

CONCEPTO No. 013.

Arauca, marzo cinco (05) de dos mil dieciocho (2018).

Doctor

JOSE HUMBERTO MORA SANCHEZ

JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE ARAUCA

E. S. D.

REF: EXP NO. 81-001-33-31-001-2017-00499-00

ACCION: DE CUMPLIMIENTO.

ACTOR: EMPRESA DE ASEO DE ARAUCA SA.A. ESP.

DDO: MUNICIPIO DE ARAUCA

Previa notificación del auto admisorio y encontrándome dentro del término legal establecido, procede esta Agencia del Ministerio Público a rendir concepto de fondo.

Pretende la Empresa de Aseo de Arauca S.A. ESP mediante apoderada judicial, a través del medio de control de ACCION DE CUMPLIMIENTO, consagrada en el artículo 146 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Ordenar al Municipio de Arauca, el cumplimiento de lo decidido en el Acto Administrativo contenido en la Comunicación TRD 140.28.13 – 131.16.0422, emanada de la Secretará de Hacienda Municipal, por medio del cual, se declaró que la empresa EMAAR S.A. ESP, no es sujeto pasivo de la obligación del pago de Estampillas para el BIENESTAR DEL ADUTO MAYOR y la estampilla PRO-CULTURA, por consiguiente se proceda con la devolución de los dineros que por dichos conceptos ha pagado la Empresa de Aseo de Arauca al municipio de Arauca.

SUPUESTOS FACTICOS

Manifestó la apoderada de la Empresa Demandante en el acápite de hechos:

1.- *“EMAAR SA.A. ESP, es la Empresa prestadora del servicio de aseo en el Municipio de Arauca, se trata de una empresa de servicios públicos domiciliarios de Nacionalidad Colombiana, constituida bajo la forma de una Sociedad por Acciones de Naturaleza Comercial, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 142 de 1994 y demás leyes aplicables de la Republica de Colombia”.*

2.- *“Al suscribir el Contrato No. 135 de 2012, se incluyó por error en este que debería hacerse el pago de la obligación de estampillar Estampillas para el BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR y la estampilla PRO – CULTURA por parte de EMAAR, desconociéndose la calidad de Empresa de servicios públicos domiciliarios, que de conformidad con lo señalado en la Ley 142/94 Artículo 24 Régimen Tributario, numeral 24.1 que a la letra reza: “Los departamentos y los municipio no (sic) podrán gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales y comerciales” .*

3.- *El Contrato No. 135 de 2012, estableció que este pago debería ser anualizado rompiendo con esto lo establecido en los Acuerdos No. 200.02.014 de agosto 14 de 2004 (BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR) Y No. 200.02.015 de 2011 (PRO CULTURA), en cuanto al hecho generador y*

sujetos pasivos, tal y como ha sido reconocido en el Acto Administrativo de respuesta de petición, del cual hoy se exige su cumplimiento”.

4.- *Mediante comunicación AM-DC-16-141, radicado en la ventanilla única de la Alcaldía Municipal de Arauca, el día 13 de julio de 2017, dirigido al Doctor HERIBERTO VILLAMIZAR BAREÑO, teniendo en cuenta la especialidad del contrato de operación, el cual no se encuentra enmarcado do en el hecho generador de las Estampillas para el BIENESTAR DEL ADUTO MAYOR y la estampilla PRO – CULTURA, se solicitó a dicha entidad estatal la devolución de los dineros que por dichos conceptos fueron descontados con la suscripción del contrato de operación que hoy día es ejecutado pro EMAAR S.A. ESP.*

Debe recordarse que en materia tributaria los elementos del tributo, (entre ellos los sujetos pasivos y los hechos generadores), son taxativos y no admiten interpretaciones por analogías, extensiones, similitudes o parecidos, es decir que se debe expresamente anotar la modalidad contractual y/o tipo de contrato para ser sujeto del tributo”.

5.- *“Con fecha 01 de septiembre de 2016, mediante comunicación EMA-DC-16-182 dirigida al señor Secretario de Hacienda Municipal, se presentaron algunas consideraciones respecto al cobro de las estampillas aludidas y reiteración de la solicitud de devolución de los dineros pagados por dichos conceptos al fisco Municipal”.*

6.- *“Mediante comunicación de 23 de noviembre de 2016, radicado interno EMA-CG-16-250, fue reiterada la solicitud presentada en la comunicación anunciada en el hecho anterior, dado a que a dicha fecha, no se había dado la respectiva respuesta a la petición elevada, el 01 de septiembre e 2016, superando los términos legales dados para resolver, derechos de petición.*

7.- *“El día 15 de diciembre de 2016, fue radicado en la ventanilla única de la empresa EMAAR S.A. ESP, comunicación TRD-140-28-13 – 131.16.0398, de conformidad con la norma contenciosa administrativa relacionada con atención a los derechos de petición, y dada la necesidad de verificar en detalle la situación y emisión de concepto jurídico por parte de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal, se informó la prórroga para atender la petición elevada.*

8.- *“Como respuesta definitiva al derecho de petición, por el cual se solicitó la devolución de los dineros girados a favor del Municipio por concepto de Estampillas para el BIENESTAR DEL ADUT MAYOR y la estampilla PRO CULTURA, con fecha 30 de diciembre de 2016, fue presentada la comunicación TDR. 140.28.13 – 131.16.0422, proferida por la Secretaria de Hacienda Municipal, fue concedido lo solicitado, con fundamento en los siguientes puntos:*

- 1. No se cumple con el hecho generador de las estampillas, por cuanto se trata de un contrato de operación especializada, no determinado expresamente en los acuerdos municipales que dieron origen a dichas contribuciones. (Estampillas Pro bienestar del adulto mayor y pro cultura).*
- 2. Se trata de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios.*

9.- *“Debido al incumplimiento respecto a la devolución concedida por la administración municipal, el día 01 de febrero de 2017, fue radicado requerimiento EMA-GG-16-024, por el cual además de solicitar la efectividad de la devolución y por tratarse de dineros que están en las arcas del Municipio, las cuales ascienden a la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS, se solicitó adelantar un cruce de cuentas contra los impuestos adeudados por EMAAR al municipio específicamente el espíritu sería el pago del impuesto de industria y comercio adeudado, sin que se signifique que se esté solicitando algún tipo de descuento o exoneración sobre este gravamen municipal.*

10.- *“Dado el silencio a la solicitud relatada en el hecho anterior, se reiteró la solicitud de lo que se denominó “cruce de cuentas”, mediante radicado interno EMA-GG-17-046, del día 15 de marzo de 2017, por cuanto a dicha fecha no se había producido aun la devolución de los dineros, tal y como*

fue reconociendo en el mes de Diciembre de 2016 ni se había hecho pronunciamiento alguno sobre la solicitud en dicha comunicación fue presentada la liquidación de lo adeudado, esto teniendo en cuenta que los dineros aun no devueltos han generado intereses por mora en su devolución.

11.- “Teniendo en cuenta el silencio en la devolución efectiva de los recursos, esto dado al reconocimiento que se hiciera en la devolución en el mes de diciembre de 2016, se envió nuevamente comunicación el día 04 de abril de 2017, EMA-GG-17-070, y dado el aplazamiento de reunió para tratar tal situación, se requirió al señor Secretario de Hacienda Municipal para reprogramación de reunión con el fin de definir el procedimiento necesario que permitiera la efectiva devolución de los recursos.

12.- “Nuevamente y dado el silencio a las diversas solicitudes, con fecha 26 de abril de 2017, se reiteró la devolución de los recursos por concepto de estampillas, dineros que están en las arcas del municipio luego que EMSERPA hiciera una retención sobre nuestros recaudos y girara directamente al Municipio, devolución reconocida mediante acto administrativo del mes de diciembre de 2016, manifestándose por parte de EMAAR, la solicitud efectiva de los recursos e incluso el no cobro de intereses moratorios, si se produjere en el término de 20 días a partir del recibido de dicha comunicación.

13.- Con fecha 10 de julio de 2017, mediante comunicación EMA –GG-17-179 por parte de la Gerencia de EMAAR S.A. ESP, se presentó nuevamente derecho de petición, en el cual se relataron todos los antecedentes de la situación, solicitando se indicara sobre las dependencias Y/O funcionarios encargados del proceso de devolución y desde que fecha, esto en cuento a la devolución de los dineros, ya reconocidos, por concepto de estampillas, así como nuevamente la solicitud de cruce de cuentas de los impuestos municipales adeudados por EMAAR S.A. ESP”

14.- “Dado el reiterado silencio, nuevamente mediante comunicación de fecha 01 de agosto de 2017, se solicitó atender de fondo la última petición presentada, esta es la descrita en el hecho anterior EMA-GG-17-179, consistente en hacer la devolución efectiva de los dineros provenientes de las contribuciones municipales adeudadas por EMAAR S.A. ESP (como industria y comercio) al Municipio de Arauca.

15.- Con sorpresa se recibe comunicación el día 13 de octubre de 2017, número 120-17-1223, proveniente del señor Secretario de Hacienda Municipal en la que manifiesta que la empresa EMAAR S.A. E.S.P, no tiene derecho al no pago del impuesto de industria y comercio, cuando en ningún momento por parte de esta empresa se ha solicitado exoneración de dicho impuesto, al contrario con el ánimo de estar al día en el pago de obligaciones a favor del municipio se solicitó realizar cruce de cuentas con los dineros que debe entrar el Municipio a EMAAR por concepto de devolución de los dineros pagados por concepto de estampilla Pro bienestar y Pro cultura.

16.- Con todo lo narrado es claro que mediante acto administrativo fue reconocida una devolución de dineros a favor de EMAAR, de fecha diciembre 30 de 2016, y pese a reiteradas solicitudes de la efectiva devolución, incluso dando soluciones de cruce de cuentas para que los dineros no salgan de las arcas del municipio en su totalidad, a la fecha de presentación de esta acción, primero no se ha resuelto de fondo la devolución del dinero solicitado, ni se ha cumplido con lo decidido en el acto administrativo del cual se pretende su cumplimiento, constituyendo con el silencio de la hoy accionada la renuencia establecida en el inciso segundo del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, por cuanto no han sido atendidos y/o respondido los requerimientos, aunado a que nose ha dado cumplimiento al acto administrativo”

P R E T E N S I O N E S

1.- Ordenar al Municipio de Arauca, el cumplimiento de lo decidido en el Acto Administrativo contenido en la comunicación TRDE 140.28.13 – 131.16.0422, emanada de la Secretaria de Hacienda Municipal, por medio de la cual, se declaró que la empresa EMAAR S.A. ESP, no es sujeto pasivo de la obligación del pago de Estampillas para el BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR, y la estampilla Pro cultura, por consiguientes se proceda con la devolución de los dineros que por dichos concepto ha pagado la Empresa de Aseo de Arauca al Municipio de Arauca.

FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PRETENSION

Estima que se han vulnerado el artículo 87 de la Constitución Política; Ley 393 de 1997, Ley 1755 de 2015.

1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico se centra en determinar si es la Acción de cumplimiento procedente para lograr la devolución de los dineros ya recaudados por concepto de estampillas para el Bienestar del Adulto Mayor y Pro - Cultura.

2.- Análisis Factivo - Probatorio

En el proceso se encuentra probado lo siguiente:

- Solicitud de aclaración (Fol. 10).
- Respuesta oficio No. 06489 del 7 de junio de 2016. (Fol. 11 a 13).
- Oficio adiado a 12 de julio de 2016. (Fol. 14 a 15).
- Solicitud devolución de recursos girados por concepto de estampillas. (Fol. 16 a 17)
- Derecho de petición. (Fol. 18).
- Prorroga del derecho de petición. (Fol. 19 a 20).
- Respuesta derecho de petición. (Fol. 21 a 24).
- Solicitud cruce de cuentas. (Fol. 25).
- Reiteración solicitud cruce de cuentas. (Fol. 26 a 27).
- Solicitud de reunión. (Fol. 28).
- Reiteración solicitud de devolución de recursos. (Fol. 29).
- Derecho de petición. (Fol. 30 a 31).
- Reiteración derecho de petición. (Fol 32).
- Respuesta a solicitud. 10/10/2017. (Fol. 33 a 37)
- Certificado de existencia y representación legal. (Fol. 39 a 43).

3.- Análisis jurídico:

El artículo 87 de la Constitución Política de Colombia establece que toda persona podrá acudir a la administración judicial, para se haga cumplir una ley o un acto administrativo, en caso de prosperar, en la sentencia se ordenará el cumplimiento del deber a la entidad renuente.

“ARTICULO 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. (...)”.

La acción constitucional de cumplimiento tiene como finalidad el permitirle a los administrados acudir ante la administración de justicia, para que este conmine a la administración al cumplimiento de un acto administrativo o de una norma con fuerza material de ley.

Al respecto se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional de la siguiente forma: *“El objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo (...)”.*

Ahora bien, el acto administrativo sobre el cual se reclama su cumplimiento a través de este mecanismo constitucional corresponde al Oficio TRD 140.28.13 – 131.16.04220 del 29 de diciembre de 2016, por medio del cual se dio respuesta al derecho de petición y se señaló: *“Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, la Empresa de Aseo de Arauca S.A. ESP EMAAR S.A. ESP, no es sujeto pasivo del pago de la obligación de las estampillas municipales (pro – cultura – para el desarrollo del adulto mayor), por la calidad que ostenta como empresa de servicios públicos domiciliarios, la cual se rige por lo estipulado en el artículo 24 de la Ley 142 de 1994, por ende la Secretaría de Hacienda Municipal iniciara el procedimiento correspondiente según lo solicitado en la petición”.*

La Constitución Política de 1991, introdujo la acción de cumplimiento, establecida en el artículo 87, posteriormente fue desarrollada por la Ley 393 de 1997, en la que se señaló

“ARTICULO 8.Procedibilidad. La acción de cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de ley y actos administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”.

La Acción de Constitucional de Cumplimiento, fue incluida como medio de control en la Ley 1437 de 2011, artículo 146.

Militan medios de convicción dentro del proceso, que dan cuenta que el Municipio de Arauca dio respuesta al derecho de petición presentado por la parte actora, mediante oficio TRD 140.28.13 – 131.16.04220 del 29 de diciembre de 2016 (Fol. 21 a 24), de igual forma obra a folio 33 a 34, oficio 120-17-1223 adiado a 10 de octubre de 2017, por medio del cual la entidad accionada da respuesta a la solicitud de devolución de lo pagado por concepto de estampillas, señalando: *“Así las cosas, la solicitud de devolución de estampillas municipales con fundamento en lo contemplado e en el artículo 24.1 de la Ley 42 de 1994 a favor de EMAAR S.A. E.S.P., no es viable, conforme a los argumentos expuestos anteriormente. Cabe aclarar, que en el historial de esta dependencia no se había presentado un caso similar, razón por la cual acudimos a diferentes instancias como la Dirección de Apoyo fiscal de Ministerio de Hacienda y Crédito Público por tratarse de recursos públicos, que dada su naturaleza requieren su manejo de la máxima diligencia al momento de efectuarse alguna erogación por una entidad del Estado, y que pudiera llevar a la configuración de una responsabilidad de carácter fiscal, al actuarse con ligereza en asuntos como el abordado a lo largo del trámite de respuesta”*.

Es dable resaltar que la Acción Constitucional de Cumplimiento posee unas características específicas, que la convierten en restrictivas en cuanto a su operancia, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997.

Artículo 9º.- *Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.*

*Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante. **(Inciso 2 declarado EXEQUIBLE, excepto la expresión "la norma o" que se declara INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional [Sentencia C-193 de 1998](#)***

Parágrafo.- *La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos. **Subrayado [Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 157 de 1998.](#)***

De la lectura del artículo anterior, se llega a la conclusión que la Acción Constitucional de cumplimiento al igual que la Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario y residual, que solo procede cuando no exista otro medio de defensa judicial, para conseguir que la autoridad cumpla con el deber omitido y así preservar el orden jurídico.

Al respecto el H. Consejo de Estado ha señalado:

“Es de precisar, que esta acción constitucional tiene un objeto particular, no fue instituida para garantizar la ejecución de leyes cuyos mandatos sean generales o abstractos, sino lograr que, frente a deberes omitidos por la administración y que se deriven de un mandato claramente determinado, se ordene su cumplimiento.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“La acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso. Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa, tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el “cumplimiento de un deber omitido” contenido en “una ley o acto administrativo” que la autoridad competente se niega a ejecutar.”

“Ello es así, si se tiene en cuenta que, lo que buscó el Constituyente era hacer efectivos ciertos actos jurídicos emanados del legislador o de la administración para los cuales el ordenamiento jurídico no había creado un instrumento procesal directo y efectivo para lograr su cumplimiento, de lo cual se desprende que su intención no fue la de suprimir de manera absoluta todos los instrumentos establecidos para el efectivo cumplimiento del acto administrativo (...) ante las autoridades competentes, para buscar el mismo propósito, es decir, la protección de los derechos individuales de las personas.”¹

Esta Sección en sentencia ACU-1756 de 2004 señaló:

“La causal de improcedencia en comento imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario; es decir, su ejercicio no puede suplir las acciones, recursos procedimientos y trámites idóneos y eficaces legalmente preestablecidos, para lograr que el asunto se tramite con prelación sobre cualquier otro, como lo dispone el artículo 11 de la Ley 393 de 1997.”

No es, por lo tanto, la acción de cumplimiento el medio a través del cual sea posible controvertir todo tipo de discrepancias sobre las actuaciones u omisiones de las autoridades administrativas, bajo el argumento del incumplimiento de alguna disposición legal o acto administrativo. Se requiere que sea latente la omisión de cumplir un mandato que tenga carácter concreto y específico, pues de lo contrario se estaría desplazando los mecanismos judiciales ordinarios.”

De acuerdo a las posiciones jurisprudenciales, enunciadas, se tiene que la acción de cumplimiento persigue el cumplimiento de los deberes omitidos por la autoridad, también lo es, que su creación no se realizó para desconocer los mecanismos ordinarios existentes, que logren conseguir los mismos fines, toda vez que como se ha indicado la acción constitucional al igual que la tutela es un mecanismo residual y subsidiario.

Si bien es cierto, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Arauca, mediante el oficio No. TRD 140.28.13 – 131.16.04220 del 29 de diciembre de 2016, señaló que la Empresa de Aseo de Arauca AMAAR S.A. ESP, no era sujeto del pago de la obligación de las estampillas municipales Pro cultura y para el desarrollo del adulto mayor, también lo es, que con posterioridad a la expedición de dicho oficio, esto es el 10 de octubre de 2017, mediante oficio No. oficio 120-17-1223, manifestó que en atención al concepto rendido por el Subdirector de Fortalecimiento Territorial, Dirección General de Apoyo Fiscal, no es viable la devolución de lo pagado por concepto de estampillas municipales.

Por tanto, considera esta Agencia del Ministerio Público, que la entidad accionante cuenta con otro mecanismo judicial para solicitar la devolución de lo pagado por concepto de estampillas municipales Pro cultura y para el desarrollo del adulto mayor, como es el medio de control de reparación directa por la omisión administrativa y de nulidad y restablecimiento del derecho, provocando un acto administrativo.

Por lo anteriormente expuesto, y ante la existencia de otro mecanismo, la acción de cumplimiento pierde la potencialidad de ser invocada como medio para imponer el cumplimiento del deber omitido, teniendo en cuenta como se indicó que esta acción es de carácter residual y subsidiaria.

Es nuestro concepto,

LILIANA FIGUEREDO AYALA

Procuradora 171 Judicial I Administrativa de Arauca.