

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007).

CONSEJERO PONENTE: Doctor GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

REF: Expediente núm.01801.  
Recurso de apelación contra la sentencia de 27 de julio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.  
Actora: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia de 27 de julio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en ejercicio de la acción de

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

nulidad, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Que es nulo el Acuerdo núm. 042 de 4 de diciembre de 1998, mediante el cual el Concejo Municipal de Itagüí, facultó al Alcalde Municipal para reglamentar los permisos y licencias, por los cuales se autoriza y grava el uso, ocupación, y afectación del espacio público.

2ª: En subsidio, se declaren nulos los artículos 1º, el parágrafo 1º y 2º del artículo 2º y el artículo 3º del citado Acuerdo.

**I.2.-** Aduce la actora, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1º: Sostuvo que el Concejo Municipal de Itagüí vulneró el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, al dictar un acto administrativo que creó un tributo a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos y telecomunicaciones, sin tener la facultad para hacerlo, violando con esto una norma jurídica superior.

Estima que ninguna de las normas invocadas por el Concejo

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

para la expedición del Acuerdo lo facultan para la creación e imposición del tributo a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos y de Telecomunicaciones y que la autorización debe partir de la ley.

2º: Manifestó que los artículos 100 y 133 de la Ley 388 de 1997 no facultan a los Concejos para la creación de tributos y el cobro de tarifas por la ocupación del espacio público y advirtió que la facultad para crear tributos radica exclusivamente en el Congreso.

3º: Sostuvo que los artículos 10, 17 y 20 del Decreto 1504 de 1998 no pueden invocarse como sustento del acto acusado, debido a que el numeral 10o del artículo 150 establece que el Presidente de la República no tiene competencia en materia impositiva.

4º: Aduce que el Acuerdo desconoce lo contemplado en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, al disponer el cobro retroactivo del impuesto que crea; y además vulnera el principio de igualdad al crear un tributo solo para una clase de contribuyentes, como lo son las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos y de Telecomunicaciones.

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

5º: Señaló que el Acuerdo desconoce los artículos 24 y 26 de la Ley 142 de 1994, porque las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios pueden ser gravadas con tasas, contribuciones o impuestos que se impongan de igual manera a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales y comerciales; y porque las entidades territoriales deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos.

6º: Indica como normas constitucionales infringidas por el Acuerdo a las siguientes:

Artículo 13, por cuanto el tributo se impone únicamente para la prestación de los servicios públicos básicos y de telecomunicaciones, afectando sólo a una determinada persona o a un grupo reducido de ellas, desconociendo lo contemplado en el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.

Artículo 150, que en sus ordinales 11 y 12 establece que el Congreso de la República, por medio de leyes, ejerce las funciones de establecer las rentas nacionales y las contribuciones fiscales y parafiscales; por lo tanto, el Concejo al expedir el Acuerdo usurpó las funciones

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

constitucionales del Congreso.

Artículo 287, que establece la autonomía de las entidades territoriales.

Artículo 313, núm. 4º, que regula la competencia de los concejos municipales.

Artículo 338, referente a tributación.

Artículo 363, referente a los principios de la ley tributaria.

Artículo 84, al imponer una carga no exigida por la Ley 142 para el ejercicio de un derecho, cual es la imposición del gravamen contemplado en el citado Acuerdo.

7º: Asevera que con el Acuerdo se vulneran las siguientes leyes:

136 de 1994, artículo 32, que faculta a los Concejos a imponer gravámenes pero siempre y cuando haya una ley anterior que así lo diga y en el Sub lite no hay tal disposición. Por el contrario, el artículo 41, ibídem, le

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

prohíbe a tales corporaciones actuar en asuntos que no son de su competencia.

142 de 1994, artículos 26, 28 y 33, que permiten a las empresas públicas construir, operar y modificar sus redes sólo cumpliendo con los mismos requisitos que se les exigen a las entidades públicas que prestan los servicios y entre los cuales no se encuentran el gravamen que se impone en el acto acusado.

8º: Manifiesta que la Ley 388 de 1997, citada por el Acuerdo como fundamento de su expedición, no se refiere a ninguna facultad específica conferida a los Concejos Municipales para crear y fijar el porcentaje o la cuantía de la tarifa por la utilización del espacio público de los municipios, por lo que no hay una ley que expresamente los faculte para ello.

9º: Advierte que el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 no puede interpretarse como una autorización al municipio para crear y fijar el valor de la tarifa, pues la ley es la única que puede conceder facultades o autorizaciones a las corporaciones territoriales para que fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren los

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

contribuyentes, de conformidad con el artículo 338 de la Constitución.

**I.3.-** La entidad demandada al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de sus pretensiones para lo cual adujo, en síntesis, lo siguiente:

Estima que la Constitución Política reconoce y consagra los derechos colectivos y del ambiente y a su turno la Ley 9ª de 1989, en su artículo 5o define el derecho colectivo al espacio público, concepto dentro del cual se encuentran las zonas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos.

Manifiesta que de conformidad con el artículo 313 numerales 7 y 9, en concordancia con el artículo 82 de la Constitución, las acciones urbanísticas regulan la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano y generan beneficios que dan derecho a las entidades públicas a participar en las plusvalías resultantes de tales acciones.

Expresa que el artículo 73 de la Ley 388 de 1997 dispone que los Concejos Municipales establecerán por medio de

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

acuerdos de carácter general las normas para la participación de la plusvalía de sus respectivos municipios y su artículo 85 prevé la destinación de los recursos captados de la participación de la plusvalía, "indicando que su destinación tiene como propósito final el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del ente que la percibe". Agrega que estos fueron los motivos que llevaron al Concejo Municipal a expedir el Acuerdo demandado, que desarrolla el principio de la autonomía administrativa consagrado en la Constitución Política y que denota la autonomía fiscal que posee el Municipio.

Concluye que los Municipios pueden a través de sus Concejos Municipales y en desarrollo del numeral 7 del artículo 313, en concordancia con el artículo 82 de la Constitución, participar en la plusvalía del uso del espacio público.

Puntualiza que no es necesaria una ley para que los Concejos puedan mediante acuerdo reglamentar dicho impuesto, puesto que la Constitución ha facultado a las entidades territoriales para reglamentar el uso del suelo, del espacio público y de gozar de su plusvalía.

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

## **II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA**

Para acceder a las pretensiones de la demanda el a quo razonó, principalmente, de la siguiente manera:

Manifestó que el Concejo Municipal de Itagüí en el acto acusado creó un impuesto por la utilización, ocupación o afectación del espacio público con redes de servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones en el territorio municipal.

Advirtió que dicho gravamen se encuentra sujeto a lo establecido en el numeral 12 del artículo 150, numeral 4 del artículo 313 y en el artículo 338 de la Constitución Política.

Indicó que los Concejos Municipales carecen de soberanía absoluta en materia tributaria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 313 y en el numeral 7° del artículo 32 de la Ley 136 de 1994; y que, por lo tanto, no pueden crear tributos, ni fijar tarifas por sí mismos, sino en los casos en que la ley expresamente se los permita.

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

Puntualizó que de las disposiciones constitucionales invocadas en la contestación de la demanda y de las normas sobre las cuales se fundamentó el Concejo de Itagüí para expedir el Acuerdo, no se deduce la atribución de la entidad para crear tal tributo.

### **III- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

El Municipio de Itagüí, en su calidad de demandado, a través de apoderado finca su inconformidad con el fallo apelado, en esencia, en lo siguiente:

1º: Manifiesta que el artículo 82 de la Constitución le impone un deber al Estado (Concejo Municipal) de velar por la protección de la integridad del espacio público permitiéndole participar en la plusvalía que genera la acción de espacio público urbano en defensa del interés común.

Anota que el citado artículo es desarrollado por la Ley 388 de 1997, en su artículo 73, que dispone que los Concejos Municipales establecerán mediante Acuerdos de carácter general las normas para la participación en la plusvalía de sus respectivos municipios, y en su artículo

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

75 indica en qué serán destinados tales recursos, señalando como propósito final el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del ente que la percibe.

2º: Afirma que el Concejo Municipal de Itagüí, al expedir el Acuerdo acusado estaba haciendo uso de las facultades establecidas en los artículos 100 y 133 de la Ley 388 de 1997, por medio de la cual se modifica la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones; de los artículos 10, 17 y 20 del Decreto Nacional 1504 de agosto de 1998, por medio del cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial; y del artículo 5º de la Ley 9ª de 1989.

3º: Hace hincapié en que el Concejo Municipal de Itagüí expidió el acto acusado, en cumplimiento de un deber legal y en uso de las facultades conferidas en los artículos 10, 17 y 20 del Decreto Nacional 1504 de agosto de 1998.

4º: Considera que el artículo 20 del mencionado Decreto faculta expresamente a los municipios para que establezcan mecanismos para el cobro de tarifas, y

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

advierte que aunque de dicho artículo fue suprimida la expresión "y para el cobro de tarifas" por el Decreto 796 de 1999, tal expresión mantuvo vigencia durante su vida jurídica y estuvo amparada por la presunción de legalidad de que están revestidos los actos administrativos, por lo tanto produjo efectos jurídicos.

5º: A su juicio, el Acuerdo 042 de 1998, no puede ser anulado en su totalidad, sino parcialmente, en razón a que únicamente contienen en forma directa la imposición del gravamen en la expresión "se grava" del artículo primero y los párrafos primero y segundo del artículo segundo; y en lo demás, se faculta al Alcalde Municipal para que reglamente los permisos y licencias, mediante los cuales se autoriza el uso, ocupación y afectación del espacio público.

6º: Manifiesta que aún cuando se proclama en la Constitución Política la autonomía de las entidades territoriales para regular los usos del suelo y del espacio público, ella queda en el papel, debido a que los municipios no son autónomos cuando dictan normas para participar de la plusvalía que producen las empresas estatales.

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

7º: Advierte que los Concejos Municipales tienen la facultad de crear tarifas por el uso del suelo al ser los encargados constitucionalmente de velar y reglamentar el uso del mismo, de conformidad con el numeral 7º del artículo 313 de la Constitución Política.

8º: Expresa que las Leyes 142 de 1994 y 388 de 1997 no han consagrado la prohibición expresa del cobro por el uso del espacio público y que, por el contrario, han legalizado el derecho constitucional que tienen los Municipios de hacer valer su autonomía constitucional y de los Concejos de ejercer sus atribuciones y sus funciones en materia de suelos.

Agrega que las disposiciones legales en mención tampoco establecen la gratuidad en el uso del espacio público para las entidades territoriales.

En su opinión, del artículo 388 de la Constitución Política se infiere que los Concejos Municipales pueden establecer las tarifas de ocupación del espacio público, teniendo como base la recuperación de los costos que les presten o la participación en los beneficios que les proporcionen.

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

Anota que las empresas de servicios públicos ocupan el espacio público para extender sus redes para la prestación del servicio público domiciliario, y los municipios dentro de la plusvalía que genera la acción urbanística pueden participar en la misma.

#### **IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En la etapa procesal correspondiente el Ministerio Público guardó silencio.

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

El Acuerdo acusado dispuso:

"ARTICULO PRIMERO: Facultar al Alcalde municipal de Itagüi, para reglamentar los permisos y licencias mediante los cuales se autoriza y se grava el uso, ocupación y afectación del espacio público para la instalación permanente de redes destinadas a las actividades que cumplen las empresas prestadoras de servicios públicos y de telecomunicaciones, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionen en la parte subterránea de las vías, ejidos puentes, espacio aéreo, suelos, andenes y otros bienes de uso público, conforme al artículo 26 de la Ley 142 de 1994.

ARTÍCULO SEGUNDO: Los permisos se legalizarán mediante la expedición de una licencia por la

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

utilización, ocupación o afectación del espacio público por concepto de los servicios que prestan.

PARÁGRAFO PRIMERO: Determínese para la expedición de la licencia, un porcentaje equivalente al 3.5% por mes, el cual se liquidará sobre el monto de los ingresos totales brutos que recaude la empresa prestadora de servicios por la prestación de los mismos, mediante presentación del correspondiente informe mensual por parte de ésta.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El porcentaje establecido podrá revisarse, ajustarse y/o redimensionarse de acuerdo con las recomendaciones que formule el estudio que se lleve a cabo para cumplir con el propósito que prevé la Ley y el cual determinará de una forma más precisa la ocupación y la afectación del espacio público por la afectación de los servicios públicos.

ARTÍCULO TERCERO: Concédese un plazo de seis (6) meses a las empresas prestadoras de los servicios públicos básicos y de telecomunicaciones para que legalicen las redes instaladas hasta el presente, ante la oficina de Planeación Municipal, una vez definida la reglamentación del uso y ocupación del espacio público. La Administración se encargará de los mecanismos administrativos para el cumplimiento por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos de lo establecido en este acuerdo."

Del texto del Acuerdo transcrito claramente se advierte que con su expedición el Concejo Municipal de Itagüí está creando un tributo a cargo de las empresas prestadoras de los servicios públicos y de

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

telecomunicaciones por el uso, ocupación y afectación del espacio público, equivalente al 3.5% mensual sobre el monto de los ingresos totales brutos recaudados.

En relación con la facultad impositiva de los Concejos Municipales, esta Corporación, en reiterados pronunciamientos, entre ellos, en sentencias de 7 de octubre de 1999, de la Sección Primera (Expediente 5487 Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa) y de 5 de marzo de 2004 de la Sección Cuarta (Expediente núm. 13.584, Consejero ponente doctor Juan Angel Palacio Hincapié), ha precisado que solo el legislador, ordinario o extraordinario, de conformidad con el artículo 313, numeral 4, de la Constitución Política, en consonancia con el artículo 287, numeral 3, ibídem, puede autorizar a los municipios, como entidades territoriales, para cobrar tributos; y que, en todo caso, en tal autorización legal deben aparecer en forma clara y precisa los elementos estructurales del tributo, a saber: sujeto, hechos, bases gravables y tarifas.

En esta oportunidad, el Acuerdo cuestionado cita como fundamento para su expedición, entre otros, los artículos 100 y 133 de la Ley 388 de 1997, 1º, 17 y 20 del Decreto

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

1504 de 1998; el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989; y la Ley 136 de 1994.

Los artículos 100 y 133 de la Ley 388 de 1997, establecen:

"ARTICULO 100. PRINCIPIOS DEL REGIMEN NORMATIVO. La adopción de las normas urbanísticas generales y complementarias que sustentarán la expedición de las licencias de que trata el artículo anterior, se deberá fundamentar en los principios de concordancia, neutralidad, simplicidad y transparencia que se señalan a continuación:

1. Por concordancia se entiende que las normas urbanísticas que se expidan para una determinada área o zona del municipio, deben estar en armonía con las determinaciones del plan de ordenamiento territorial, de acuerdo con los niveles de prevalencia señalados en la presente ley.
2. Por neutralidad se entiende que cada propietario tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, si las características urbanísticas de una misma zona o área de la ciudad o municipio son iguales.
3. Por simplicidad se entiende que las normas urbanísticas se elaborarán de tal forma que se facilite su comprensión, aplicación y control.
4. Por transparencia se entiende que el régimen normativo debe ser explícito y completamente público para todas las partes involucradas en la actuación urbanística y para los usuarios".

"ARTICULO 133. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, las autoridades municipales y distritales deberán ajustar las normas urbanísticas a los principios enunciados en el artículo 100 y siguiendo los criterios de prevalencia expresados en el capítulo III de esta ley".

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

Los artículos 1º, 17 y 20 del Decreto 1504 de 1998, consagran:

1º: "Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo".

17: "Los municipios y distritos podrán crear de acuerdo con su organización legal entidades responsables de la administración, desarrollo, mantenimiento y apoyo financiero del espacio público, que cumplirán entre otras las siguientes funciones:...

20: "Cuando para la provisión de servicios públicos se utilice el espacio aéreo o el subsuelo de inmuebles o áreas pertenecientes al espacio público, el municipio o distrito titular de los mismos podrá establecer mecanismos para la expedición del permiso o licencia de ocupación y utilización del espacio público y para el cobro de tarifas. Dichos permisos o licencias serán expedidos por la oficina de planeación municipal o Distrital o la autoridad municipal o Distrital que cumpla sus funciones.

Las autorizaciones deben obedecer a un estudio de la factibilidad técnica y ambiental y del impacto urbano de la construcción propuesta, así como de la coherencia de las obras con los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que lo desarrollen".

El artículo 5º de la Ley 9ª de 1989, prevé:

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

"Entiéndese por Espacio Público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el Espacio Público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva; para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo".

Del texto de las normas transcritas, con excepción del artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, no deduce la Sala la aludida autorización a los Concejos Municipales para

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

cobrar un tributo por la utilización del espacio aéreo o del subsuelo para la provisión de servicios públicos.

También invocó como sustento el Acuerdo acusado la Ley 136 de 1994 y revisado su contenido la única normativa que guarda relación con el tema es el artículo 32, numeral 7, que le da la atribución a los Concejos Municipales de establecer, reformar o eliminar tributos, **pero de conformidad con la Ley.**

Ahora, el Decreto 1504 de 1998, dictado en ejercicio de facultades constitucionales, en especial las que le confieren al Presidente de la República el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 9a. de 1.989 y 11, 12 y 13 de la ley 388 de 1.997, en su artículo 20 sí contiene tal autorización.

Esta Corporación en sentencia de 7 de octubre de 1999 (Expediente núm. 5487, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa), precisó lo siguiente en relación con dicha disposición:

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

"... No obstante lo dicho, el artículo 233, literal c) del decreto 1333 de 1.986, que recopila el artículo 1º, literal j) de la ley 97 de 1.913, norma que se encuentra vigente, dispone que los concejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá, pueden crear, organizar su cobro y darle el destino que juzguen más conveniente para atender a los servicios municipales, el **"Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas"**, lo cual autoriza el establecimiento de mecanismos para el cobro de tarifas por la utilización del espacio público, sin importar cuál sea el destino o la razón de esa utilización.

Este impuesto creado en favor de los municipios para gravar el *uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas* guarda, sin duda, relación con la facultad dada en los apartes acusados, en tanto posibilita la financiación de obras y servicios para el espacio público..."

Lo anterior condujo a la Sala en esa oportunidad a denegar las súplicas de la demanda en relación con la nulidad del artículo 20 solicitado.

La Sección Cuarta de esta Corporación, en reiterados pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 5 de marzo de 2004 antes citada, Consejero ponente doctor Juan Angel Palacio Hincapié, concluyó que el impuesto sobre teléfonos urbanos autorizado por el literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, recopilado por el artículo 233, literal c) del Decreto 1333 de 1.986, perdió aplicabilidad y no puede desarrollarse, pues

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

carece de los requerimientos previstos en la Constitución Política (artículo 338) y su establecimiento en forma particular conlleva la violación de los principios generales del derecho tributario de equidad y legalidad de los tributos, al no contener los elementos estructurales de los mismos.

En efecto, dijo la citada sentencia, que es prolijada por la Sala en esta oportunidad:

"...Sobre el punto de litis, ha discutido la parte demandada que el Decreto 1333 de 1986 dejó vigente el impuesto en mención, el cual fue creado por el literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, y que el artículo 338 de la Constitución señala que no sólo la ley sino las ordenanzas y los acuerdos, pueden fijar directamente los elementos de la obligación tributaria por cuanto la competencia se determina según sea el gravamen nacional, departamental, distrital o municipal, al Congreso, a las Asambleas y a los Concejos, respectivamente.

Planteada así la litis, proceden las siguientes consideraciones:

**1. Vigencia del literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913.**

Esta Sección ha tenido la oportunidad de estudiar este punto en varias ocasiones, entre ellas la sentencia de fecha octubre 15 de 1999, dictada dentro del expediente No. 9456, en la que partiendo de la vigencia de esta

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

norma en virtud de lo establecido en el artículo 172 del Decreto 1333 de 1986 se pronunció en contra de la autorización legal para establecer el impuesto sobre telefonía móvil celular, por no encontrarse enunciada esta clase de tributo en ese literal.

Recientemente ha sido nuevamente puesto a consideración de la Sala el estudio sobre el tema, ante las demandas de nulidad presentadas contra los acuerdos municipales que establecen el impuesto a los teléfonos dentro de sus respectivas jurisdicciones. En efecto, la Sala en sentencia de fecha 22 de febrero de 2002, dictada dentro del expediente 12591, con ponencia de la Dra. Ligia López Díaz, concluyó que *"Dentro de los tributos que se regulan en las normas posteriores no se encuentra el llamado **"impuesto de teléfonos"**, pero la expresión **"Además de los existentes hoy legalmente"** permite concluir que aquellos gravámenes que se encontraran vigentes, siguen subsistiendo conforme se encontraran descritos en la ley, como sería el caso del llamado **"impuesto de teléfonos"**.*

Se ha tenido en cuenta que el Decreto Ley 1333 de 1986 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 76 de la Ley 11 de 1986 con el fin de *"codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la Administración Municipal..."*.

En el Capítulo II del Título X del Código en mención se estableció el régimen de los impuestos municipales y se dispuso en el artículo 172 que ***"además de los existentes hoy legalmente, los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los artículos siguientes"***. (resalta la Sala)

En el mismo Decreto el artículo 385 dispuso que *"conforme a lo dispuesto en el artículo 76,*

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

literal b) de la Ley 11 de 1986, están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no codificadas en este estatuto." (Subraya la Sala), lo cual generaba una amplia discusión en torno a la vigencia de las normas anteriores a esta codificación.

Sin embargo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al estudiar sobre su constitucionalidad, precisó que el ejecutivo no tenía facultad para derogar normas legales, por cuanto "**La facultad de codificar** consiste en establecer, sentar, definir de manera sistemática y ordenada las normas relativas a determinada área del comportamiento social, **es una atribución legislativa** que, por tanto, incluye las de innovar, modificar, adicionar, refundir y derogar las normas vigentes, para que toda la materia quede en un solo cuerpo legal."<sup>1</sup> (Resalta la Sala)

En esta sentencia, se precisó entonces que la norma dictada en uso de facultades extraordinarias no disponía derogar, sino que el Gobierno, como legislador extraordinario, aclaró el significado del literal b) del artículo 76 de la Ley 11 de 1986, lo cual es legítimo en razón de la potestad legislativa de dar preciso alcance a disposiciones anteriores.

Este criterio ha sido expuesto también por la Corte Constitucional al señalar que "(...) la Ley 11 de 1986 autorizó al Gobierno para "codificar" normas constitucionales y legales, lo que como se ha dicho, incluyó la atribución en cabeza de este, por expresa autorización del legislador ordinario, de eliminar normas repetidas o derogadas, inclusive las constitucionales, dejando en cabeza del Ejecutivo la más absoluta discrecionalidad en la definición sobre si las normas relacionadas con el tema estaban o no vigentes y acerca de

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de noviembre 13/86. Exp. 1507. M.P. Dr. Hernando Gómez Otálora.

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

*si merecían, por no estar repetidas, ser incluidas en el estatuto" (Subraya la Sala)<sup>2</sup>*

Por todo lo anterior, reitera la Sala que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 172 del Decreto 1333 de 1986, el tributo previsto en el literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 no ha sido derogado y por lo tanto se encuentra vigente, criterio que también expuso la Corte Constitucional en sentencia C-504 de 2002 al estudiar sobre la vigencia de los literales d) e i) del artículo 1 de la ley 97 de 1913 al señalar que " (...) los literales acusados han mostrado siempre una vigencia impositiva no susceptible de afectación por dispositivos, que como el del artículo 385, pretenden derogarlos tácitamente al amparo de facultades inexistentes."

## 2. Facultad impositiva municipal.

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Sala, que en materia impositiva rige el principio de legalidad de los tributos, en virtud del cual su creación es de reserva de ley, conforme a la función asignada para "establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales" (art. 150-12 C.P), en concordancia con el artículo 338 de la Carta, que reservó exclusivamente para los cuerpos colegiados de elección popular la facultad de imponer tributos en los siguientes términos: "*En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales*", y de desarrollo por parte de las corporaciones de elección popular (asambleas y concejos), quienes están autorizadas para votar las contribuciones e impuestos locales de conformidad con la Constitución y la Ley, tal como se indica en los artículos 300-4 y 313-4 Ib.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-046/98 de febrero 26/98. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

En efecto, si bien uno de los principios fundamentales del Estado Colombiano fue definido por la Carta de 1991, como un Estado de autonomía regional (artículo 1º), puede decirse que dicha autonomía en materia tributaria, no es ilimitada, sino derivada conforme lo señalan los artículos 287 (numeral 3) y para el caso de los municipios el 313 (numeral 4) de la Constitución Política, así

"Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la Ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

(...)

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones." (Subraya la Sala)

"Artículo 313. Corresponde a los Concejos:

(...)

4. Votar de conformidad con la Constitución y la Ley los tributos y gastos locales" (Subraya la Sala)

De igual manera, en virtud del denominado principio de "predeterminación", el señalamiento de los elementos objetivos de la obligación tributaria debe hacerse exclusivamente por parte de los organismos de representación popular, en la forma consagrada en el artículo 338 de la Constitución, que asignó de manera excluyente y directa a la ley, la ordenanza o el acuerdo la definición y regulación de los elementos estructurales de la obligación impositiva, al conferirles la función indelegable de señalar "directamente" en sus actos: los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

Como lo señaló la Sala en sentencia de fecha 22 de febrero de 2002, citada en párrafos

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

**anteriores, "Esta norma exige que el legislador, creador del impuesto sea nacional, departamental o municipal, fije DIRECTAMENTE los elementos estructurales del tributo."**

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, se observa que el literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 en concordancia con la Ley 84 de 1915, le otorgó a los concejos municipales la facultad de crear el "impuesto sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica, de gas y análogas." sin embargo, se advierte que de dicho texto no puede identificarse correcta y concretamente algún criterio o pauta que permita entender la forma de determinar los elementos esenciales del tributo.

Sobre el punto, la Corte Constitucional en sentencia de C-504 de julio 3 de 2002, con ponencia del Dr. Jaime Araujo Rentería decidió la demanda de constitucionalidad presentada por un ciudadano contra los literales d) e i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 y declaró inexecutable la expresión "y análogas" contenida en el literal i), al considerar:

*" (...) es del caso enfatizar desde ya que la expresión **"y análogas"** resulta claramente inconstitucional, en tanto riñe con el principio de la legalidad del tributo que entraña el artículo 338 superior. A decir verdad, no puede convalidarse ningún mandato legal que bajo el expediente de la autorización para crear tributos territoriales incurra en mandamientos de carácter indeterminado o ambiguo, ya que ello sería tanto como delegarle in genere a la respectiva entidad territorial el poder impositivo -que en el marco de la ley- quiso el Constituyente reservarle con exclusividad al Congreso de la República, con la subsiguiente pretermisión del obligado registro legal. Por lo mismo, al resolver sobre los cargos de esta demanda se declarará*

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

*la inexequibilidad de la locución "y  
análogas". (Subraya fuera del texto)*

Comparte la Sala la anterior consideración pues responde a los mandatos constitucionales que evidencian y hacen realidad el principio de la legalidad del tributo, que fue analizado anteriormente.

**Sigue la sentencia de la Corte Constitucional:**

" (...) el artículo 313-4 constitucional prevé el ejercicio de las potestades impositivas de las asambleas y concejos al tenor de lo dispuesto en la Constitución Política y la ley, siempre y cuando ésta no vulnere el núcleo esencial que informa la autonomía territorial de los departamentos, municipios y distritos. Por lo mismo, la ley que cree o autorice la creación de un tributo territorial debe gozar de una precisión tal que acompañe la unidad económica nacional con la autonomía fiscal territorial, en orden a desarrollar el principio de igualdad frente a las cargas públicas dentro de un marco equitativo, eficiente y progresivo." (subrayado y resaltado fuera del texto).

También comparte la Sala estas consideraciones de la Corte Constitucional, pues bien definió el principio de predeterminación y su finalidad, que como la misma autoridad constitucional lo señala, encuentra sustento en armonizar la unidad económica nacional con la autonomía fiscal territorial, todo con el propósito de respetar el principio de igualdad frente a las cargas públicas del Estado, en un sistema tributario que debe fundarse en los

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

**principios de equidad, eficiencia y progresividad (artículo 363 de la Carta)**

Concluye la Corte Constitucional, en el estudio del literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, lo siguiente:

*" Al respecto nótese cómo la norma establece válidamente el sujeto activo y algunos sujetos pasivos -empresas de luz eléctrica y de gas-, y los hechos gravables, dejando al resorte del Concejo de Bogotá la determinación de los demás sujetos pasivos y de las tarifas. Es decir, en armonía con los artículos 338 y 313-4 de la Constitución Política, que a las claras facultan a las asambleas y concejos para votar los tributos de su jurisdicción bajo la concurrencia del ordenamiento superior y de la ley, los segmentos acusados guardan -con la salvedad vista- la consonancia constitucional exigida a la ley en materia de tributos territoriales. (Resaltados fuera del texto)*

No comparte esta Sección del Consejo de Estado la anterior conclusión de la Corte Constitucional e insiste la Corporación en que "El mencionado artículo no indica cuál es el hecho generador del impuesto de teléfonos; Tampoco señala los sujetos pasivos, ni fija alguna pauta que permita identificarlos. En cuanto a la base gravable o las tarifas, no puede verificarse algún tipo de directriz."<sup>3</sup>

En efecto, la simple denominación "impuesto sobre teléfonos urbanos" corresponde, en los mismos términos de la Corte, a una autorización de "carácter indeterminado o ambiguo"; no goza "de una precisión tal que acompase la unidad económica nacional con la autonomía fiscal territorial, en orden a desarrollar el

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta Sentencia del 22 de febrero de 2002, expediente 12591, mencionada anteriormente.

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

*principio de igualdad frente a las cargas públicas dentro de un marco equitativo, eficiente y progresivo.*", como ella misma lo definió en párrafos anteriores.

Es precisamente la falta de este requisito Constitucional, el de la precisión legal, el que ha llevado a la Sala a considerar, como lo hizo en la sentencia de febrero 22 de 2002, que "bajo el nombre de "impuesto sobre telégrafos y teléfonos urbanos" aparecerían los más disímiles y variados gravámenes, fruto de la creación antitécnica y contrariando el mandato constitucional. Tal indefinición de la norma, haría que directamente los municipios crearan el tributo, prácticamente sin ningún límite legal, lo cual resulta contrario a los artículos 338, 303 y 313 numerales 4º de la Constitución Política actual, de acuerdo con el alcance descrito anteriormente."

Por ello, a juicio de la Sala, el impuesto sobre teléfonos urbanos autorizado por el literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, ha perdido aplicabilidad y no puede desarrollarse pues carece de los requerimientos previstos en la Constitución Política (art. 338) y su establecimiento en forma particular conlleva la violación de los principios generales del derecho tributario de equidad y legalidad de los tributos...".

De tal manera que no obstante que el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, contenía una autorización para el cobro del tributo, la misma no reunía los elementos estructurales que se requieren para que se entienda legalmente conferida, razón por la que el Concejo Municipal de Itagüi no podía válidamente ampararse en las normas que invocó como sustento del acto acusado.

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

En la contestación de la demanda y en el escrito contentivo del recurso de apelación, el Municipio de Itagüi invoca la aplicación del artículo 73 de la Ley 388 de 1996, que es del siguiente tenor:

"PLUSVALIA

**ARTICULO 73. NOCION.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 de la Constitución Política, las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano incrementando su aprovechamiento, generan beneficios que dan derecho a las entidades públicas a participar en las plusvalías resultantes de dichas acciones. Esta participación se destinará a la defensa y fomento del interés común a través de acciones y operaciones encaminadas a distribuir y sufragar equitativamente los costos del desarrollo urbano, así como al mejoramiento del espacio público y, en general, de la calidad urbanística del territorio municipal o distrital.

Los concejos municipales y distritales establecerán mediante acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la participación en la plusvalía en sus respectivos territorios.

Cabe advertir que del texto transcrito no deduce la Sala autorización legal alguna a los Municipios para la imposición de tributos a las empresas prestadoras de servicios públicos y telecomunicaciones por el uso y ocupación del espacio público; además de la norma se refiere a la actividad urbanística y no en particular a

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

la prestación de servicio público alguno. Así se infiere de los artículos 74 y 75, ibídem, los cuales prevén:

"ARTICULO 74. HECHOS GENERADORES. Constituyen hechos generadores de la participación en la plusvalía de que trata el artículo anterior, las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas según lo establecido en el artículo 3° de esta ley, y que autorizan específicamente ya sea a destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, de acuerdo con lo que se estatuya formalmente en el respectivo Plan de Ordenamiento o en los instrumentos que lo desarrollen. Son hechos generadores los siguientes:

1. La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano.
2. El establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo.
3. La autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el índice de construcción, o ambos a la vez.

En el mismo plan de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen, se especificarán y delimitarán las zonas o subzonas beneficiarias de una o varias de las acciones urbanísticas contempladas en este artículo, las cuales serán tenidas en cuenta, sea en conjunto o cada una por separado, para determinar el efecto de la plusvalía o los derechos adicionales de construcción y desarrollo, cuando fuere del caso.

PARAGRAFO. Para los efectos de esta ley, los conceptos urbanísticos de cambio de uso, aprovechamiento del suelo, e índices de ocupación y de construcción serán reglamentados por el Gobierno Nacional"

"ARTICULO 75. EFECTO PLUSVALIA RESULTADO DE LA INCORPORACION DEL SUELO RURAL AL DE EXPANSION URBANA O DE LA CLASIFICACION DE PARTE DEL SUELO

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

**RURAL COMO SUBURBANO.** Cuando se incorpore suelo rural al de expansión urbana, el efecto plusvalía se estimará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. Se establecerá el precio comercial de los terrenos en cada una de las zonas o subzonas beneficiarias, con características geoeconómicas homogéneas, antes de la acción urbanística generadora de la plusvalía. Esta determinación se hará una vez se expida el acto administrativo que define la nueva clasificación del suelo correspondiente.

2. Una vez se apruebe el plan parcial o las normas específicas de las zonas o subzonas beneficiarias, mediante las cuales se asignen usos, intensidades y zonificación, se determinará el nuevo precio comercial de los terrenos comprendidos en las correspondientes zonas o subzonas, como equivalente al precio por metro cuadrado de terrenos con características similares de zonificación, uso, intensidad de uso y localización. Este precio se denominará nuevo precio de referencia.

3. El mayor valor generado por metro cuadrado se estimará como la diferencia entre el nuevo precio de referencia y el precio comercial antes de la acción urbanística al tenor de lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo. El efecto total de la plusvalía, para cada predio individual, será igual al mayor valor por metro cuadrado multiplicado por el total de la superficie objeto de la participación en la plusvalía.

Este mismo procedimiento se aplicará para el evento de calificación de parte del suelo rural como suburbano".

Lo precedentemente expuesto conduce a la Sala a considerar que asistió razón al a quo en cuanto estimó que el Concejo Municipal de Itagúí estableció un tributo, sin autorización legal para ello; empero, hay lugar a modificar la sentencia apelada, para disponer únicamente

**REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.**  
**ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

la nulidad parcial del Acuerdo, esto es, de la expresión "y se grava", contenida en el artículo 1º del Acuerdo acusado; y de los párrafos 1º y 2º del artículo 2º ibídem, ya que solamente esas normas involucran el establecimiento del tributo.

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

**F A L L A**

**MODIFÍCASE** la sentencia apelada, la cual quedará así:

**DECLÁRASE** la nulidad de la expresión "y se grava", contenida en el artículo 1º del Acuerdo acusado; y la de los párrafos 1º y 2º del artículo 2º, ibídem.

**DENIÉGASE** la pretensión de nulidad del resto del articulado.

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

REF.: Expediente núm. 05001-23-31-000-1999-01801-01.  
ACTORA: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 22 de marzo de 2007.

MARTHA SOFIA SANZ TOBON  
Presidenta

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE