

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de julio de dos mil dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD SIMPLE
Radicado	13-001-33-33-013-2016-00144-01
Demandante	VICENTE SOLORSANO TRIVIÑO y JUAN MANUEL SOLORZANO RIAÑO
Demandado	ACUERDO 041 DE 2006 DEL DISTRITO DE CARTAGENA
Tema	<i>Nulidad de los artículos 98 y 428 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, por ser violatorios del artículo 98 la Ley 14 de 1983 artículo 33 y el Decreto Ley 1333 de 1986 artículo 196, y el artículo 855 del Estatuto Tributario del Orden Nacional.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2018 por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

3.1.1 Pretensiones³

PRETENSIÓN UNICA.- Que se declare la nulidad parcial de los artículo 98 y 428 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006 expedido por el Concejo Municipal de CARTAGENA DE INDIAS DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL, contenido del E T. de Cartagena, por violar el artículo 98 la Ley 14 de 1983 artículo 33 y el Decreto Ley 1333 de 1986 artículo 196, y el artículo 428 por contradecir el inciso primero del artículo 855 del Estatuto Tributario del Orden Nacional, e inaplicar el inciso

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-8 cdno 1

³ Folio 2 cdno 1



segundo del mismo artículo, normas de carácter superior legal en que debía fundarse.

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se exponen los siguientes hechos:

“1. El 21 de diciembre de 2006 el Concejo Distrital de CARTAGENA DE INDIAS DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL expidió Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006, contentivo del E.T. de Cartagena.

2. Acorde a su artículo 457 entro en vigencia el 1 de enero de 2007 y derogo las disposiciones que le fueran contrarias”.

3.1.3 Normas violadas y Concepto de la violación

Las normas que se estiman violadas son: Ley 14 de 1983 en su artículo 33, compilado por el Decreto Ley 1333 de 1986 en su artículo 196; y el artículo 885 del Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario del Orden Nacional.

– **Causal de nulidad del artículo 98 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006:** Expone que, el artículo 98 del Acuerdo Distrital 0041 de 2006, textualmente establece que el impuesto de industria y comercio se liquidará sobre la base de **los ingresos brutos** del contribuyente obtenidos durante el período. Que, para determinar dichos **ingresos brutos gravables**, se debe restar de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, la venta de activos fijos y los ingresos obtenidos en otra jurisdicción municipal, etc.

Sostiene que, a su juicio se viola el artículo 33 de Ley 14 de 1983, compilado por el Decreto Ley 1333 de 1986, en su artículo 196, que establece que dicho impuesto debe ser liquidado sobre el sobre el **promedio mensual de ingresos brutos** con las respectivas deducciones; constituyendo ello una extralimitación de sus facultades de autonomía tributaria.

– **Causal de nulidad del artículo 428 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006:** Alega que el artículo 428 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006 establece que el término para efectuar la devolución de los saldos a favor por causa del impuesto sobre las rentas es de 90 días; sin embargo el artículo 855 del Decreto 624 de 1989 establece que *“la Administración de Impuestos deberá devolver, previa las compensaciones a que haya lugar, los saldos a favor originados en los impuestos sobre la renta y complementarios y sobre las ventas, dentro de*

⁴ Folio 4 cdno 1

13-001-33-33-013-2016-00144-01

los cincuenta (50) días siguientes a la fecha de la solicitud de devolución presentada oportunamente y en debida forma. **El término previsto en el presente artículo aplica igualmente para la devolución de impuestos pagados y no causados o pasados en exceso**".

Concluye que, de la simple confrontación del texto distrital con las normas de superior jerarquía, se tiene que, la norma de carácter distrital modifica el término para efectuar las devoluciones de los saldos a favor ampliándolo de 50 a 90 días, sin contar con la libertad reglamentaria suficiente para realizar dicha modificación. Adicionalmente a lo anterior, se puede observar como la disposición municipal estableció que dicho término solo resultaba aplicable a los casos de saldos a favor, y omitió el deber jurídico de incluir en la norma distrital, que dicho lapso también es aplicable para los procedimientos de devolución por pagos en exceso o de lo no debido.

Afirma que la Ley 788 de 2002 en su artículo 59, establece que los departamentos y municipios deben aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones de los impuestos, y en este evento el Distrito de Cartagena está excediendo dichas facultades; por lo tanto los artículos del acuerdo distrital, al fijar de manera diferente la base gravable, y el término para efectuar la devolución, se encuentran viciados de nulidad, y deben ser sustraído del ordenamiento jurídico municipal.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 Distrito de Cartagena⁵

Esta entidad dio respuesta a la demanda manifestando su oposición a las pretensiones consignadas en la misma; alegando que la presunta contradicción entre las normas tributarias de carácter local y las normas del mismo tipo de orden legal en que se fundamenta la demanda, corresponden a una valoración o interpretación emitida por los demandantes.

Alega que el artículo 338 de la Constitución Política dispone que, en tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales; que, a través de la ley, las ordenanzas y los acuerdo se deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos, **las bases gravables**, y las tarifas de los impuestos.

⁵ Folios 43-47

Cdno 1



13-001-33-33-013-2016-00144-01

Sostiene que la facultad para establecer y reformar tributos, no debe entenderse como una atribución para reglamentar aspectos de una norma de carácter nacional, sino como una facultad de creación normativa de carácter administrativo local y tributario, que es autónoma y autorizada por la ley, cuyo límite es la afectación a derechos fundamentales o contradicción con el articulado de la Constitución Política.

Invoca en su favor la Sentencia C-891/12, M.P Jorge Preteit Chaijub, que trata sobre el principio de legalidad en materia tributaria y establece que, de conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 338, no sólo el legislador, sino también las asambleas y los concejos están facultados para fijar los elementos constitutivos del tributo; por lo que debe entenderse que los concejos distritales pueden determinar la base gravable de los tributos.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Mediante sentencia del 26 de junio de 2018, la Juez Décimo Tercero Administrativo de Esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, y declarando la nulidad parcial de las normas demandados.

La Juez de primera instancia expuso que no podían los distritos y municipios, a través de su órgano de elección popular establecer o modificar los elementos esenciales del impuesto de industria y comercio, como son el hecho generador, los sujetos activo y/o pasivo, y la base gravable, pues no cuentan con autorización del legislador para ello, y la autonomía territorial no se extiende en materia tributaria, ya que es una facultad que debe ser expresamente delegada por el Congreso de la República.

Que, contrario a la lectura que hace la entidad demandada de las normas constitucionales, la facultad en materia tributaria que tienen las Asambleas y los Concejos es derivada, y se obtiene, si y solo si, el Congreso de la República, quien es el legislador, pues los antes mencionados son entes administrativos, a quienes se les faculta ya sea para regulen en parte o en todo el tributo que se crea.

Explicó que, la base gravable fue un elemento esencial del impuesto de industria y comercio que se reguló de forma directa y expresa por el legislador, y respecto del cual no se facultó a los Concejos Municipales ni Distritales para alterar su forma de determinación; el único aspecto que se facultó a los

⁶ Folio 83-97 cdno 1



13-001-33-33-013-2016-00144-01

Concejos a regular, en materia de impuesto de industria y comercio, fue la tasa, pues de forma expresa se indicó "que sobre la base gravable definida" en el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, se aplicaría la tasa que determinarían los concejos municipales. Por tanto, el impuesto de industria y comercio se debe liquidar sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, no sobre una base diferente ni un período distinto.

Aclaró, que esa forma determinar la base gravable para liquidar el impuesto de industria y comercio, en la forma antes planteada, estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, pues a partir del 1 de enero de 2017, por los efectos fiscales, se debe dar aplicación a lo dispuesto en la **Ley 1819 de 2016** que dispuso en materia de base gravable de impuesto de industria y comercio,

*ARTÍCULO 196. BASE GRAVABLE Y TARIFA. La base gravable del Impuesto de Industria y comercio **está constituida por la totalidad de los Ingresos ordinarios y extraordinarios percibidos en el respectivo año gravable**, Incluidos los Ingresos obtenidos por rendimientos financieros, comisiones y en general todos los que no estén expresamente excluidos en este artículo. No hacen parte de la base gravable los Ingresos correspondientes a actividades exentas, excluidas o no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, exportaciones y la venta de activos fijos. Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites: 1. Del dos al siete por mil (2-7 x 1.000) para actividades Industriales, y 2. Del dos al diez por mil (2-10 x 1.000) para actividades comerciales y de servicios.*

Así las cosas, señaló que, la contradicción mencionada generó efectos desde el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2016, periodo en el que estuvo vigente el Acuerdo 041/06 concomitantemente con el Decreto Ley 1333/86; pero que, a partir del 1 de enero de 2017, con la aplicación de la Ley 1819 de 2016, dicha discrepancia desapareció, como quiera que la forma de calcular la base gravable para determinar el impuesto de industria y comercio, cambió, siendo el nuevo texto similar al que contempla la norma demandada.

En ese orden de ideas, sostuvo que era procedente decretar la nulidad parcial del artículo 98 del Acuerdo Distrital No. 00041 de 2006, por contradecir las normas de carácter superior contenidas en la Ley 14 de 1983 en su artículo 33 y el Decreto Ley 1333 de 1986 en su artículo 196, en lo referente a la conformación de la base gravable del impuesto de industria y comercio pero sólo para liquidar las vigencias fiscales causadas entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2016, por las razones aquí dadas.

13-001-33-33-013-2016-00144-01

En cuanto a la nulidad del artículo 428 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006, sostuvo que, las entidades territoriales, a través de sus Asambleas Departamentales, o Concejos Municipales o Distritales, están facultadas para modificar en sus estatutos tributarios los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional para la determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados, única y exclusivamente cuando en la norma territorial se reducen las sanciones o se disminuyen y/o simplifican los términos establecidos en los procedimientos nacionales.

En razón a lo anterior se tiene que el Concejo Distrital de Cartagena de Indias excedió las facultades legales para armonizar las normas del Estatuto Tributario Nacional con las del ordenamiento municipal, por lo que se procedió a declarar la nulidad parcial del artículo 428 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

3.4.1 Apelación de la parte accionante⁸

Sostuvo, que el caso de marras, en lo que se refiere al artículo 96 del Acuerdo 041/2006, debe ser estudiado bajo la óptica de la falta de competencia funcional y material del Concejo para determinar una base gravable del impuesto ICA diferente a la establecida en la Ley 14 de 1983, puesto que en esa norma el legislador expresamente fijó cual sería la base para liquidar el ICA.

Expuso que, la teoría de la convalidación o purga de ilegalidad, requiere que la norma de verificación de la condición de ilegalidad de la norma, sea modificada o derogada con posterioridad a entrada en vigor de dicha norma, de manera que en el contexto normativo posterior a la modificación o derogatoria de la inicial norma de verificación, no subsiste la ilegalidad de la norma demandada. Que, en el presente caso, la falladora aplicó tácitamente la teoría de la convalidación o purga de ilegalidad, por cuanto tiene como norma de contrastación de la condición de ilegalidad de la norma contenida en el artículo 98 del Acuerdo Distrital 00041, el contenido literal de los artículos 33 de Ley 14 de 1983 y 196 del Decreto Ley 1333 de 1986, cuyo contenido literal es modificado por el artículo 342 de la Ley 1819 de 2016, siendo ello erróneo, en tanto debió ahondar en los elementos intrínsecos de la

⁷ Folio 99-100 cdno 1

⁸ Folio 104-113 cdno 1



13-001-33-33-013-2016-00144-01

norma, y verificar si en su expedición, se respetaron sustancialmente los parámetros superiores de competencia material y funcional.

Afirma que la Constitución Política en sus artículos 6, 29, 121, 150 numeral 12, 287, 313 numeral 4, y 338, no fue modificada, por lo una vez contrastados sus artículos con la norma demandada se concluye que esta última es ilegal.

3.4.2 Apelación de la parte accionada⁹

El apoderado de la parte demanda presentó recurso de apelación manifestando que, comparte la tesis del Despacho a quo, en el entendido de que el Distrito de Cartagena, no puede establecer o modificar los elementos esenciales del impuesto de industria y comercio, como son el hecho generador, los sujetos activos y/o pasivo, y la base gravable; por no tener autorización del legislador para ello. Sin embargo, considera que no se puede perderse de vista que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, para efectos de establecer la base gravable del impuesto de industria y comercio, determinó que debían tenerse en cuenta la totalidad de los Ingresos ordinarios y extraordinarios percibidos en el respectivo periodo gravable; es decir, en esta oportunidad, la base gravable del ICA no es el promedio mensual de Ingresos brutos del año Inmediatamente anterior, sino la totalidad de los ingresos.

Resalta que, ello no es una novedad toda vez que esa forma de liquidar el impuesta ha sido la acogida por la mayoría de municipios del país. Asimismo, especifica que hace parte de la base gravable, cualquier ingreso tributarlo que no goce de una exclusión en materia de este Impuesto.

Concluye que, la Ley 1819 de 2016 entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017, razón por la cual considera que no se debió declararse la nulidad parcial del artículo 98 del Acuerdo Distrital No 00041 de 2006, sino que por el contrario, debió declararse que dicha norma estaba ajustada a la normatividad vigente, es decir, la Ley 1819 de 2016.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

El asunto de la referencia fue repartido a este Tribunal a través de acta individual del 10 de octubre de 2018¹⁰; siendo admitido mediante auto del 29

⁹ Folio 99-100 cdno 1

¹⁰ Folio 3 cdno 2



13-001-33-33-013-2016-00144-01

de marzo de 2019¹¹ y el 14 de junio de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión¹².

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante presentó escrito de alegatos solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia¹³.

3.6.2 El Distrito de Cartagena no presentó sus alegatos.

3.6.3 El Ministerio Público no presentó concepto.

VI. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, que dispone que: *“Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos”*.

De igual forma, en el caso de marras se atenderá lo dispuesto en el artículo 328 del CGP., que establece que, la competencia del superior, al resolver las impugnaciones presentadas contra las providencias de primera instancia, se limita al pronunciamiento frente a los argumentos expuestos por el apelante.

5.2 Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¹¹ Folio 5 cdno 2

¹² Folio 9 cdno 2

¹³ Folio 14-19 cdno 2



13-001-33-33-013-2016-00144-01

¿Es procedente declarar la nulidad parcial del artículo 98 del Acuerdo 041 de 2006, teniendo en cuenta que, con el artículo 342 de la Ley 1819 de 2016 que reformó el artículo 196 del Decreto Ley 1333 de 1986, se modificó la forma de calcular la base gravable del impuesto ICA, ajustándose a lo establecido por la norma demandada?

¿Es procedente la aplicación de la teoría de la purga de la ilegalidad del acto en el caso concreto?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia toda vez que la teoría de la purga de la ilegalidad o convalidación del acto no se considera de recibo para su aplicación en asuntos de materia contenciosa administrativa, por cuanto los actos administrativos acusados se juzgan a la luz de la normativa vigente al momento de su expedición, lo cual implica que el aludido fenómeno no proceda frente a la actividad de control que a esta Jurisdicción incumbe.

En razón de lo anterior, debe declararse la nulidad parcial del artículo 98 del Acuerdo 041 de 2006, sin condicionamiento de periodos.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Consejo de Estado, frente a la teoría de convalidación del acto, ha expuesto lo siguiente¹⁴:

“Argumentaron los recurrentes que el tema de los honorarios de los ediles quedó subsumido en norma superior cuando el Congreso de la República expidió la Ley 1617 de 2013 “Régimen para los Distritos Especiales”, al establecer que “por cada sesión que concurran los ediles su remuneración será igual a la del Alcalde Local dividida en 20, en ningún caso podrán exceder la remuneración del alcalde local”.

Señalaron que la anterior disposición “entró en vigencia el 5 de febrero de 2013, la cual aún sigue rigiendo (...) al haber derogado cualquier disposición que le resultare contraria”, razón por la cual la ilegalidad del Decreto 0746 de 2003 “fue purgada por la ley”.

Sobre el tema, la Sala recuerda que la “purga de ilegalidad” es el fenómeno jurídico según el cual se considera no viciado de nulidad el acto administrativo que fue ilegal, si la norma quebrantada ha desaparecido del mundo jurídico por derogatoria.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00192-02. Actor: CARLOS ANDRÉS MIRANDA FLÓREZ.



13-001-33-33-013-2016-00144-01

La jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de mayo de 1933, “considera no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez administrativo, por derogatoria, subrogación, o por haber sido declarado inexecutable o nula, o porque haya recibido sustento legal con posterioridad a su expedición”¹⁵.

De acuerdo con la doctrina la “purga de ilegalidad” consiste “en la desaparición del vicio de nulidad que estuviere afectado a un determinado acto administrativo, por efecto directo de modificaciones en las normas que le sirven de fundamento o en el ordenamiento jurídico que le es aplicable, o por disposición expresa del legislador o del Constituyente, éste último evento “corresponde a la convalidación del acto administrativo”¹⁶.

Así pues, se tiene que dicho fenómeno hace parte de la llamada teoría de la convalidación de los actos administrativos a través de la cual se otorga efectos hacía atrás en cuanto atribuye validez a la disposición desde su origen¹⁷.

Ahora bien, respecto de su aplicación y se declaratoria en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala recuerda que en sentencia de 19 de diciembre de 2005¹⁸, con ponencia del Consejero de Estado doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se consideró que “conforme a los principios que gobiernan la materia objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se considera de recibo la aplicación de la llamada “purga de ilegalidad” por cuanto los actos administrativos acusados se juzgan a la luz de la normativa vigente al momento de su expedición, lo cual implica que el aludido fenómeno no proceda frente a la actividad de control que a esta Jurisdicción incumbe” (Negritas fuera de texto).

No obstante lo anterior y en el evento de que en gracia de discusión se llegare a aceptar la aplicación de la citada figura jurídica, la Sala pone de presente que no todos los vicios del acto administrativo pueden llegar a ser susceptibles de convalidación, tal es el caso de la carencia absoluta de competencia respecto de la expedición del acto, ello teniendo en cuenta que por su naturaleza tal vicio escapa a la posibilidad de ser saneado.

Sobre el particular, la Sala trae a colación las siguientes decisiones:

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 14 de agosto de 1991. Rad.: 0795.

¹⁶ BERROCAL GUERRERO. Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Librería Ediciones El Profesional. Sexta Edición. Bogotá. 2014. Pág. 566.

¹⁷ Ver entre otras la siguiente decisión: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de abril de 1999. Rad.: S – 650. Magistrado Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de diciembre de 2005. Rad.: 2001 – 00342. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



13-001-33-33-013-2016-00144-01

- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁹:

“Es claro que no todos los vicios del acto administrativo pueden ser susceptibles de convalidación: escapan a esta posibilidad de saneamiento, la carencia absoluta de competencia, a menos que se trate de una competencia puramente interna, o el acto ilícito porque su contenido no se ajusta a las normas jurídicas vigentes. 'Dada su naturaleza este vicio no puede subsanarse, pues el acto de convalidación, por tener también contenido ilícito, sería así mismo nulo'. (Sayagués Lasso. Tratado de Derecho Administrativo. T. I, No. 334, Montevideo, 1953). Tampoco podría ser convalidado el acto desviado, es decir el que se dictó con una finalidad contraria a los fines de la ley, ni el que carezca de motivos que lo justifiquen (Sayagués Lasso ibídem)” (Negrillas fuera de texto).

- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado²⁰:

“En el evento de aceptar que de conformidad con la Constitución Política de 1991, los gobernadores son competentes para expedir decretos que contengan la materia a que se contrae el acto acusado, ello no implicaría la purga de ilegalidad o convalidación del acto, que es lo que en últimas pretende el apelante. La competencia, por ser un elemento esencial del acto, que impide que opere de manera retroactiva, razón por la cual si el acto fue dictado por un órgano no competente, es radicalmente nulo o insaneable” (Negrillas fuera de texto).

- Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado²¹:

“... la ley 100 de 1993 está inspirada en una filosofía contraria a la sustentada por el suplicante, y no se entienden convalidados con su expedición los actos administrativos demandados, pues escapan a la posibilidad de saneamiento los actos proferidos con carencia absoluta de competencia” (Negrillas fuera de texto).

- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado²²:

“En esta oportunidad, en que la Sala procede a decidir de fondo, mantendrá las razones que expuso al acceder a la medida de suspensión provisional de la circular 134 de 21 de junio de 1999, toda vez que la reglamentación de la materia por parte de la ley con posterioridad a la expedición de la circular demandada, no convalida en el ordenamiento jurídico la actuación viciada de ilegalidad por incompetencia, que la administración ejerció a través de ese acto. Aunque en la etapa final del

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 2 de abril de 1982. Rad.: 00787. Magistrado Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de mayo de 1996. Rad.: 1785. Magistrado Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

²¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de abril de 1997. Rad.: S – 650. Magistrado Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005. Rad.: 1999 – 00072. Magistrada Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.



13-001-33-33-013-2016-00144-01

proceso, la entidad demandada alegó para defender la legalidad de la circular enjuiciada, que a través de ella lo que se pretendió fue regular el requisito establecido en el parágrafo 3° del art. 57 de la ley 550 de 1999 y no reglamentar el art. 30 de la ley 80 de 1993, para la Sala no es de recibo esta explicación, por cuanto la circular 0134 de 1999, es anterior a la ley 550 de 1999, en cuyo art. 57, parágrafo 3°, se estableció que "para participar en una licitación pública, presentación de ofertas o adjudicación de contratos con alguna entidad del Estado, el licitante deberá estar al día con sus obligaciones nacionales." En efecto, esta ley tuvo vigencia a partir del 30 de diciembre de 1999[1], esto es, seis meses después de haberse expedido la Circular 0134, que lo fue el 21 de junio de ese mismo año".

En el caso sub examine, si bien es cierto que con la expedición de la Ley 1617 de 2013, en el parágrafo del artículo 61²³ se reguló lo atinente a los honorarios de los ediles de los distritos especiales, derogando todas las normas que le fueren contrarias, en especial, los Decretos 0746 de 2003 y 0899 de 2007, también lo es que en el marco del control judicial no resulta procedente la aplicación del fenómeno jurídico de la "purga de ilegalidad" como lo pretenden los recurrentes, dado que como se anotó líneas atrás los actos administrativos se juzgada de conformidad con las circunstancias vigentes al momento de su expedición".

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Análisis del caso concreto frente al marco jurisprudencial.

En el caso bajo estudio se demanda la nulidad de los artículos 98 y 428 del Acuerdo Distrital No. 0041 de 2006 expedido por el Concejo Municipal de Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, contentivo del E T. de Cartagena, por violar el artículo 98 la Ley 14 de 1983 artículo 33 y el Decreto Ley 1333 de 1986 artículo 196, y el artículo 428 por contradecir el inciso primero del artículo 855 del Estatuto Tributario del Orden Nacional, e inaplicar el inciso segundo del mismo artículo, normas de carácter superior legal en que debía fundarse.

La juez de primera instancia accedió parcialmente a la demanda, declarando la nulidad de los apartes demandados del artículo 428; sin embargo, en cuento a la nulidad parcial del artículo 98, determinó que la misma operaba únicamente en el período que comprendía entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2016, como quiera que la Ley 1819 de 2016 había reformado el Decreto Ley 1333 de 1986 en su artículo 196, adecuando la literalidad de la norma a la forma como el Distrito de

²³ "Artículo 61. (...) PARÁGRAFO. Por cada sesión que concurran los ediles su remuneración será igual a la del alcalde local dividida entre 20, en ningún caso podrán exceder la remuneración del alcalde local".



13-001-33-33-013-2016-00144-01

Cartagena estaba liquidando la base gravable del impuesto del Industria y Comercio en el Acuerdo No. 00041 de 2006.

Frente a lo anterior, tanto la parte actora como la demandada presentaron recursos de apelación. Por un lado, la parte accionante solicita que no se aplique la teoría de la convalidación del acto administrativo, como quiera que la ilegalidad que se le indilga es por falta de competencia, por lo que no le es aplicable la citada teoría. Por su parte el Distrito de Cartagena exige que se deje incólume el artículo demandado, en la medida en que se encuentra ajustado a la redacción de la nueva Ley 1819 de 2016.

Lo primero que debe aclararse en este punto, es que no existe discusión en torno a la ilegalidad del artículo 98 del Acuerdo 041 de 2006, frente a las normas que se acusan como violadas (artículo 33 de la Ley 14 de 1983, compilado en el artículo 196 del Decreto Ley 1333 de 1986) teniendo en cuenta que los distritos y municipios, no pueden, a través Concejo, establecer o modificar los elementos esenciales del impuesto de industria y comercio, como son el hecho generador, los sujetos activo y/o pasivo, **y la base gravable**, pues no cuentan con autorización del legislador para ello, y la autonomía territorial no se extiende a la materia tributaria, ya que es una facultad que debe ser expresamente delegada por el Congreso de la República.

Teniendo en cuenta lo anterior, la situación en este caso a definir radica en determinar si es procedente o no aplicar la purga de la ilegalidad al caso concreto. Para ello, solamente se limitará la Sala a estudiar el asunto objeto de impugnación, es decir, si el artículo 98 del Acuerdo 041 de 2006 debe o no quedar vigente para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2016 o si por el contrario, la norma citada fue convalidada para permanecer vigente en virtud de la expedición de la Ley 1819 de 2016.

En el caso sub examine, se observa que Acuerdo 041 de 2006, en su artículo 98 establece que la base gravable del impuesto de industria y comercio se liquidará "**con base en los ingresos brutos del contribuyente obtenidos durante el período**, expresados en moneda nacional.

A su turno, la Ley 14 de 1983 expuso que:

ARTÍCULO 33.- El Impuesto de Industria y Comercio **se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior**, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones ingresos proveniente de venta de activos fijos



13-001-33-33-013-2016-00144-01

y de exportaciones, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios. (...)

Por otra parte, el Decreto Ley 1333 de 1986, estableció:

ARTICULO 196. *El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: devoluciones -ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones-, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios.*

Por último, la Ley 1819 de 2016:

ARTÍCULO 342. BASE GRAVABLE Y TARIFA. *El artículo 33 de la Ley 14 de 1983, compilado en el artículo 196 del Decreto-ley 1333 de 1986, quedará así:*

Artículo 196. Base gravable y tarifa. *La base gravable del impuesto de industria y comercio está constituida por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios percibidos en el respectivo año gravable, incluidos los ingresos obtenidos por rendimientos financieros, comisiones y en general todos los que no estén expresamente excluidos en este artículo. No hacen parte de la base gravable los ingresos correspondientes a actividades exentas, excluidas o no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, exportaciones y la venta de activos fijos. Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales (...)*

ARTÍCULO 376. Vigencias y derogatorias. *La presente ley rige a partir de su promulgación -29 de diciembre de 2016 - deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial las siguientes: (...)*

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra este Tribunal que en efecto, el aparte demandado del artículo 98 del Acuerdo 041 del 21 de diciembre de 2006, es contradictorio con lo señalado en las normas vigentes para la época de expedición del acto, es decir, el artículo 33 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 194 del Decreto Ley 1333 de 1986; por lo que debe concluirse que el mismo está viciado de nulidad, tal y como se manifestó en el fallo de primera instancia.

Ahora bien, existe una norma posterior, expedida en el año 2016, en la que se cambió la forma de determinar la base gravable del impuesto ICA, siendo la misma muy similar a la contemplada en el Acuerdo 041 del 21 de diciembre de 2006, lo que implicaría la convalidación de los apartes demandados por ilegalidad; sin embargo, conforme con lo expuesto por el Consejo de Estado, se tiene que, muy a pesar de que exista una norma posterior que haya derogado la regulación contenida en las disposiciones demandadas como

13-001-33-33-013-2016-00144-01

violadas, dicha hipótesis no es aplicable al caso concreto como quiera que la teoría de la purga de la ilegalidad no tiene aplicación en materia contenciosa administrativos, en tanto que los actos administrativos deben ser juzgados de conformidad con las circunstancias vigentes al momento de su expedición y no de manera diferente.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que le asiste razón a la parte demandante, en el entendido de que en la jurisdicción contenciosa administrativa no es posible acceder a la purga del acto administrativo, por el hecho de que una norma posterior lo convalide, y menos aún, cuando se evidencian vicios de competencia para la expedición de la norma, elemento este que se encuentra evidente en el caso bajo estudio, conforme con el estudio de legalidad que se realizó en la sentencia de primera instancia en donde quedó en evidencia que el Concejo de Cartagena no era competente para modificar la forma de determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio, puesto que esa facultad no le fue delegada por el Congreso de la República, sino que, por el contrario, dicho órgano lo reguló directamente a través de la Ley 14 de 1983, lo que implica que su modificación por medio de un acuerdo iría en contra de la misma ley y del órgano competente. Lo anterior es relevante para exponer también que, incluso hoy día el Congreso de la República sigue ejerciendo su facultad, a través de la Ley 1819 de 2016, como quiera que en uso de sus potestades modificó la forma de calcular la base gravable para el impuesto ICA, sin ceder tal competencia a los municipios.

Así las cosas, encuentra esta Judicatura que el Acuerdo 041 del 21 de diciembre de 2006, nació viciado a la vida jurídica, por cuanto contrariaba las disposiciones contempladas en normas de carácter superior, como lo son los la Ley 14 de 1983 y el Decreto Ley 1333 de 1986; por lo que se hace necesario declarar su nulidad.

En mérito de lo expuesto, esta Corporación procederá a modificar la sentencia de primera instancia para en su lugar, declarar la nulidad del aparte demandado del artículo 98 del Acuerdo 041 de 2006.

5.6. De la condena en costa

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

13-001-33-33-013-2016-00144-01

Teniendo en cuenta lo anterior, como quiera que el presente asunto reviste un interés público no es procedente la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial del artículo 98 del Acuerdo Distrital No. 00041 de 2006, en la expresión "ingresos brutos del contribuyente", para la conformación de la base gravable del impuesto de industria y comercio.

SEGUNDO: En lo demás, **CONFÍRMESE** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

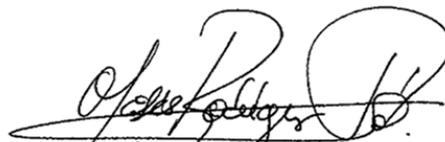
TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: En su oportunidad, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de Origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 30 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ