalidad

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es una medida de carácter excepcional y como tal, para su viabilidad se requiere el cumplimiento estricto de todos los requisitos expresamente previstos en el artículo 152 del C.C.A. Conforme a lo anterior, la suspensión provisional, como excepción a la presunción de legalidad de los actos administrativos, requiere que la violación a las normas superiores sea evidente, sin que se requiera de exámenes que vayan más allá de la confrontación directa de los textos normativos.

NORMA SUSPENDIDA PROVISIONALMENTE - La violación de la norma superior debe se manifiesta, ostensible y directa / ESTAMPILLA A LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES, COMERCIALES Y DE SERVICIOS DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE LOS SERVICIOS DE GAS Y TELEFONIA - Suspensión provisional del aparte “Las actividades comerciales, industriales y de servicios, el 1 por mil del ingreso generado” contenido en el artículo 2º de la Ordenanza 20 de 2001; y los artículos 1º, literal a), 2º y 5º, sin incluir el párrafo 2º, del Decreto 682 de 2001

En efecto, las normas señaladas por la parte demandante en el escrito de suspensión, no otorgan un marco completo sobre este punto que permita concluir que el Gobernador no tenía la facultad de delegar la función de recaudo en cabeza de las entidades prestadoras de los servicios de gas y de telefonía. De otra parte, en el presente caso los actos administrativos demandados, además de imponer la obligatoriedad de la estampilla para los servicios públicos domiciliarios de gas y telefonía fija y móvil, hacen lo mismo y de manera general con las actividades industriales, comerciales y de servicios, las cuales ya se encuentran gravadas con el impuesto de industria y comercio en el Decreto 1333 de 1986, lo cual implica que se está gravando doblemente un mismo hecho económico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA (E)

Bogotá, D.C. dos (2) de abril de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 13001-23-31-000-2006-00299-01(17488)

Actor: POLIPROPILENO DEL CARIBE S.A. - PROPILICO S.A. -

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

AUTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de 12 de julio de 2006 del Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó la suspensión provisional.

ANTECEDENTES

Mediante escrito de 28 de febrero de 2006, Polipropileno del Caribe S.A. demandó la nulidad de los artículos 2º y 5º de la Ordenanza No. 20 de 2001, proferida por la Asamblea Departamental de Bolívar y 1º, 2º, 4º, 5º, inciso final y párrafo 2º; 6º y 9º del Decreto 682 de 4 de octubre de 2001, expedido por el Gobernador del referido Departamento.

En del mismo escrito, solicitó la suspensión provisional de las normas acusadas, pues consideró que vulneraban de forma manifiesta los artículos 150, 287, 300 y 338 de la Constitución Política; 71 y 175 del Decreto 1222 de 1986; 195, 196, 197, 198 y 199 del Decreto 1333 de 1986; 3º, 5º y 7º de la Ley 645 de 2000 y 148 de la Ley 142 de 1994.

La actora señaló que existe la infracción manifiesta, porque en relación con las disposiciones constitucionales, es evidente que las entidades territoriales no pueden fijar elementos de la obligación tributaria no contemplados en la ley habilitante.

Así mismo, fueron vulnerados los artículos 195, 196, 197, 198 y 199 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que el hecho generador y económico que consagró la asamblea y el gobernador en los actos demandados es idéntico al consagrado para el impuesto de industria y comercio.

De otra parte, a través de los actos acusados se está creando un nuevo método de recaudo en cabeza de las entidades prestadoras de los servicios de gas y de telefonía fija y móvil, lo cual está proscrito por el artículo 300 - 4 de la Carta Política, toda vez que como se indicó, la competencia de los entes territoriales depende de la Ley que autoriza el tributo, en este caso la Ley 645 de 2001, que en su artículo 7º determina que esa función está en cabeza de las Secretarías de Hacienda Departamentales.

Se vulneró el artículo 148 de la Ley 142 de 1994, porque consagra como requisito de las facturas, que en éstas no se pueden cobrar tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones de los contratos, ni tampoco se puede alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario, lo cual sucede con los actos demandados toda vez que el gravamen de la estampilla no constituye un servicio público domiciliario.

EL AUTO APELADO

Por medio de auto de 12 de julio de 2006, el Tribunal Administrativo del Bolívar negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, por considerar que en el presente caso se requiere de un análisis más profundo que la simple comparación de las disposiciones alegadas.

En efecto, para el Tribunal sería necesario realizar un estudio de la totalidad de las disposiciones que regulan el tema para poder concluir que se produjo vulneración de las mismas, lo cual no es pertinente en esta etapa procesal.

RECURSO DE APELACION

El 21 de septiembre de 2006, la actora interpuso recurso de apelación contra la referida providencia. En el escrito de su recurso, reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es una medida de carácter excepcional y como tal, para su viabilidad se requiere el cumplimiento estricto de todos los requisitos expresamente previstos en el artículo 152 del C.C.A.

Conforme a lo anterior, la suspensión provisional, como excepción a la presunción de legalidad de los actos administrativos, requiere que la violación a las normas superiores sea evidente, sin que se requiera de exámenes que vayan más allá de la confrontación directa de los textos normativos.

Una vez realizada la anterior aclaración, se transcriben las normas acusadas:

“Ordenanza No. 20 de 2001

Art. 2°

“A partir de la presente Ordenanza será de obligatorio cumplimiento la adhesión y cobro de la estampilla Pro - hospitales aquí autorizada en los actos, operaciones, actividades y trámites que se relacionan así:

Las actividades comerciales, industriales y de servicios, el 1 por mil del ingreso generado.

El 2% del cargo básico y consumo excluido de IVA y cualquier otro concepto, del servicio de telefonía fija en el Departamento de Bolívar para los estratos 3, 4, 5 y 6 y los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento.

El 2% del cargo básico de la telefonía celular, excluidos el IVA, y cualquier otro concepto por ese servicio.

El 2% del cargo básico y consumo del gas natural, excluido de IVA y cualquier otro concepto, para los estratos 3, 4, 5 y 6 y los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento”.

“Decreto 682 de 2001.

Art. 1°. “A partir de la vigencia del presente Decreto, será obligatorio cumplimiento la adhesión y cobro de la estampilla Pro hospital Universitario de Cartagena E.S.E. autorizada por la Ordenanza No. 020 de 2001, en las siguientes actividades:

- a) Actividades comerciales, industriales y de servicios.*
- b) Servicio de gas natural domiciliario.*
- c) Servicio de telefonía Celular.*
- d) Servicio de telefonía fija.*

Art. 2°. Son actividades gravadas, las industriales, las comerciales, y las de servicios.

Se consideran actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales y bienes, y en general cualquier proceso de transformación por elemental que éste sea.

Se entienden por actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales en el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas en esta ley como actividades industriales o de servicios.

Son actividades de servicios toda tarea, labor o trabajo ejecutado por personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho, sucesiones ilíquidas, empresas unipersonales, y demás entidades de derecho público o privado, sin que medie relación laboral con quien se contrata, que genera una contraprestación de dinero o especie y que se concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ella predomine el factor material o intelectual.

Art. 5° Las empresas que realizan actividades industriales, comerciales y de servicios, cancelarán el 1 por mil de sus ingresos netos generados, con la misma regularidad con que adelantan la declaración del impuesto al Valor agregado ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, adhiriendo la estampilla Pro hospital Universitario al documento que contenga la liquidación del gravamen.

(...)

Parágrafo 2°: La base gravable para la liquidación de la Estampilla será tomada de los ingresos netos relacionados en la liquidación del Impuesto al Valor Agregado (IVA), que los sujetos pasivos deben presentar ante la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales. La liquidación y pago de la estampilla se realizará en la Tesorería Departamental para el caso de la ciudad de Cartagena”.

“Decreto 682 de 2001

Art. 4º

Las instituciones operadoras de los servicios de telefonía fija, celular y gas domiciliario con cobertura en el Departamento de Bolívar, deberán incluir dentro del monto total de la factura el valor de la estampilla Pro Hospital Universitario de Cartagena E.S.E. así:

Para el caso de la telefonía fija. En cuanto a los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento, el monto a facturar será de 2% del cargo básico más consumo excluido el IVA y cualquier otro concepto.

Para la telefonía celular será del 2% del cargo básico excluido IVA y cualquier otro concepto.

Para la comercialización del gas natural domiciliario. Para el caso de los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento, el monto a facturar será de 2% del cargo básico más consumo excluido el IVA y cualquier otro concepto.

Art. 6º

El Departamento de conformidad con el artículo cuarto de la Ordenanza No. 20 de 2001, suscribirá convenios con las empresas operadoras de los servicios de telefonía fija, celular y de gas domiciliario, para el cobro de la estampilla Pro Hospital Universitario de Cartagena E.S.E., previa presentación y concertación de las condiciones económicas que cada caso en particular presenta la empresa operadora respectiva...

Art. 9º

Las instituciones responsables del recaudo de los recursos correspondientes a la estampilla Pro Hospital Universitario de Cartagena E.S.E., bajo ninguna circunstancia podrán negarse a dar cumplimiento por parte del agente recaudador de la obligación de efectuar la facturación de recaudo de la estampilla, lo hace responsable del pago de la suma no facturada ni cobrada, sin perjuicio de su derecho de exigirle al sujeto pasivo el cobro respectivo”.

Los cargos en contra de los artículos 2º y 5º de la Ordenanza 20 de 2001, y 1º, 2º, 4º, 5º, 6º y 9º del Decreto 682 de 2001, no evidencian la infracción manifiesta necesaria para suspender los efectos de los actos acusados en relación con la vulneración de los artículos 150, num. 12, 287 y 338 de la Constitución Política; 71 y 175 del Decreto 1222 de 1986 y 3º y 5º de la Ley 645 de 2000, toda vez que para afirmar que existe contradicción, se debe realizar un análisis del alcance del poder fiscal de la entidad territorial, que no es procedente en esta instancia procesal como lo señaló el *A quo*.

De otra parte, no es posible determinar *prima facie* la violación del artículo 148 de la Ley 142 de 1994, toda vez que como se indicó, este no es el momento para establecer si en efecto, en los actos demandados se incluyeron tarifas o conceptos diferentes a los previstos en las condiciones de los contratos, tampoco es posible establecer si se alteró la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario.

En relación con la vulneración del artículo 7º de la Ley 645 de 2000, no es evidente su infracción porque es necesario analizar si en el presente caso, a pesar de que el legislador dispuso en la norma superior que los recaudos por la venta de estampillas estarán a cargo de las Secretarías de Hacienda y de las Tesorerías Municipales, le estaba prohibido al Gobernador determinar esa función de recaudo en cabeza de las entidades prestadoras de los servicios públicos, aspecto que debe ser resuelto en la sentencia.

En efecto, las normas señaladas por la parte demandante en el escrito de suspensión, no otorgan un marco completo sobre este punto que permita concluir que el Gobernador no tenía la facultad de

delegar la función de recaudo en cabeza de las entidades prestadoras de los servicios de gas y de telefonía, por tanto este cargo no es suficiente para decretar la suspensión de los efectos de los artículos 4º y 6º del Decreto 682 de 2001.

La actora invocó el numeral 5º del artículo 71 del Decreto 1222 de 1986, cuyo texto es el siguiente:

”Es prohibido a las asambleas departamentales:

(...)

5) Imponer gravámenes sobre los objetos o industrias gravados por la ley”.

Conforme a la anterior disposición, en el presente caso los actos administrativos demandados, además de imponer la obligatoriedad de la estampilla para los servicios públicos domiciliarios de gas y telefonía fija y móvil, hacen lo mismo y de manera general con las actividades industriales, comerciales y de servicios, las cuales ya se encuentran gravadas con el impuesto de industria y comercio en el Decreto 1333 de 1986, lo cual implica que se está gravando doblemente un mismo hecho económico.

Teniendo en cuenta lo expuesto, de la simple comparación de los actos acusados con la norma superior –num. 5º art. 71 Decreto 1222 de 1986 - , se evidencia la infracción y en consecuencia se deben suspender los efectos de los actos acusados respecto del gravamen a las actividades industriales, comerciales y de servicios, y de las definiciones que de éstas trae el Decreto 682 de 2001.

Según lo expuesto, la Sala revocará parcialmente la providencia impugnada y sólo suspenderá los efectos del aparte *“Las actividades comerciales, industriales y de servicios, el 1 por mil del ingreso generado”* contenido en el artículo 2º de la Ordenanza 20 de 2001; y los artículos 1º, literal a), 2º y 5º, sin incluir el párrafo 2º, del Decreto 682 de 2001, por ser manifiestamente violatorios del num. 5º artículo 71 del Decreto 1222 de 1986.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE,

- 1. REVÓCASE** el auto de 12 de julio de 2006 del Tribunal Administrativo del Bolívar, en su lugar,
- 2. DECRÉTASE** la suspensión provisional de los efectos del aparte *“Las actividades comerciales, industriales y de servicios, el 1 por mil del ingreso generado”* contenido en el artículo 2º de la Ordenanza 20 de 2001; y los artículos 1º, literal a), 2º y 5º, sin incluir el párrafo 2º, del Decreto 682 de 2001.
- 3. CONFÍRMASE** la negativa de declarar la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

En firme esta providencia, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

RAÚL GIRALDO LONDOÑO
Secretario