



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejera Ponente (E): HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación:	250002337000201300510 01
No. Interno:	21753
Asunto:	Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ DEVINORTE
Demandado:	LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

**Contribución parafiscal para la promoción
del turismo trimestres 2 a 4 de 2008 y 1 a 4
de 2009 a 2010**

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 22 de enero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda y negó la condena en costas.

La parte resolutive del fallo apelado dispuso lo siguiente¹:

“PRIMERO: ANÚLANSE las Resoluciones Nos. 5090 de 19 de diciembre de 2011 y 6086 de 20 de diciembre 2012, proferidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante las cuales liquidó la contribución parafiscal con destino al Fondo de Promoción Turística (hoy Fondo Nacional de Turismo) correspondiente a los periodos comprendidos entre el primer trimestre del 2007 y el cuarto trimestre de 2010 a cargo de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE.

SEGUNDO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHO, DECLÁRANSE en firme las declaraciones correspondientes a los periodos comprendidos entre el primer trimestre del 2007 y el cuarto trimestre de 2010 presentadas por la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE.

¹ Folios 329 a 349 c.p.

TERCERO: No se condena en costas por las razones expuestas en parte considerativa de esta providencia. [...]”

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

El 12 de febrero de 2010, el Fondo de Promoción Turística Colombia², entidad recaudadora de la contribución parafiscal para promoción del turismo, invitó a la Unión Temporal Desarrollo Vial Del Norte de Bogotá – DEVINORTE, en adelante DEVINORTE, para que se pusiera al día con el pago de la contribución parafiscal para la promoción del turismo de los cuatro trimestres de los años 2007 a 2010³.

Como consecuencia del anterior oficio, DEVINORTE (en adelante la actora) presentó las declaraciones de la contribución parafiscal para la promoción del turismo por los cuatro trimestres de los años 2007 a 2010, así⁴:

TRIMESTRE	FECHA	VALOR
1-2007	23-05-2010	\$1.000
2-2007	08-03-2010	\$1.000
3-2007	08-03-2010	\$1.000
4-2007	08-03-2010	\$1.000
1-2008	08-03-2010	\$1.000

² El Fondo de Promoción Turística es un patrimonio autónomo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, creado para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal para la promoción del turismo (<http://fontur.com.co/corporativo/naturaleza-juridica/9>)

³ Folios 182 y 183 c.p.

⁴ Folios 166 a 181 c.p.

2-2008	08-03-2010	\$1.000
3-2008	08-03-2010	\$1.000
4-2008	08-03-2010	\$1.000
1-2009	08-03-2010	\$1.000
2-2009	08-03-2010	\$1.000
3-2009	08-03-2010	\$1.000
4-2009	08-03-2010	\$1.000
1-2010	21-04-2010	\$1.000
2-2010	06-07-2010	\$1.000
3-2010	08-10-2010	\$1.000
4-2010	14-01-2011	\$1.000
TOTAL PAGADO		\$16.000

El 18 de marzo de 2011, el Fondo de Promoción Turística Colombia requirió a la actora para que pagara, hasta el 18 de abril de 2011, \$461.546.101 por concepto de la contribución de los cuatro trimestres de los años 2007 a 2010, más intereses de mora por \$219.535.080, para un total a pagar de \$681.081.181⁵.

El 6 de abril de 2011, la actora dio respuesta al requerimiento y dijo que había pagado y declarado oportunamente la contribución por los cuatro trimestres de los años 2007 a 2010. Asimismo, indicó que la base gravable de la contribución no podía determinarse con base en estadísticas, como lo sugiere el requerimiento, y que quien realiza el cobro persuasivo carece de competencia para hacerlo⁶.

⁵ Folios 185 a 187 c.p.

⁶ Folios 188 c.p.

El 11 de abril de 2011, el Fondo de Promoción Turística manifestó a la actora que, efectivamente, en la base de datos existían declaraciones y pagos de la contribución por los periodos ya mencionados pero que los valores eran incorrectos. De igual manera, le señaló que no obstante la competencia que tenía para recaudar la contribución, daría traslado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que diera inicio al cobro administrativo⁷.

Por Resolución 5090 de 19 de diciembre de 2011, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo modificó las declaraciones por los periodos en discusión y determinó la contribución en \$752.048.421, más los intereses de mora⁸.

El 25 de enero de 2012, la demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución 5090 de 19 de diciembre de 2011⁹, que fue resuelto por Resolución 6086 de 20 de diciembre de 2012 en el sentido de reconocer la firmeza de las declaraciones presentadas por los trimestres 1 a 4 de 2007 y 1 del año 2008.

En consecuencia, por los periodos 2 a 4 del año 2008 y 1 a 4 de los años 2009 y 2010, el Ministerio reliquidó la contribución en \$552.072.600, que incluye los intereses de mora¹⁰.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

⁷ Folio 182 y 183 c.p.

⁸ Folios 105 a 108 c.p.

⁹ Folios 116 a 137 c.p.

¹⁰ Folios 110 a 115 c.p.

2.1. DEMANDA

La UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ DEVINORTE, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del CPACA, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA

Que son nulos los siguientes actos administrativos, por haber sido expedidos con violación a las normas nacionales y municipales a las que hubieren tenido que sujetarse:

1. Resolución No. 5090 del 19 de diciembre de 2011 proferida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “Por la cual se liquida el valor de una contribución” a la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE NIT 830.002.623-9 por los periodos comprendidos entre el primer trimestre del año 2007 y el cuarto trimestre del año 2010.
2. Resolución No. 6086 de 20 de diciembre de 2012 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 5090 del 19 de diciembre de 2011”, emanadas del Ministerio de comercio, Industria y Turismo.

SEGUNDA

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declaren en firme las declaraciones privadas presentadas por la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE NIT 830.002.623-9”.

2.1.1. Normas violadas

La demandante invocó como normas violadas, las siguientes:

- Artículos 29, 95, 338 y 363 de la Constitución Política.
- Artículos 702 a 705, 730 y 734 del Estatuto Tributario.
- Artículos 3, 35 y 42, del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 3 de la Ley 1101 de 2006.
- Artículo 30 del Código Civil.
- Artículos 10 y 11 de la Ley 336 de 1990.
- Artículo 1000 del Código de Comercio.

2.1.2. Concepto de la violación

El concepto de la violación se sintetiza así:

Violación del debido proceso. Falta de requerimiento especial

La actora sostuvo que la contribución parafiscal para la promoción de turismo a que se refiere la Ley 1101 de 2006, es una de las especies del género de los tributos, de conformidad con el artículo 338 de la Constitución Política. Que, en virtud del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que regula la *analogía legis* o remisión a las leyes que regulan materias semejantes, dicha contribución se somete a lo regulado en el Estatuto Tributario en cuanto a los procedimientos de declaración, determinación y recaudo, como lo reconoció la resolución que agotó la vía gubernativa.

Que el artículo 703 del Estatuto Tributario establece que antes de proferir la liquidación oficial de revisión debe expedirse un requerimiento especial que contenga todos los puntos que se propongan modificar, debidamente explicados.

Que, en cumplimiento del artículo 6 del Decreto 1036 de 2007¹¹ la actora presentó las declaraciones de la contribución parafiscal para la promoción de turismo por los trimestres 1 a 4 de los años 2007 a 2010.

Que, no obstante, dichas declaraciones fueron modificadas por las Resoluciones 5090 de 19 de diciembre de 2011 y 6086 de 20 de diciembre de 2012 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, sin que previamente se expidiera el requerimiento especial.

Sostuvo que las comunicaciones de 12 de febrero, 18 de marzo y 11 de abril de 2011 del Fondo de Promoción Turística, a que hacen referencia los actos demandados, no corresponden a un requerimiento especial, pues son cobros persuasivos de las declaraciones ya presentadas que no explican las razones en que se sustentan ni los motivos por los cuales se desconocen las declaraciones debidamente presentadas por la actora.

Que la falta de requerimiento especial comporta una violación del debido proceso y del derecho de defensa de la actora y que es causal de nulidad en los términos del artículo 730 numeral 2 del Estatuto Tributario.

¹¹ “Por el cual se reglamenta el recaudo y el cobro de la contribución parafiscal para la promoción del turismo a que se refiere la Ley 1101 de 2006”.

Falta de motivación de los actos demandados

La demandante afirmó que conforme con los artículos 730 numeral 4 del E.T., y 35 y 59 del C.C.A., los actos de determinación de impuestos deben estar debidamente motivados y soportados en pruebas.

Que los actos demandados no explicaron las modificaciones hechas a las declaraciones privadas presentadas por la actora. Que, además, dichos actos carecen de la motivación suficiente frente a la base gravable tenida en cuenta por el Ministerio para calcular el tributo.

Que, en efecto, los actos demandados solamente se limitan a citar la ley que creó la contribución y a señalar que la actora no había pagado dicho tributo, sin tener en cuenta las declaraciones presentadas.

También sostuvo que la simple mención de unas facultades legales no constituye motivación suficiente, pues los actos no exponen los fundamentos de los rubros tenidos en cuenta para determinar la base gravable de la contribución ni su adecuación a los límites fijados por el legislador para ello, por lo cual se cercenó el derecho de defensa de la actora.

Que esta omisión es grave porque el contrato de concesión de vías, suscrito entre el INVÍAS y la actora, considera como ingresos de esta los peajes que pertenecen al Estado y que fueron cedidos a la demandante para la ejecución del objeto del

contrato. Que como la contribución no es trasladable al usuario de las carreteras era necesario que los actos explicaran cómo y por qué el precio de la obra, la recuperación de la inversión y la remuneración propia hacen parte la base gravable de la contribución.

Que el Ministerio se limitó a decir que determinó la base gravable con la información de peajes suministrada por un tercero, el INCO, sin especificar cuáles de los peajes están asociados al transporte de pasajeros.

Que, de acuerdo con lo anterior, los actos demandados no cumplen la exigencia legal y general de la motivación, ni garantizan el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Que no es suficiente que en el acto que resolvió el recurso se haya intentado mejorar la motivación de la liquidación de tributo, pues tal insuficiencia no se puede sanear y que, en todo caso, dicho acto tampoco explica por qué una parte de los ingresos por peajes obtenidos por la actora es equivalente al transporte de pasajeros, que son conceptos totalmente distintos, ni explica cómo se obtuvo la cifra total.

Manifestó, igualmente, que de acuerdo con la certificación de revisor fiscal, los ingresos obtenidos por la actora por peajes asociados al transporte de pasajeros (buses, busetas, colectivos y taxis) ascendió a \$38.247.899.1000 y no a \$145.758.065.600, como lo determinó el Ministerio.

Indebida determinación de la base gravable

La demandante alegó que conforme con el artículo 3 parágrafo 4 de la Ley 1101 de 2006, para los concesionarios de carreteras y aeropuertos la base gravable de la contribución está vinculada a los ingresos por transporte de pasajeros. Que dicha norma no señala que también haga parte de la base el valor de los peajes por vehículos privados y públicos, ya que los peajes no se recaudan por pasajeros transportados.

Afirmó que en una hermenéutica extensiva de la base gravable de la contribución, que, en todo caso está proscrita del derecho tributario, podría admitirse, con reparos, que en el caso de los vehículos dedicados al transporte de pasajeros, la base gravable del tributo podría ser el transporte de pasajeros, representado en los peajes que se cobran a estos. Que dicha base sería arbitraria, pues podría incluir vehículos que transitan sin pasajeros.

Que, además, los actos demandados aplican retroactivamente la nueva base gravable de la contribución, prevista en la Ley 1558 de 2012, que sí incluye todas las especies de peajes dentro de la base gravable de la contribución.

Afirmó que al declarar exequible la base gravable dispuesta en el artículo 3 numeral 14 y parágrafo 4 de la Ley 1101 de 2006, la Corte Constitucional precisó que debe tenerse en cuenta la modalidad de peaje de conformidad con las disposiciones correspondientes. Que lo anterior no fue observado en los actos demandados, pues no señalaron cuál es la categoría de peaje que encuadra en la base gravable del tributo.

Que, asimismo, los actos acusados desconocen las normas sobre transporte de pasajeros, en particular, los artículos 981, 982 y 1000 del Código de Comercio, 6 y

10 de la Ley 336 de 1996, pues hacen extensiva dicha actividad a la de transporte de cualquier tipo de viajeros, como los que se movilizan en automóviles, camperos, camionetas y camiones de dos y más ejes.

Violación de los artículos 95-9 y 363 de la Constitución Política. Falta de equidad y razonabilidad en la liquidación del tributo

La demandante sostuvo que los ingresos operacionales determinados en los actos demandados (\$145.758.065.000) difieren de los realmente obtenidos por ella (\$38.253.899.100) durante los períodos discutidos por concepto de peajes pagados por los vehículos de categoría II y IIE (buses), que podrían ser los susceptibles de constituir base gravable de la contribución porque corresponden realmente a transporte de pasajeros y que dicha diferencia, demuestra una falta de equidad y razonabilidad en la liquidación del tributo.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo propuso las siguientes excepciones¹²:

¹² Folios 211 a 226 c.p.

Presunción de legalidad de los actos demandados. Sostuvo que la actora no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados por lo que estos se deben declarar ajustados a derecho.

Falta de causa para demandar y ausencia de causal de nulidad de los actos demandados. Alegó que los actos demandados fueron expedidos conforme con el procedimiento y las facultades legales pertinentes. Que como los actos demandados no están incurso en causal de nulidad, no existe causa para demandar.

Inepta demanda por errónea fundamentación de los cargos de la violación. Afirmó que los cargos de la demanda están fundamentados en erróneas interpretaciones legales y que es evidente la falta de equidad y la intención de evadir obligaciones tributarias creadas en beneficio general.

Ausencia de causal de nulidad de los actos demandados. Expresó que los actos demandados no están incurso en ninguna causal de nulidad pues fueron expedidos con arreglo a la ley y están debidamente motivados.

Además, la parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

Sostuvo que conforme con los artículos 3 de la Ley 1101 de 2006 y 4 del Decreto 1036 de 2007 es obligación de los concesionarios de aeropuertos y carreteras pagar al Fondo de Promoción de Turismo el 2.5 por 1.000 de los ingresos operacionales por transporte de pasajeros.

Que los actos demandados fueron expedidos con respeto al debido proceso y al derecho de defensa de la actora, por autoridad competente y debidamente motivados.

Que la obligación de la actora de pagar la contribución se deriva del contrato de concesión 664 de 1994, por el cual el Estado le cedió los derechos de recaudo de peaje.

Que a la actora sí se le expidió requerimiento especial, pues dicho requisito se cumplió con las comunicaciones del 1217 de febrero de 2010, 18 de marzo de 2011 y de 11 de abril de 2011 en las que se le requirió para que pagara la contribución por los trimestres 1 a 4 de los años 2007 a 2010, pues las declaraciones tributarias presentadas por la actora liquidaron erróneamente el tributo.

Dijo que los actos demandados están debidamente motivados por cuanto contienen los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que dieron lugar a la determinación de la contribución, el cálculo del tributo año por año y la base gravable (ingresos operacionales), entre otros aspectos, y que la actora pudo ejercer el derecho de defensa.

Que es sorprendente y totalmente inaceptable que la actora pretenda desconocer la información con base en la cual se determinó la base gravable de la contribución, pues ella misma la suministró al INCO. Además, que la información contiene los ingresos del recaudo de peajes por transporte de pasajeros.

Que de acuerdo con la sentencia C-959/07, conforme con el artículo 3 numeral 14 de la Ley 1101 de 2006, los concesionarios de aeropuertos y carreteras son aportantes de la contribución y que la infraestructura de los aeropuertos y carreteras entregadas en concesión está directamente vinculada con el transporte de las personas. Que, por lo tanto, para los concesionarios de carreteras, como la actora, los ingresos deben determinarse de acuerdo con lo recaudado por peajes por transporte de pasajeros.

Que, por lo anterior, el argumento de que se aplicó retroactivamente la Ley 1558 de 2012 pierde sustento, pues fue la misma Corte Constitucional quien dio sentido a la ley que creó la contribución y aclaró la base gravable de esta.

2.3. SENTENCIA APELADA

El Tribunal anuló los actos demandados y negó la condena en costas por lo siguiente¹³:

Sostuvo que el artículo 8 del Decreto 1036 de 2007, que reglamentó el recaudo y cobro de la contribución parafiscal para la promoción del turismo, establece que la entidad recaudadora de dicha contribución podrá solicitar información y requerir a los sujetos pasivos para que corrijan las liquidaciones privadas que tengan errores.

¹³ Folios 329 a 349 c.p.

Que, por su parte, el artículo 9 del mismo decreto prevé que, vencido el término para liquidar y pagar la contribución, la entidad recaudadora debe requerir a aquellos que no la hayan liquidado y pagado.

Que si bien no es aplicable el Estatuto Tributario por cuanto la contribución tiene un trámite especial, es indispensable que previo a la liquidación del tributo se expida un requerimiento al contribuyente para garantizarle el derecho de defensa, de conformidad con el artículo 35 del C.C.A.

Que este requisito no se cumplió con los oficios de 18 de marzo y 11 de abril de 2011, por los cuales el Fondo de Promoción Turística, entidad recaudadora de la contribución, requirió a la actora para que pagara dicho tributo, por cuanto no señalaron las omisiones o errores en los que presuntamente esta incurrió al presentar las declaraciones de la contribución.

Que el demandado se limitó a señalar que si bien en sus bases de datos se evidenciaban los pagos realizados, estos no eran correctos de acuerdo con la información suministrada por el INCO.

Que en los actos definitivos tampoco fueron expuestas las razones que llevaron a la Administración a establecer que en las declaraciones privadas se había incurrido en error, ni se puso en conocimiento del contribuyente la información que se invocó como sustento de los actos demandados.

Afirmó, igualmente, que a pesar de que los actos demandados se sustentan en la información reportada por el INCO, en la contestación de la demanda se solicitó

oficiar a dicha entidad para que remitiera copia de esa información, pues no estaba en los antecedentes administrativos. Que la petición que fue negada por cuanto a la demandada le correspondía probar el sustento de los actos demandados.

Que lo anterior no permitió a la actora conocer los motivos de hecho y de derecho por los cuales la Administración consideró que no había cumplido con la obligación fiscal.

Que si bien algunos documentos del INCO fueron aportados por la demandada en los alegatos de conclusión, para explicar cómo se liquidó la contribución, esa no era la oportunidad procesal para hacerlo. Que, lo anterior, demuestra la falta de motivación de los actos previos y liquidatorios de la contribución.

Que, además, esa actuación vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la actora, pues la sola mención de las normas que regulan la contribución y las cifras reportadas por el INCO no constituye motivación suficiente de acuerdo con la ley y la jurisprudencia.

Que, en consecuencia, se anulan los actos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, se declaran en firme las declaraciones presentadas por la actora.

Frente a la condena en costas sostuvo que, por tratarse de un asunto en el que se ventila un interés público (aportes parafiscales), no se condena en costas al demandado, de conformidad con el artículo 188 CPACA y la sentencia C-445/15.

2.4. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** apeló el fallo por las siguientes razones¹⁴:

Sostuvo que, en cumplimiento del artículo 9 del Decreto 1036 de 2007, mediante comunicaciones del 18 de marzo y 11 de abril de 2011, la entidad recaudadora requirió a la actora para que ajustara sus declaraciones y el pago de la contribución.

Que estas comunicaciones y los actos definitivos se encuentran debidamente motivados, por cuanto contienen la base gravable determinada con fundamento en los ingresos operacionales recibidos por la actora por concepto de peajes de acuerdo con la categoría de los vehículos asociados al transporte de pasajeros, como lo señaló la sentencia C-959/07 y lo establece la Ley 1101 de 2006.

Que el error en que incurrió la actora fue tomar unos ingresos operacionales que no correspondían a los percibidos por concepto de peajes por transporte de pasajeros.

Que además de que la sentencia apelada desconoce los artículos 40 y 41 de la Ley 300 de 1996, modificada por la Ley 1101 de 2006, permite la evasión de la contribución y desconoce que los actos demandados están debidamente motivados,

¹⁴ Folios 357 a 365 c.p.

por cuanto presentaron, de manera detallada, año por año, la base gravable, los intereses de mora y el total a pagar.

Afirmó que los actos demandados también contienen un cuadro con la liquidación de la contribución parafiscal en el que se encuentran discriminados los ingresos operacionales tenidos en cuenta para calcular el tributo. Que estos aspectos no fueron analizados objetivamente por el *a quo*.

Que no es procedente declarar la firmeza de las declaraciones privadas por cuanto estas no se ajustan a la ley y se permite que un particular se apodere de recursos públicos.

Que, de otra parte, el Ministerio garantizó el debido proceso y el derecho de defensa de la actora, pues esta pudo ejercer la vía gubernativa. Que, además, la información incluida en los actos demandados era de pleno conocimiento de la demandante, por cuanto corresponde al recaudo de peajes que había informado al INCO.

Dijo que los requerimientos y los actos demandados permitieron a la actora conocer los motivos de hecho y de derecho por los cuales el Ministerio consideró que esta no había cumplido la obligación fiscal.

Que el fallo apelado no hizo un verdadero análisis probatorio ni confrontó los valores que realmente debía pagar la actora, por lo que no se interesó en buscar la verdad.

Que, además, al prosperar el primer cargo se relevó del estudio de los demás, a pesar de que eran necesarios para establecer la sujeción de la actora a la contribución. Que si hubiera hecho ese análisis, no habría accedido a las pretensiones de la actora.

Manifestó que la información del INCO se anexó a la contestación de la demanda por no estar en los antecedentes administrativos y que la razón de la solicitud de esa prueba fue para que el Tribunal tuviera mayor certeza de la veracidad de esa información.

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reiteró, en términos generales, lo dicho en la demanda¹⁵:

La **demandada** insistió en los argumentos de la apelación¹⁶.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹⁵ Folios 384 a 403 c.p.

¹⁶ Folios 378 a 383 c.p.

3.1. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación, la Sala decide sobre la legalidad de los actos por los cuales el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo modificó a la actora las declaraciones de la contribución parafiscal para la promoción del turismo por los períodos comprendidos entre el segundo trimestre del año 2008 y el cuarto trimestre del año 2010.

En concreto, determina si antes de los actos que modificaron las declaraciones privadas, el demandado profirió a la actora un acto administrativo previo, debidamente motivado, que justificara las modificaciones oficiales. En caso afirmativo, analiza si la base gravable de la contribución fue determinada conforme con la ley creadora del tributo.

La Sala confirma la sentencia apelada porque el Ministerio violó a la actora el debido proceso. Ello, porque modificó las declaraciones privadas de la contribución sin que mediara un acto previo que justificara la modificación.

Para resolver, la Sala reitera el criterio expuesto en las sentencias de 6 de julio y de 22 de septiembre de 2016¹⁷.

¹⁷ Exp. 21601, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y 21717, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, respectivamente.

3.1.1. Generalidades de la contribución parafiscal para la promoción del turismo a cargo de los concesionarios de carreteras

El artículo 40 de la Ley 300 de 1996, modificado por el artículo 1 de la Ley 1101 de 2006, creó la contribución parafiscal para la promoción del turismo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 40. DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL PARA LA PROMOCIÓN DEL TURISMO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1101 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Créase una contribución parafiscal con destino a la promoción y competitividad del turismo. La contribución estará a cargo de los aportantes previstos en el artículo 3o de la presente ley. Contribución que en ningún caso será trasladada al usuario.”

El artículo 41 de la Ley 300 de 1996, modificado por el artículo 2 de la Ley 1101 del mismo año, dispone que la contribución se liquida de manera trimestral, que la base gravable general está constituida por los ingresos operacionales vinculados a la actividad sometida al gravamen y que la tarifa es el 2.5 por 1.000 de tales ingresos. La norma prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 41. BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1101 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La contribución parafiscal se liquidará trimestralmente por un valor correspondiente al 2.5 por mil de los ingresos operacionales, vinculados a la actividad sometida al gravamen, de los aportantes señalados en el artículo 3o de esta ley.

La entidad recaudadora podrá obtener el pago de la contribución mediante cobro coactivo cuando fuere necesario. Para tal efecto, tendrá facultad de jurisdicción coactiva.

[...]"

Por su parte, el artículo 3 numeral 14 de la Ley 1101 de 2006 dispuso que son aportantes de la contribución (sujetos pasivos), *"Los concesionarios de aeropuertos y carreteras"*, para quienes *"la liquidación de la contribución se hará con base en el transporte de pasajeros"*, según el párrafo cuarto de la misma norma.

El Decreto 1036 de 2007 reglamentó la contribución para la promoción del turismo en los siguientes términos:

"Artículo 1. Contribución Parafiscal para la Promoción del Turismo.

La Contribución Parafiscal para la Promoción del Turismo, se destinará a fortalecer la promoción y la competitividad del turismo y estará a cargo de los aportantes previstos en el artículo 3° de la Ley 1101 de 2006.

Artículo 2. Sujeto activo. La Contribución a que se refiere el artículo anterior deberá pagarse al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o a la entidad a la que dicho Ministerio delegue la función de recaudo. Según lo previsto en el párrafo transitorio del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, la actual entidad administradora del Fondo de Promoción Turística continuará recaudando la contribución parafiscal para la promoción del turismo, hasta cuando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, expida la reglamentación correspondiente.

Artículo 3. Sujetos pasivos. Las personas naturales o jurídicas o las sociedades de hecho propietarias u operadoras de los establecimientos

y actividades señaladas en el artículo 3° de la Ley 1101 de 2006, son responsables por la liquidación y el pago de la Contribución Parafiscal.

Artículo 4. Base gravable y tarifa. La base gravable para liquidar la Contribución es el monto de los ingresos operacionales obtenidos por los aportantes.

Se entiende por ingresos operacionales, los valores recibidos por concepto del desarrollo de la actividad económica, los cuales corresponderán a los períodos indicados en el artículo 5 del presente Decreto.

[...]

La tarifa correspondiente a cada uno de los aportantes, será la siguiente:

[...]»

14. Los concesionarios de aeropuertos y carreteras: 2.5 por mil de los ingresos operacionales que perciban por concepto de transporte de pasajeros.” (Se destaca)

En sentencia C-959/07, la Corte Constitucional declaró exequibles el numeral 14 y el parágrafo 4 del artículo 3 de la Ley 1101 de 2006, que, en su orden, prevén que los concesionarios de aeropuertos y carreteras son aportantes de la contribución y que para ellos el tributo se liquida con base en el transporte de pasajeros. Las razones de su decisión fueron, en esencia, las siguientes:

“7.1. Considera el demandante que los apartes impugnados desconocen el derecho a la igualdad, por cuanto los concesionarios de aeropuertos y carreteras son incorporados al sector turístico en la misma condición que los demás aportantes mencionados en el artículo 3º. de la ley 1101 de 2006, siendo que su actividad no es asimilable a la

desplegada por el gremio hotelero, el de las agencias de viajes, propietarios de bares, restaurantes, arrendadores de vehículos o centros de convenciones, por sólo citar algunos de ellos.

[...]

7.3. La infraestructura de los aeropuertos y de las carreteras entregados en concesión, está directamente vinculada con el transporte de las personas que se desplazan con diversos propósitos, entre ellos los relacionados con el turismo y la recreación, como lo demuestra el demandante¹⁸ al aportar estudios comparativos sobre el volumen de pasajeros que se moviliza durante los periodos de vacaciones, días feriados y puentes festivos.

Resulta lógico que la infraestructura aeroportuaria y de carreteras sea utilizada por turistas, estudiantes, empleados, pensionados, comerciantes y demás personas, como también resulta difícil determinar en cada caso el propósito de los viajeros; sin embargo, no se requieren mayores elucubraciones para concluir que toda inversión destinada al mejoramiento y adecuación de los terminales aéreos y de la red vial, redundará en mayor seguridad, comodidad y eficiencia para todos los pasajeros, con claras consecuencias para el transporte de carácter turístico y recreativo. También reportarán beneficios los concesionarios de aeropuertos y carreteras, pues en la medida que haya más turismo recibirán más ingresos o será preciso a su turno crear más aeropuertos y carreteras para nuevos concesionarios.

7.4. La movilidad de los turistas depende en buena medida de las condiciones ofrecidas por los concesionarios de aeropuertos y carreteras, generándose un vínculo directo entre la calidad del servicio ofrecido por los concesionarios y la demanda de quienes viajan con fines turísticos, relación que se traduce en consecuencias económicas, pues a mayor demanda de servicios más movilización de turistas y, naturalmente, mejor promoción y desarrollo para este sector de la economía.

¹⁸ Folio 9 y ss. de la demanda

Para la Sala, el legislador en ejercicio razonable de su competencia para configurar el sistema normativo en materia de contribuciones, procedió conforme con lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política, cuando incorporó a los concesionarios de aeropuertos y carreteras como aportantes de la contribución parafiscal para la promoción del turismo. En esta medida, contrario a lo que considera el demandante, el Congreso de la República no desconoció el derecho a la igualdad, sino que actuó de manera proporcional al fin buscado con la norma, constituido por la necesidad de fortalecer e incrementar la contribución, controlar la evasión y unificar en un solo ente su recaudo.

[...]

9. Análisis del párrafo 4º del artículo 3º de la ley 1101 de 2006

[...]

Para la Sala, este párrafo se limita a precisar que al momento de liquidar el monto de la contribución se deberá tener en cuenta el transporte de pasajeros, excluyendo el transporte de carga, por cuanto se trata de una medida destinada a la promoción y desarrollo del turismo, lo cual resulta comprensible teniendo en cuenta que los viajes de recreación vinculan necesariamente a las personas, siendo la carga un elemento secundario en relación con los fines perseguidos con la medida tributaria que se examina.

Liquidación de la contribución según el “*transporte de pasajeros*”, que permitirá liquidar la contribución de acuerdo a como corresponda según el sistema de medición del transporte de cada una de las modalidades determinadas de conformidad con el uso respectivo, bien aéreo o terrestre, y que en cada caso será distinto. [...] tratándose del transporte por carreteras, se hará teniendo en cuenta la modalidad de *peaje* de conformidad con las disposiciones correspondientes, y perfectamente diferenciable del transporte de carga». (Subraya la Sala)

En la misma sentencia, la Corte Constitucional definió los elementos esenciales de la contribución en lo que respecta a los concesionarios de aeropuertos y carreteras, en los siguientes términos:

“6.4. Para la Sala, el gravamen regulado mediante las expresiones atacadas cumple con los requisitos esenciales de la contribución parafiscal. Además, sus características son las siguientes:

- a- El sujeto activo es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o la entidad a la que dicho Ministerio delegue la función de recaudo;
- b- El sujeto pasivo son los concesionarios de aeropuertos y carreteras;
- c- El hecho generador de la contribución es la contratación mediante concesión de aeropuertos o carreteras;
- d- La base gravable son los ingresos operacionales derivados del transporte de pasajeros¹⁹;
- e- La tarifa es 2.5 por mil de los ingresos operacionales liquidados trimestralmente vinculados a la actividad que se grava²⁰.”

De acuerdo con las normas anteriores, los concesionarios de carreteras son sujetos pasivos de la contribución parafiscal para la promoción del turismo y deben liquidar la contribución sobre los ingresos operacionales que perciban por concepto de transporte de pasajeros, para lo cual deben tener en cuenta *“la modalidad de peaje*

¹⁹ Decreto 1036 de 2007, art. 4º. inciso segundo. “Se entiende por ingresos operacionales, los valores recibidos por concepto del desarrollo de la actividad económica, los cuales corresponderán a los períodos indicados en el artículo 5 del presente Decreto”.

La Ley 1101 de 2006, artículo 2º, Parágrafo 2º, dispone: Tratándose del transporte aéreo regular de pasajeros, como un régimen de excepción, la liquidación de la contribución de que trata este artículo se hará con base en los pasajeros transportados en vuelos internacionales cuyo origen o destino final sea Colombia. Para tal efecto, el aporte por pasajero será la suma de US\$ 1 Dólar de los Estados Unidos o su equivalente en pesos colombianos que no hará parte de la tarifa autorizada.

La Aeronáutica Civil presentará la relación de los pasajeros transportados en vuelos internacionales por cada aerolínea y reglamentará este cobro.

²⁰ Ley 1101 de 2006, art. 2º, que modificó el artículo 41 de la Ley 300 de 1996

14. Los concesionarios de aeropuertos y carreteras: 2.5 por mil de los ingresos operacionales que perciban por concepto de transporte de pasajeros”

de conformidad con las disposiciones correspondientes, y perfectamente diferenciable del transporte de carga", de acuerdo con lo precisado en la sentencia C-959/07.

Lo anterior, por cuanto aunque los concesionarios de carreteras no transportan pasajeros, la labor que estas empresas desarrollan está directamente relacionada con esa actividad, pues, como lo precisó la Corte Constitucional en la referida sentencia, *"la movilidad de los turistas depende en buena medida de las condiciones ofrecidas por los concesionarios de aeropuertos y carreteras, generándose un vínculo directo entre la calidad del servicio ofrecido por los concesionarios y la demanda de quienes viajan con fines turísticos, relación que se traduce en consecuencias económicas, pues a mayor demanda de servicios más movilización de turistas y, naturalmente, mejor promoción y desarrollo para este sector [el turístico] de la economía".*

Así pues, los concesionarios de aeropuertos y carreteras son sujetos pasivos de la contribución parafiscal para la promoción del turismo, en cuyo caso la base gravable está integrada por los ingresos operacionales por el transporte de pasajeros, que corresponden a los obtenidos a través de las distintas modalidades de peaje con exclusión de los peajes por transporte de carga.

3.1.2. Violación del debido proceso. Falta de requerimiento especial

La demandante alegó que el demandado violó el debido proceso porque modificó las declaraciones privadas sin previamente hubiera proferido requerimiento especial en que propusiera modificar tales declaraciones y las razones de la modificación.

Por su parte, el demandado sostuvo que en los oficios de 12 de febrero de 2010, 18 de marzo de 2011 y de 11 de abril de 2011 requirió a la actora para que ajustara las declaraciones privadas a la ley.

El artículo 29 de la Constitución Política dispone que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

La Sala ha sostenido que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de aplicación inmediata compuesto por tres ejes fundamentales: **(i) el derecho de defensa y contradicción**, (ii) el impulso y trámite de los procesos conforme con las formas establecidas para cada juicio o procedimiento y (iii) que el asunto sea resuelto por el juez o funcionario competente para ello, por lo que el desconocimiento de cualquiera de esos ejes comporta la vulneración de esa garantía fundamental²¹.

En lo que respecta al **derecho de defensa y contradicción**, la Sala precisó que este eje se garantiza en la medida en que la ley, en sentido amplio, regule (i) los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrar determinados hechos y, (ii) **las oportunidades que se deben ofrecer para controvertir los hechos que permiten inferir cierta responsabilidad de determinados sujetos, ya mediante la oportunidad para expresar los motivos o razones de la defensa ya mediante**

²¹ Sentencias de 18 de julio de 2011, exp. 16191 y de 4 de febrero de 2016, exp. 20899, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 6 de julio de 2016, exp. 21601, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 22 de septiembre de 2016, exp. 21717, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

la oportunidad para presentar las pruebas que respalden esos motivos y razones²².

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que una de las principales garantías del debido proceso es el derecho a la defensa, entendido este como la oportunidad reconocida a toda persona, en cualquier proceso judicial o actuación administrativa, *“de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”*²³.

Asimismo, la Corte ha dicho que el ejercicio del derecho de defensa busca impedir la arbitrariedad de la Administración y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado²⁴.

El artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, vigente para cuando se expidió el acto que modificó las declaraciones privadas de la contribución, preveía que antes de adoptar la decisión que pueda afectar a particulares, la Administración debe darles la oportunidad de expresar sus opiniones²⁵. Esta norma es una garantía para los administrados, pues asegura que puedan intervenir en el trámite de las actuaciones administrativas para ejercer el derecho de defensa y contradicción

²² Ibídem

²³ Sentencias C-025/09 y C-617/96.

²⁴ Ibídem

²⁵ **C.C.A., ARTÍCULO 35. ADOPCIÓN DE DECISIONES.** Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. El C.C.A. fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011.

frente a decisiones que les puedan afectar. En caso contrario, se configuraría una vulneración al debido proceso del administrado.

Con fundamento en el artículo 35 del C.C.A., la Sala ha precisado que no es procedente que la Administración liquide los tributos sin otorgar previamente al contribuyente la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y de discutir su condición de sujeto pasivo del tributo, pues para garantizar este derecho no es suficiente otorgar los recursos administrativos²⁶.

De manera coherente con el artículo 35 del C. C.A., y en lo que interesa a este asunto, el procedimiento para liquidar la contribución para la promoción del turismo es el siguiente:

Conforme con los artículos 2 de la Ley 1101 de 2006 y 5 del Decreto 1036 de 2007 la contribución se debe liquidar y pagar trimestralmente.

El artículo 6 del citado decreto establece que la liquidación privada de la contribución se debe presentar en los formatos que para tal fin disponga el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, así:

“Artículo 6. Liquidación privada de la Contribución. Los sujetos pasivos están obligados a presentar y pagar trimestralmente la liquidación privada de la Contribución en el formato que para tal fin

²⁶ Ver entre otras, las sentencias de 12 de noviembre de 2015, exp. 20633, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de del 4 de mayo de 2015, exp. 20615 C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; de 10 de febrero de 2016, exp. 20712, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; de 6 de julio de 2016, exp. 21601, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 22 de septiembre de 2016, exp. 21717, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

disponga el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y en la cuenta que señale la entidad recaudadora. La liquidación privada deberá contener al menos la siguiente información:

- a. Nombre o razón social y número de identificación tributaria -NIT- del sujeto pasivo.
- b. Número del Registro Nacional de Turismo, cuando se trate de un prestador de servicios turísticos.
- c. Dirección y teléfono.
- d. Período liquidado y pagado.
- e. Ingresos operacionales del período o base gravable.
- f. Liquidación privada de la Contribución.
- g. Firma del declarante. Cuando se trate de personas jurídicas deberá firmar el representante legal.
- h. Firma del revisor fiscal cuando exista obligación legal. En los demás casos bastará la firma del contador.
- i. Valor pagado, el cual debe coincidir con el valor de la liquidación privada, más los intereses de mora cuando sea el caso.

Parágrafo. Cuando una persona natural o jurídica o sociedad de hecho posea varios establecimientos de comercio obligados a pagar la contribución, presentará una sola liquidación en la cual consolide las contribuciones de todos los establecimientos de su propiedad e indicará el número de establecimientos que comprende dicha liquidación. De todas maneras en su contabilidad deberá registrar separadamente los ingresos por cada establecimiento o sucursal y conservará los soportes respectivos. La entidad recaudadora podrá efectuar verificaciones sobre estos registros y sobre cada establecimiento o sucursal indistintamente. El pago deberá realizarse en el domicilio de la principal”.

El artículo 7 del Decreto 1036 de 2007 dispone que **la liquidación privada** correspondiente a cada período trimestral debe presentarse y pagarse a más tardar en los primeros veinte (20) días del mes siguiente al del período objeto de la declaración.

Por su parte, el artículo 9 del mismo decreto establece que vencido el término para liquidar y pagar la contribución la entidad recaudadora²⁷ **debe requerir a aquellos que no la hayan liquidado y pagado**. Y el artículo 8, dispone que la entidad recaudadora debe llevar una relación de **los sujetos pasivos que presenten y paguen su liquidación privada en cada período**, así como de quienes incumplan esta obligación, de forma que pueda realizar el efectivo recaudo de la contribución y **ejercer el control necesario para obtener el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los aportantes**.

El artículo 8 del Decreto 1036 de 2007 dispone también que la entidad recaudadora puede solicitar información y **requerir a los sujetos pasivos con el objeto de que se corrijan las liquidaciones privadas que se encuentren con omisiones o errores en su monto**²⁸.

Así pues, para la modificación de las declaraciones privadas de la contribución parafiscal para la promoción del turismo es necesario que, antes de expedir el acto que las modifica, la Administración requiera al sujeto pasivo para que las corrija, esto es, expida un acto previo en el que le indique las razones por las cuales debe corregir sus declaraciones.

²⁷ Que para la época de los hechos era el Fondo de Promoción Turística Colombia, administrado por el Consorcio Alianza Turística.

²⁸ **Decreto 1036 de 2007, artículo 8[...]** La entidad recaudadora, podrá solicitar información y requerir a los sujetos pasivos con el objeto de que se corrijan las liquidaciones privadas que se encuentren con omisiones o errores en su monto.

Lo anterior, garantiza al sujeto pasivo el derecho a ser escuchado por la Administración antes de que esta decida modificarle sus declaraciones, como lo prevé el artículo 35 del C.C.A. Si no se expide ese acto previo, se vulnera al administrado el derecho de defensa.

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

El 12 de febrero de 2010, el Fondo de Promoción Turística Colombia invitó a DEVINORTE para que se pusiera al día con el pago de la contribución por los cuatro trimestres de los años 2007 a 2010²⁹.

Como consecuencia del anterior oficio, DEVINORTE presentó las declaraciones de la contribución, así³⁰:

TRIMESTRE	FECHA	VALOR
1-2007	23-05-2010	\$1.000
2-2007	08-03-2010	\$1.000
3-2007	08-03-2010	\$1.000
4-2007	08-03-2010	\$1.000
1-2008	08-03-2010	\$1.000
2-2008	08-03-2010	\$1.000

²⁹ Folios 182 y 183 c.p.

³⁰ Folios 166 a 181 c.p.

3-2008	08-03-2010	\$1.000
4-2008	08-03-2010	\$1.000
1-2009	08-03-2010	\$1.000
2-2009	08-03-2010	\$1.000
3-2009	08-03-2010	\$1.000
4-2009	08-03-2010	\$1.000
1-2010	21-04-2010	\$1.000
2-2010	06-07-2010	\$1.000
3-2010	08-10-2010	\$1.000
4-2010	14-01-2011	\$1.000
TOTAL PAGADO		\$16.000

El 18 de marzo de 2011, el Fondo de Promoción Turística remitió a la actora *“requerimiento para el pago de la contribución parafiscal para la promoción del turismo”*, en los siguientes términos³¹:

“El Consorcio Alianza Turística en desarrollo de los Contratos de Administración Nos. 088 y 089 suscritos con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para la administración y ejecución de los recursos provenientes de la contribución parafiscal para la promoción del turismo, y en cumplimiento del artículo 9 del Decreto 1036 de 2007, según el cual, una vez se haya vencido el término para liquidar y pagar la contribución parafiscal para la promoción del turismo, **deberá requerir aquellos que no lo hayan liquidado y pagado**, solicita la realización

³¹ Folios 185 a 187 c.p.

del pago de la contribución parafiscal, de conformidad con las siguientes consideraciones:

1. La Ley 300 de 1996, modificada por la Ley 1101 de 2006 y regulada por el Decreto 1036 de 2007 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se creó la contribución parafiscal con destino a la promoción y competitividad del turismo.
2. Las citadas normas determinaron los siguientes elementos del tributo:
 - Sujeto Pasivo: Los concesionarios de aeropuertos y carreteras
 - Base Gravable: Ingresos operacionales – transporte de pasajeros
 - Tarifa: 2.5. x 1000
3. La Corte Constitucional mediante sentencia C-959 de 2007, en relación con los concesionarios de aeropuertos y carreteras, indicó: “En efecto, en el transporte aéreo, el legislador ha dispuesto, como un régimen de excepción, que dicha liquidación se hará con base en los pasajeros transportados en vuelos internacionales cuyo origen o destino final sea Colombia, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1101 de 2006. De otro lado, tratándose del transporte por carreteras, se hará teniendo en cuenta la modalidad de peaje de conformidad con las disposiciones correspondientes, y perfectamente diferenciable del transporte de carga”.

Atentamente me permito manifestarle, que de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 1036 de 2007, por medio del presente requerimiento, **lo estamos invitando para que cancele la contribución parafiscal con destino al turismo**, la cual es adeudada por el Consorcio que usted representa, correspondiente a los años 2007, 2008, 2009 y 2010 por valor de CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO UN PESOS M/CTE (\$461.546.101).

La liquidación realizada fue calculada con base en las estadísticas del recaudo suministradas por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, teniendo en cuenta las categorías de los peajes correspondientes con el transporte de pasajeros.

Con el fin de evitar iniciar el cobro por la vía de la jurisdicción coactiva que necesariamente le va a incrementar el valor a pagar, le solicitamos se sirva realizar la cancelación de la obligación, antes del día 08 de abril de 2011, por el capital señalado, más los intereses causados, que a dicha fecha ascienden a la suma de DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL OCHENTA PESOS M/CTE (\$219.535.080), de acuerdo con lo siguiente:

Capital.....	\$461.546.101
Intereses moratorios.....	\$219.535.080
Total a pagar hasta (08/04/11).....	\$681.081.181

El valor de la contribución parafiscal deberá ser cancelado mediante el diligenciamiento del formato establecido para el pago (un formato por cada uno de los trimestres adeudados) disponible en www.fondodepromocionturistica.com en la opción de contribución parafiscal y efectuar el pago en el Banco de Bogotá.

Luego de realizada la consignación acorde con las pautas señaladas, en el comprobante y a vuelta de correo debe enviar la COPIA CON SELLOS Y TIMBRE ORIGINALES DE CAJA siendo la única forma de registrar su pago y liberarlo del registro de deudores de la contribución parafiscal para la promoción del turismo.

[...]"

Al anterior acto se anexó un documento en el que se relacionan la vigencia gravable, el valor de ingresos operacionales y de la contribución, las fechas límites de pago, el tiempo de mora, el valor de los intereses y el total a pagar.

El 6 de abril de 2011, la actora dio respuesta al “requerimiento para el pago” y señaló que había cumplido en forma oportuna con el deber de declarar y pagar la contribución por los referidos periodos³².

El 11 de abril de 2011, el Fondo de Promoción Turística se pronunció frente a la respuesta de la actora de 6 de abril de 2011, en los siguientes términos³³:

“**ASUNTO:** Continuación cobro contribución parafiscal con destino al turismo.

El pasado 06 de abril de 2011 fue radicada su comunicación DVNB-0639-11, en la cual nos indica que han venido realizando los aportes de la contribución parafiscal con destino al turismo de manera oportuna y correcta; al respecto me permito **informarle que efectivamente en nuestra base de datos se evidencian aportes realizados por ustedes los cuales y de acuerdo con la información suministrada por el INCO no son correctos.**

De acuerdo con lo anterior y pese a nuestra competencia para el recaudo de los parafiscales de acuerdo con el artículo 08 del Decreto 1036 de marzo 30 de 2007, procederemos a dar traslado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que de acuerdo con las facultades otorgadas por la Ley 1066 de 2006 **se inicie la respectiva acción ejecutiva por la vía de jurisdicción coactiva con las consecuencias que ello implica”.**

El 28 de mayo de 2011, la actora dio respuesta al anterior oficio y expuso lo siguiente³⁴:

³² Folio 188 c.p.

³³ Folio 189 c.p.

“[...] se aclara que no es procedente iniciar un proceso de cobro coactivo [...] debido a que no existe título ejecutivo que sustente el cobro de la contribución parafiscal por los años 2007 a 2010, **máxime que las sumas declaradas son las mismas que fueron pagadas. En consecuencia, mi representada no debe suma alguna por concepto de la mencionada contribución y desconoce las razones que se puedan tener para considerar que las sumas declaradas y pagadas no son correctas**”.

Por Resolución 5090 de 19 de diciembre de 2011, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y modificó las declaraciones de la contribución parafiscal por los trimestres 1 a 4 de los años 2007 a 2010 y determinó la contribución en \$752.048.421, más los intereses de mora.

En la citada resolución, el demandado sostuvo lo siguiente³⁵:

“[...]”

Que la Ley 300 de 1996 en sus artículos 40 y 41 creó la contribución parafiscal con destino a la promoción del turismo la cual se liquidará anualmente por un valor correspondiente al 2.5 por mil de los ingresos operacionales de los aportantes determinados en la ley.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1101 de 2006 y el artículo 4 del Decreto 1036 de 2007, es obligación de los concesionarios de aeropuertos y carreteras pagar al Fondo de Promoción Turística de Colombia, la suma equivalente al 2.5 por mil de los ingresos operacionales, vinculados a la actividad sometida al

³⁴ Folio 190 c.p.

³⁵ Folios 105 a 108 c.p.

gravamen, dentro de los plazos establecidos en el Decreto 1036 de 2007.

[...]

Que de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1036 de 2007 los sujetos pasivos (para el caso que nos ocupa AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT, NIT 830.143.442-7) están obligados a presentar y pagar trimestralmente la liquidación privada de la contribución con el lleno de los requisitos establecidos en dicha norma.

Que a partir de la expedición de la Ley 1101 del 22 de noviembre de 2006 y el Decreto 1036 de 30 de marzo de 2007, los aportes que no paguen el valor debido y en su oportunidad correspondiente a los aportes de la contribución parafiscal, deberán pagar intereses moratorios a la misma tasa que establece el Estatuto Tributario para el impuesto sobre renta y complementarios.

Que se realizó la revisión de la declaración y pagos de la empresa **DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ**, identificada con el NIT: 830.002.623-9, representada legalmente por el señor **SERGIO ECHAVARRÍA HOYOS**, con el fin de verificar la correcta liquidación y pago de los aportes de la contribución parafiscal.

Que la empresa [...] no ha liquidado ni pagado los aportes de la contribución parafiscal con destino al turismo cuya tarifa es del 2.5 por mil de los ingresos operacionales, los cuales se encuentran discriminados en la liquidación de aportes de fecha Dieciocho (18) de Marzo de 2011 [...] información relativa a los recaudos de la referida concesión [...] suministrada por [el] [...] INCO[...]"

Que a través de las comunicaciones de fechas 12 de febrero de 2010, 18 de marzo de 2011 y 11 de abril de 2011 la entidad administradora del Fondo de Promoción Turística, fue requerida la empresa **DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ**, para que cancelara la contribución parafiscal adeudada, conforme a la liquidación practicada

hasta el cuarto trimestre de 2010, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1101 de 2006 y el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1036 de 2007; que dispone la obligación de todos los concesionarios de aeropuertos y carreteras a pagar el 2.5 por mil de los ingresos operacionales al Fondo de Promoción Turística de Colombia.

Que los ingresos operacionales de la **DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ**, para el periodo comprendido entre el primer trimestre del año 2007 y el cuarto trimestre del año 2010 corresponde a los siguientes valores:

[...]

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar y determinar el valor de la obligación que debe pagar a favor y con destino al Fondo de Promoción Turística, la empresa **DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ**, identificada con el NIT: **830.002.623-9**, por valor total de: **SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTE Y UN MIL PESOS (752.048.421,00) M/CTE.**, descontados los valores pagados por concepto de saldos de los aportes de contribución parafiscal del 2.5 por 1000 dejados de pagar durante los periodos comprendidos entre el primer trimestre del año 2007 y el cuarto trimestre del año 2010, según información entregada por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, la liquidación de aportes de fecha dieciocho (18) de marzo de 2011, más los intereses moratorios a 30 de noviembre de 2011 liquidados a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera.

[...]”.

Contra el citado acto, la demandante interpuso recurso de reposición³⁶, que fue resuelto por Resolución 6086 de 20 de diciembre de 2012 en el sentido de reconocer la firmeza de las declaraciones presentadas por los trimestres 1 a 4 de 2007 y 1 del año 2008. En consecuencia, por los periodos 2 a 4 del año 2008 y 1 a 4 de los años 2009 y 2010, reliquidó la contribución en \$552.072.600, que incluye los intereses de mora³⁷.

Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en sentencia de 22 de septiembre de 2016, que decidió un asunto similar por los mismos periodos gravables, en la que señaló lo siguiente³⁸:

“2.7. La Sala advierte que, en el anterior procedimiento, la Administración no profirió acto previo a la liquidación oficial de revisión, que permitiera a la sociedad conocer las razones de la modificación de la declaración tributaria y, ejercer su derecho de defensa³⁹.”

³⁶ Folios 116 a 137 c.p.

³⁷ Folios 110 a 115 c.p.

³⁸ Exp. 21717, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. El Consejero Ponente de esta providencia aclaró el voto en el citado fallo para indicar que el requerimiento, como acto previo a la liquidación de aforo y/o de revisión, debe ser expedido por el sujeto activo de la contribución, en este caso, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues su expedición corresponde a la facultad de fiscalización que, a diferencia de la de recaudo, no puede trasladarse o delegarse. En dicha oportunidad, el suscrito Consejero sostuvo lo siguiente:

“[...] El requerimiento de que trata el artículo 8 del Decreto 1036 de 2007 no puede entenderse como el acto previo que da inicio a la actuación administrativa de determinación o revisión del impuesto. La facultad de fiscalización y determinación del impuesto debe entenderse que recae en el Ministerio de Comercio exclusivamente, que es la autoridad que finalmente puede establecer el monto que le corresponde pagar al sujeto pasivo de la contribución. Y esa actuación administrativa que se inicia con miras a fijar el impuesto, como bien se dice en la sentencia que aclaro, debe iniciar con un requerimiento previo de parte del propio Ministerio de Comercio, que explique las razones de las modificaciones propuestas a la autoliquidación que presente el contribuyente, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa”.

³⁹ Es importante precisar que no obra en el expediente el Oficio del 12 de febrero de 2010 que en la demanda se cita con las comunicaciones del 18 de marzo y 11 de abril de 2011, bajo la afirmación de que no constituyen requerimientos previos. Ello a pesar de que la carga

El requerimiento expedido dentro de ese trámite no puede asimilarse al acto previo que debe preceder el acto liquidatorio, porque en el mismo – requerimiento- la entidad recaudadora se limitó a informar los elementos del tributo para los concesionarios de aeropuertos y carreteras y, exhortar a la sociedad al pago de la contribución, sin realizar ninguna manifestación respecto de las declaraciones tributarias presentadas por COVIANDES.

Si bien, en ese acto se plasmó una liquidación de la contribución y se manifestó que la misma fue calculada con fundamento en las estadísticas de recaudo suministradas por el INCO⁴⁰, no se le informó a COVIANDES qué modificaciones le practicaba a las liquidaciones privadas. En otras palabras, no puso en conocimiento de la sociedad las razones por cuales no aceptaba el valor total declarado.

En el segundo requerimiento, la entidad aceptó la existencia de las declaraciones y manifestó la existencia de un error, pero tampoco señaló en qué consistía ni las razones en que se sustentaba.

En efecto, ante la existencia de las declaraciones tributarias, lo que le correspondía a la Administración era informarle a la sociedad la existencia de errores en la liquidación privada de la contribución.

En tal sentido, la entidad recaudadora debió señalar el error en que supuestamente incurrió COVIANDES en las declaraciones tributarias – los hechos- y, las razones que justifican la modificación –los motivos-, que la sociedad pudiera controvertir o subsanar.

procesal de aportar esa prueba correspondía a la demandada, en tanto era la que tenía interés en probar la existencia de un requerimiento previo a la expedición del acto liquidatorio de la contribución.

⁴⁰ Instituto Nacional de Concesiones, hoy Agencia Nacional de Infraestructura.

Por el contrario, la entidad recaudadora afirmó que COVIANDES adeudaba la contribución parafiscal y practicó una liquidación del tributo, desconociendo que la sociedad había declarado y pagado dicho gravamen.

Es cierto que la actora declaró la base gravable en \$0, lo que indica que para ésta –COVIANDES- no existe la obligación de pagar el tributo. Pero, si la entidad recaudadora consideraba que el concesionario debía pagar una determinada suma por concepto de la contribución, no solo debía indicar los elementos de la obligación tributaria, sino también la forma como los mismos se cumplían en la situación particular de la sociedad.

Todo ello, llevó a que la discusión que planteara COVIANDES con fundamento en los requerimientos enviados por la entidad recaudadora, se enmarcara en la existencia de las declaraciones, y no en la forma como debió ser liquidado el tributo.

Y, a pesar de que en la respuesta al último requerimiento, la sociedad advirtió que no debe suma alguna por la contribución y que “desconoce las razones que se pueden tener para considerar que las sumas declaradas y pagadas no son correctas”, la entidad recaudadora remitió el expediente al Ministerio de Industria y Comercio para la expedición del acto liquidatorio.

Así las cosas, como la demandante no conoció las razones de la Administración para modificar las declaraciones tributarias, pues, se repite, no expidió el acto previo para poner en conocimiento de la actora tales motivos, procede la nulidad de los actos demandados por violación del debido proceso y derecho de defensa”.

De acuerdo con lo anterior, para modificar las declaraciones privadas de la actora, el Ministerio no profirió el acto previo a la liquidación oficial de revisión, que permitiera

a la actora conocer las razones de la modificación de las declaraciones tributarias y ejercer su derecho de defensa.

Ello, porque la comunicación de 12 de febrero de 2010 fue solo una invitación para que la actora presentara las declaraciones y pagara la contribución.

A su vez, en el oficio de 18 de marzo de 2011, la Administración se limitó a informar los elementos del tributo para los concesionarios de aeropuertos y carreteras y a requerir a la actora para que pagara la contribución allí determinada, sin realizar ninguna manifestación respecto de las declaraciones presentadas por esta.

Y si bien el requerimiento de pago de 18 de marzo de 2011 plasmó una liquidación de la contribución y señaló que esta fue calculada con fundamento en las estadísticas de recaudo suministradas por el INCO, no informó a la actora qué modificaciones le practicaba a las declaraciones privadas presentadas por esta. Es decir, no le dio a conocer las razones por cuales no aceptaba el valor total declarado por concepto del tributo.

Por su parte, en el oficio de 11 de abril de 2011, la Administración aceptó la existencia de las declaraciones y manifestó que había un error en el valor declarado, pero no señaló en qué consistía ni las razones en que se sustentaba.

Como se precisó en la sentencia de 22 de septiembre de 2016⁴¹, ante la existencia de las declaraciones tributarias, la Administración debió señalar el error en que supuestamente incurrió la actora en las declaraciones tributarias –los hechos- y, las

⁴¹ Exp. 21717, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

razones que justificaban la modificación de la declaración –los motivos-. Ello, para que la actora pudiera ejercer su derecho de defensa y no practicar la liquidación del tributo, desconociendo que esta había declarado el gravamen.

Dado que la demandante no conoció las razones de la Administración para modificar las declaraciones tributarias, pues, se repite, no expidió el acto previo para poner en conocimiento de la actora tales motivos, procede la nulidad de los actos demandados por violación del debido proceso y derecho de defensa.

Asimismo, como se anulan los actos por violación del debido proceso, no prosperan las excepciones de presunción de legalidad de los actos demandados, falta de causa para demandar y ausencia de causal de nulidad de los actos demandados e inepta demanda por errónea fundamentación de los cargos de la violación, propuestas por el Ministerio en la contestación de la demanda, sobre las cuales el Tribunal no se pronunció, pues, en realidad, todas las excepciones mencionadas cuestionaron el fondo del asunto.

Las razones que anteceden son suficientes para modificar la sentencia apelada en el sentido de adicionar el numeral primero de la parte resolutive para declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. En lo demás se confirma la sentencia apelada.

Condena en costas

En el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, el Tribunal no condenó en costas. Lo anterior, porque, de conformidad con el artículo 188 CPACA,

en el presente asunto se ventila un interés público, como es la discusión de tributos, que son necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado.

La condena en costas está prevista en el artículo 188 del CPACA, que dispone que **salvo en los procesos en que se ventile un interés público**, la sentencia debe disponer sobre esta condena, cuya liquidación y ejecución se debe hacer de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el alcance de la expresión *“procesos en que se ventile un interés público”*, en sentencia de 6 de julio de 2016, que se reitera, la Sala precisó que tal expresión hace referencia es a las acciones públicas, es decir, no a los procesos suscitados entre particulares y el Estado, aun, cuando en ellos se debata el recaudo de tributos, pues, en esos eventos no puede concluirse que por *“el solo hecho de estar implícito el interés público en la gestión de recaudo de los tributos, necesariamente se le deba exonerar de la condena en costas”*⁴².

Como se precisó, la liquidación y ejecución de la condena en costas se debe hacer de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil. Conforme con el artículo 365 del Código General del Proceso (actual régimen procedimental colombiano), las reglas para la determinación de la condena en costas, son las siguientes:

«1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

⁴² Exp. 20486, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción».

Así, el artículo 365 del Código General del Proceso establece, entre otras reglas, que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”* (numeral 1). Sin embargo, la Sala ha precisado que estas circunstancias deben analizarse en conjunto con la regla del numeral 8 que dispone que ***“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”***⁴³

El artículo 361 del Código General del Proceso dispone que *“las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”*.

Así, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho.

⁴³ Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

El artículo 366 del Código General del Proceso prevé que las costas y agencias en derecho **serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido en primera o única instancia**, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, y establece las reglas a las que se sujeta la liquidación.

El artículo 366 del C.G.P prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del

proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.”

Con el fin de probar las agencias en derecho, la actora aportó copia de la oferta mercantil para la prestación de servicios profesionales de apoderamiento y representación en este proceso en el que se estipularon como honorarios el 10% de la suma discutida en el proceso contencioso⁴⁴.

De igual manera existe prueba del pago de gastos ordinarios del proceso ordenada en el auto admisorio de la demanda de 10 de julio de 2013⁴⁵.

Teniendo en cuenta las pruebas existentes en el expediente para determinar la procedencia de la condena en costas, se ordena al *a quo* tramitar el incidente para la liquidación de las costas y agencias en derecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso y en observancia de lo dispuesto en los Acuerdos 1887 de 26 de junio de 2003 y 2222 de 10 de diciembre de 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que en los asuntos contenciosos administrativos establece lo siguiente:

⁴⁴ Folios 455 a 457 c.p.

⁴⁵ Folio 202 c.p.

“ARTICULO SEGUNDO.- Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de **la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso**, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento. (...)

“3.1.3. Segunda instancia.

Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

PARAGRAFO. En los procesos ejecutivos, hasta el cinco por ciento (5%) del valor del pago confirmado o revocado total o parcialmente en la pertinente orden judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

De acuerdo con lo anterior, las agencias en derecho en segunda instancia serán **hasta** el 5% del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia a favor de la parte victoriosa y a cargo de quien pierda el proceso, de donde se colige que estas no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por la respectiva parte al abogado.

En consecuencia, se revoca la decisión de negar las costas en primera instancia y se condena en costas al demandado y se ordena al Tribunal liquidar, por incidente, el valor de la condena en costas y agencias en derecho.

En suma, se modifica el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada para declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

También se revoca el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, que negó la condena en costas. En su lugar, se condena en costas y agencias en derecho al demandado y se ordena al Tribunal que las liquide, mediante incidente, de acuerdo con las precisiones de esta providencia. En lo demás, se confirma la sentencia apelada.

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

FALLA

PRIMERO. MODIFÍCASE el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, que, en consecuencia, queda así:

PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

ANÚLANSE las Resoluciones Nos. 5090 de 19 de diciembre de 2011 y 6086 de 20 de diciembre 2012, proferidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante las cuales liquidó la contribución parafiscal con destino al Fondo de

Promoción Turística (hoy Fondo Nacional de Turismo) correspondiente a los periodos comprendidos entre el primer trimestre del 2007 y el cuarto trimestre de 2010 a cargo de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE.

SEGUNDO. REVÓCASE el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, que, en consecuencia, queda así:

TERCERO: CONDÉNASE en costas y agencias en derecho al demandado, que se liquidarán por el a quo, mediante incidente, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

En lo demás, **CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidente

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ