

TRIBUTOS - Su establecimiento está supeditado a lo que previamente determine la ley / TRIBUTOS POR EL USO Y ROTURA DE VIAS PUBLICAS - No pueden ser establecidos por los municipios ya que solo pueden existir cuando la ley los autorice / AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Límites / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA - Aplicación

[S]olo el legislador puede autorizar a los municipios o Distritos para cobrar tributos para la ocupación o excavación de vías públicas o para la rotura de pavimento, como el señalado en la disposición acusada. Además, no puede perderse de vista, que la voluntad del legislador no fue la de gravar el uso de las vías públicas, dado que sobre el mismo solo estableció el requisito de solicitar una licencia previa, sin que se hubiere contemplado un cobro adicional. Esto se ratifica en el hecho de que la misma normativa derogó de forma expresa el impuesto por la ocupación y rotura de vías.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - No puede otorgarse en forma indeterminada al ente territorial ya que esa potestad está reservada exclusivamente al Congreso / TRIBUTOS POR EL USO Y ROTURA DE VÍAS PUBLICAS - No pueden ser establecidos por los municipios ya que solo pueden existir cuando la ley los autorice / FALTA DE COMPETENCIA DE ALCALDE MUNICIPAL – Para establecer EL cobro de tarifas por concepto de licencia de rotura de vías públicas / TRIBUTO POR LA OCUPACIÓN Y EXCAVACIÓN DE VÍAS PÚBLICAS O DERECHO DE ROTURA – No puede establecerse por alcalde municipal

[L]a Sala no deduce facultad legal alguna para que el Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, pudiera establecer una especie de ecuación matemática que permita fijar por anticipado el valor de una indemnización de perjuicios a favor del mencionado Distrito con el objeto de reparar el daño o deterioro que se pueda causar a las vías públicas del mismo, como consecuencia de los trabajos que impliquen la rotura de las losas. Tales disposiciones, conforme claramente se colige de su texto, están referidas a la facultad de los Alcaldes para dirigir la acción administrativa del Municipio; a definir lo que se entiende por infracción urbanística y a determinar las sanciones frente a la misma (suspensión y demolición de obras), en donde no encajan las regulaciones contenidas en el acto sub examine. Ahora, si bien es cierto que el artículo 26 de la Ley 142 de 1994, faculta a las autoridades para exigir a las empresas de servicios públicos garantías adecuadas a los riesgos que creen, no lo es menos que tal facultad no supone la autorización para establecer una conducta causante de indemnización de perjuicios, con tasación anticipada, que solo puede provenir del legislador, ni para determinar una responsabilidad por perjuicios que solo puede imponer el órgano judicial; y en lo que respecta a la indemnización a que alude al artículo 57 *ibidem*, de su texto claramente se colige que su beneficiario o destinatario no es el Municipio sino el particular, dueño de un predio, que debe soportar una servidumbre, como es dejar pasar por su propiedad líneas, cables o tuberías necesarias para la prestación de un servicio público, lo que difiere sustancialmente del pago de la indemnización cuyo valor resulta de la aplicación anticipada de una fórmula matemática prevista en el acto cuestionado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 315 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 91 LITERAL A / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 91 LITERAL D / LEY 810 DE 2003 - ARTÍCULO 1 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 22 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 26 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 57

NORMA DEMANDADA: DECRETO 134 DE 2003 (8 de septiembre) DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – ARTÍCULO CUARTO (Anulado) / DECRETO 134 DE 2003 (8 de septiembre) DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – ARTÍCULO QUINTO (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 08001-23-31-000-2004-02906-02

Actor: HERNANDO CASTRO NIETO

Demandado: DISTRITO DE BARRANQUILLA

Referencia: EL ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA CARECE DE COMPETENCIA PARA FIJAR, A TRAVÉS DEL DECRETO NÚM. 134 DE 2003, EL VALOR DE LA LICENCIA DE ROTURA DE PAVIMENTOS DE VÍAS PÚBLICAS EN DICHO DISTRITO, DADO QUE ESA AUTORIZACIÓN SOLO PUEDE SER ESTABLECIDA POR UNA NORMA DE RANGO LEGAL.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 29 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que denegó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El ciudadano y abogado **HERNANDO CASTRO NIETO**, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del CCA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 134 de 8 de septiembre de 2003, **“POR EL CUAL SE ADOPTA EL MANUAL DE INTERVENCIONES Y REHABILITACION EN PAVIMENTOS DE CONCRETO RÍGIDO Y SE DICTAN**

NORMAS RELACIONADAS CON LA ROTURA DE PAVIMENTO EN LAS VIAS PÚBLICAS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA”, expedido por el Alcalde Distrital de Barranquilla.

I.2- En apoyo de sus pretensiones el actor formula, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Estima que, con la expedición del Decreto núm. 134 de 2003, acusado, se vulneraron los artículos 150, numeral 12, de la Constitución Política, sobre competencia del Congreso para establecer contribuciones fiscales y parafiscales; 300, numeral 4 y 313, numeral 4, *ibidem*, sobre la competencia impositiva de las Corporaciones Públicas de elección popular de las entidades territoriales; 338, *ibidem*, sobre la potestad impositiva de los órganos de representación popular; 5°, literal e) y 32, numeral 7, de la Ley 136 de 1994; 20 del Decreto 1504 de 1998, modificado por el Decreto 796 de 1999; y 40 del Decreto 1333 de 1986, en síntesis, por lo siguiente:

Señala que, el Decreto 796 de 1999 eliminó la facultad de los municipios de cobrar tarifas por la expedición de la licencia para la utilización del subsuelo, prevista en el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998^[1], razón por la que el Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla carece de facultad para establecer un cobro por concepto de licencia de rotura de vías públicas del Distrito de Barranquilla, como lo pretende con el acto administrativo acusado.

Aduce que, el artículo 40 del Decreto 1333 de 1986, establece que “Corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobre trazado, apertura,

^[1]Autorizaba a los Municipios o Distritos para establecer mecanismos para la expedición del permiso o licencia de ocupación y utilización del espacio público y para el cobro de tarifas.

ensanche, arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos; y conceder permiso para ocuparlas con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles, torres y otros aparatos para cables aéreos, y en general, con accesorios de empresas de interés municipal. Si las empresas interesaren a varios municipios o a todo un departamento, corresponde a las gobernaciones respectivas o a las autoridades que designen las ordenanzas conceder los permisos; y si interesaren a más de un departamento o a toda la Nación, corresponde al gobierno o a la autoridad que designe la ley concederlo”, por lo que, a su juicio, tampoco estaba facultado el Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla para adoptar, como lo hizo, el manual de intervenciones y rehabilitaciones en pavimentos de concreto rígido para la ciudad de Barranquilla.

Sostiene que, el artículo 2° de la Ley 810 de 2003, por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones, que se utiliza como uno de los fundamentos para la expedición de la norma acusada, modifica el artículo 104 de la Ley 388 de 1997, por lo que nada tiene que ver con la materia de que trata el Decreto acusado y, por consiguiente resulta procedente su nulidad.

Anota que, la facultad a que hace referencia el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 810 de 2003, y que la atribuye a los Municipios y Distritos, para establecer qué tipo de amoblamiento sobre el espacio público requiere de la licencia a que se refiere este artículo, así como los procedimientos y condiciones para su expedición, debe entenderse que se le otorga a los Concejos Municipales, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 1333 de 1986, norma actualmente vigente.

Afirma que, conforme a los artículos 150, numeral 12, 300, numeral 4, 313, numeral 4 y 338 de la Constitución Política, corresponde a la ley, las ordenanzas y a los acuerdos, con sujeción a aquélla, imponer contribuciones fiscales y parafiscales.

Transcribe apartes de la sentencia de 7 de octubre de 1999 (Expediente núm. 5487), a través de la cual se estudió la legalidad de los artículos 20 y 23 del Decreto 1504 de 1998, derogados por el Decreto 796 de 1999, en la que se expresó que los Departamentos, Distritos y Municipios no tienen competencia para crear impuestos, ya que la autorización de la Constitución Política es solo para la implantación en su jurisdicción de los que en provecho de los fiscos ha creado la ley, dentro de los límites que ella establece, ello en desarrollo del principio democrático según el cual no hay imposición sin representación, criterio compartido por la Corte Constitucional en sentencia C-084 de 1995.

I.3. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

En la oportunidad procesal correspondiente la entidad demandada guardó silencio.

II- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El juzgador de primera instancia denegó las súplicas de la demanda, en esencia, por lo siguiente:

Respecto del primer cargo, señaló que el acto acusado no crea una contribución, entendida esta como la imposición de una carga fiscal integrada por los elementos característicos, como son; sujeto activo, sujeto pasivo, base gravable, hecho generador y tarifa, sino que fija un valor de la licencia de rotura de pavimentos de

vías públicas del Distrito de Barranquilla y se advierte que el incumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en el manual de intervenciones y rehabilitación en pavimento de concreto rígido para la ciudad de Barranquilla dará lugar a las sanciones previstas en el artículo 2° de la Ley 810 de 2003, en armonía con lo dispuesto en el Decreto Local 725 de 1990, lo que descarta la vulneración de los artículos 150, numeral 12, 300, numeral 4, 313, numeral 4 y 338 de la Constitución Política, las que están referidas a contribuciones fiscales y parafiscales.

Destaca que, el artículo 2° de la Ley 810 de 2003 trata de las sanciones urbanísticas de multas y demolición total o parcial por las infracciones a que se refiere el artículo 1° *ibidem*, concibiéndolas como toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrolla y complementan, incluyendo los planes parciales.

Resalta que, en el acto administrativo demandado no se condiciona la utilización del espacio aéreo o subsuelo de inmuebles o áreas pertenecientes al espacio público para la instalación o reparación de redes de los servicios públicos domiciliarios. Lo que señala el acto son tres aspectos específicos cuando haya rotura del pavimento rígido de las vías públicas: la licencia o permiso para su rotura, la advertencia de las sanciones por infracciones urbanísticas a que se refiere la Ley 810 de 2003 y la reparación del daño, haciendo efectivas las pólizas correspondientes, lo cual está en armonía con lo estatuido en el Decreto 796 de 1999 y el artículo 26 de la Ley 142 de 1994.

En relación con el segundo cargo, adujo que tampoco tiene vocación de prosperidad, dado que el decreto acusado advierte sobre las sanciones urbanísticas contempladas en el artículo 2° de la Ley 810 de 2003, cuando quiera que se presente el incumplimiento de las especificaciones técnicas a que se refiere el manual de intervenciones y rehabilitación en pavimento de concreto rígido y se dictan normas relacionadas con la rotura de pavimento en las vías públicas del Distrito de Barranquilla.

En cuanto al tercer cargo, admite que el inciso 1° del artículo 40 del Decreto Ley 1333 de 1986 asigna a los concejos municipales disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos y conceder permiso para ocuparlas con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles, torres y otros aparatos para cables aéreos y en general, con accesorios de empresas de interés municipal.

Agrega que, el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 810 de 2003, invocado por el actor como violado, no se refiere a quién tiene la competencia para reglamentar y expedir las licencias para la rotura de pavimento rígido en las vías públicas, sino lo que señala es la competencia de los municipios y distritos para establecer el tipo de amoblamiento para el espacio público que requiere la licencia para la construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación que contravengan los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollen y complementen.

Concluye diciendo que ninguna de las normas de orden legal mencionadas hace alusión a que sean los concejos los competentes para reglamentar lo relativo a las licencias que deban otorgarse para la rotura del pavimento rígido de las vías

públicas, lo que impide afirmar como de competencia de esas corporaciones la licencia para la rotura de pavimento en vías públicas.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El actor expuso como fundamentos del recurso de apelación, los siguientes:

Manifiesta que, el argumento central de lo que el *a quo* denominó en la sentencia impugnada como “primer cargo”, está planteado por el demandante como la falta de capacidad legal del Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla para “establecer un cobro por concepto de licencia de rotura de vías públicas del Distrito de Barranquilla, como lo pretende con el Decreto 134 de 2003” y no en que este haya establecido una contribución como erráticamente lo apreció el juzgador de primera instancia.

Reitera que, el Decreto 796 de 1999, modificó el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, eliminando la facultad de cobro de tarifas, para la expedición de permisos o licencias de ocupación y utilización del espacio público, por parte de los municipios o distritos.

Insiste en que, el Consejo de Estado en sentencia de 28 de enero de 2000 (Expediente núm. 9679), cuando se refiere a los artículos 20 y 23 del Decreto 1504 de 1998, no hizo ninguna alusión a la facultad de los municipios y distritos de cobrar contribución alguna, sino a la que les permitía, antes de la expedición del Decreto 796 de 1999, cobrar tarifas a las empresas de servicios públicos domiciliarios –ESP- por la ocupación y utilización del espacio público.

Agrega que, así mismo, en sentencia de 7 de octubre de 2009 (Expediente núm. 5487) la Sección Primera de esta Corporación sostuvo que el cobro de tarifas es

expresión de tributo, y que si este no ha sido creado legalmente, las entidades territoriales de ningún orden pueden establecerlo vía reglamentación si tampoco están legalmente autorizadas para ello.

Recalca en que, no existe disposición alguna de carácter legal, que haya habilitado ni a los concejos municipales ni a los alcaldes para efectuar cobro de tarifa alguna por la expedición de las licencias de que trata el acto administrativo demandado.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta etapa procesal el señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad del actor con el fallo de primer grado radica, básicamente, en que el a quo apreció de manera errónea la situación planteada, dado que lo que soporta la solicitud de nulidad del Decreto 134 de 8 de septiembre de 2003, **“POR EL CUAL SE ADOPTA EL MANUAL DE INTERVENCIONES Y REHABILITACIÓN EN PAVIMENTOS DE CONCRETO RÍGIDOS Y SE DICTAN NORMAS RELACIONADAS CON LA ROTURA DE PAVIMENTO EN LAS VIAS PÚBLICAS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA”**, expedido por el Alcalde Distrital de Barranquilla (Atlántico), es el hecho de que este no tenía capacidad legal para establecer un cobro de *tarifas* por concepto de licencia de rotura de vías públicas del Distrito de Barranquilla, como lo pretende con la norma acusada, dado que el Decreto 796 de 6 de mayo 1999, dictado por el Gobierno Nacional,

modificó el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, **“Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”**, también emanado del Gobierno Nacional, -eliminando la facultad de cobro de tarifas, para la expedición de permisos o licencias de ocupación y utilización del espacio público, por parte de los municipios o distritos-, y no como lo afirmó el juez de primer grado, en que este hubiese establecido una contribución.

El acto objeto de la solicitud de declaratoria de nulidad dispone:

“Decreto 134 de 2003

“POR EL CUAL SE ADOPTA EL MANUAL DE INTERVENCIONES Y REHABILITACIÓN EN PAVIMENTOS DE CONCRETO RÍGIDOS Y SE DICTAN NORMAS RELACIONADAS CON LA ROTURA DE PAVIMENTO EN LAS VIAS PÚBLICAS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA”

EL ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA EN USO DE SUS FACULTADES CONSTITUCIONALES Y LEGALES, Y EN ESPECIAL LAS QUE LE CONFIEREN LOS ARTÍCULOS 315 NUMERAL 1° Y 3° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 91 LITERALES A)-6 y D)-1 DE LA LEY 136 DE 1994, Y 2° DE LA LEY 810 DE 2003; Y

CONSIDERANDO:

1. Que el Decreto Local 725 de 1990, estableció el procedimiento y los requisitos previos, para obtener la licencia para la rotura de pavimentos en las vías del Distrito;
2. Que los artículos 5, 6-1° y 7-4° de la Ley 388 de 1997, en armonía con los incisos 2 y 3 del artículo 1° de la Ley 810 de 2003, facultan a los Distritos para reglamentar de manera específica el uso, ocupación y manejo del suelo en las áreas urbanas del respectivo ente territorial en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos ambientales que le son propios, e igualmente para establecer los procedimientos y condiciones necesarias para la expedición de la respectiva licencia;
3. Que los artículos 22, 26 y 57 de la Ley 142 de 1994, obligan a las empresas de servicios públicos legalmente constituidas a sujetarse a las normas generales adoptadas por cada municipio o Distrito en materia de planeación urbana, de circulación y tránsito y uso del espacio público, y de seguridad y tranquilidad ciudadana, para lo cual las respectivas autoridades pueden exigir las garantías que estimen adecuadas a los riesgos que generen dichas empresas, y obtener los reconocimientos indemnizatorios por las ocupaciones temporales y

demás trabajos realizados por las empresas prestadoras de servicios, en inmuebles de propiedad de los entes territoriales y de particulares.

4. Que se hace necesario la implementación de un manual de obligatorio cumplimiento que contenga las especificaciones técnicas de los productos y de los procesos y prácticas constructivas utilizadas para la reparación, reparcho o reemplazo parcial de losas de pavimento de concreto que hacen parte de una vía, para de esta forma contrarrestar el deterioro que vienen sufriendo las vías públicas del Distrito, como consecuencia de los trabajos que implican la rotura de las losas de pavimento;

5. Que con tal propósito el Distrito convino con el Consejo Intergremial de la Ingeniería, la Arquitectura y la Construcción del Atlántico la elaboración de un estudio técnico especializado que concluyó con la elaboración de un “MANUAL DE INTERVENCIONES Y REHABILITACION EN PAVIMENTOS DE CONCRETO RIGIDO PARA LA CIUDAD DE BARRANQUILLA”.

6. Que una vez analizado el contenido de dicho estudio, se hace imperativa su adopción advirtiéndose que el incumplimiento de las especificaciones contenidas en el mismo, genera las sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 2° de la Ley 810 de 2003 en armonía con lo Dispuesto en el Decreto 725 de 1990;

7. Que conforme a lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 725 de 1990, el permiso para la rotura de pavimento en las vías públicas del Distrito, se expedirá una vez cumplido con los requisitos allí establecidos; sin embargo esa preceptiva no previó la eventualidad de una emergencia en las redes o tuberías, que demanden acciones inmediatas de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, haciéndose necesaria tal reglamentación.

DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: Modifíquese el artículo 3° del Decreto 725 de 1990, y en su lugar se dispone: Adóptase el “MANUAL DE INTERVENCIONES Y REHABILITACION EN PAVIMENTOS DE CONCRETO RIGIDO PARA LA CIUDAD DE BARRANQUILLA”, de que trata el numeral 5° de este Decreto, el cual será de obligatorio cumplimiento para todas las personas y entidades tanto públicas como privadas, que por cualquier motivo deban intervenir el pavimento rígido urbano. Dicho manual hace parte integrante de este Acto Administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: El incumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en el citado Manual, dará lugar a las sanciones contempladas en el artículo 2° de la Ley 810 de 2003 en armonía con lo dispuesto en el Decreto 725 de 1990 y a la reparación del daño causado al Distrito, para lo cual se afectarán las pólizas respectivas.

ARTICULO TERCERO: En caso de presentarse una situación de emergencia que demande acciones inmediatas por parte de las empresas de servicios públicos, éstas deberán tramitar la expedición

del permiso dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la iniciación de los trabajos, so pena de hacerse merecedoras de las sanciones previstas en el artículo anterior.

ARTICULO CUARTO: El valor de la licencia de rotura de pavimentos de vías públicas del Distrito de Barranquilla, será calculado en la forma establecida en los artículos 5° y 6° del Decreto 725 de 1990, es decir, será igual al 20% del presupuesto de obra, pero utilizando la siguiente formula: $P=0.5 \times A \times C$; donde p= Presupuesto de obra, A= Área de demolición, C = Valor promedio del metro cúbico de concreto de 550 P.S.I. de resistencia a la flexión (MR 550) en las plantas productoras de la ciudad.

ARTICULO QUINTO: Los recursos obtenidos por la expedición de los permisos de rotura de pavimento de las vías públicas del Distrito de Barranquilla, serán destinados para los gastos de promoción y vigilancia que garanticen el cumplimiento efectivo de las normas contenidas en el Manual de Intervenciones y Rehabilitación en Pavimentos de Concreto Rígido que se adopta con el presente Decreto.

ARTÍCULO SEXTO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga y modifica todas las normas que le sean contrarias.

Dado en Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario, a los ocho (08) días del mes de septiembre de 2003.

PUBLÍQUESE Y CUMPLASE [...]”.

De manera preliminar, resulta pertinente precisar que el valor fijado a la licencia o permiso para la rotura de pavimentos de la vías públicas de ese ente territorial, con el objeto de reparar el daño o deterioro causado a las vías públicas del Distrito, como consecuencia de los trabajos que impliquen la rotura de las losas, fijado a través del **Decreto núm. 134 de 2003**, no corresponde a una contribución, conforme lo indicó el a quo, sino a un tributo, denominado *derecho por rotura*.

Al respecto, es del caso traer a colación la sentencia de 18 de febrero de 2016¹, allegada por el apelante en esta instancia, en la cual se definió el tributo por rotura de vías como derecho por rotura, de la siguiente manera:

“[...]

4.1. Sobre la vigencia del tributo por la ocupación y roturas de vías, la Sala² ha señalado que las normas de ordenamiento y planeación territorial referida al espacio público- Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997-, son el fundamento del derecho por rotura, fraccionamiento, rompimiento o afectación de vías públicas, por cuanto ese gravamen está vinculado a la función administrativa de planeación urbana y ordenamiento territorial de los municipios.

4.2. Los derechos son una subespecie de las tasas, referidas al pago por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

La tasa, como especie tributaria, es una prestación pecuniaria que el Estado exige a cambio de la prestación directa o indirecta de un servicio público. **Cuando la prestación estatal reviste la forma de autorización o permiso para el uso de espacios públicos, es más frecuente el uso de la expresión derecho³.**

Esta modalidad ocurre frecuentemente en el ámbito local, cuando se genera la obligación de pagar una prestación patrimonial por el uso o aprovechamiento del dominio público.

Pero de todas formas, por tratarse de un tributo, su creación depende de la ley, pues de conformidad con los artículos 287-3 y 338 constitucionales, esta es competencia propia del legislador y derivada de las corporaciones locales [...](Las negrillas y subrayas fuera de texto”).

Y en tratándose de la competencia para el establecimiento de un tributo por la ocupación y excavación de vías públicas o derecho de rotura, la precitada sentencia advirtió que solo el **legislador puede autorizar a los municipios para cobrar dicho tributo.**

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de febrero de 2016, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, número único de radicación 13001233100020080000601, reiterada en sentencia de 2 de marzo de 2017, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, número único de radicación 68001-23-31-000-2007-00369-01.

² Sentencias de 11 de octubre de 2012, expediente No. 17749, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas, y expedientes Nos. 17753 y 17731, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, respectivamente.

³ BULIT, GOÑI, Enrique, Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios en honor de Andrea Amatucci, Tributos vinculados: tasas y contribuciones, Editorial TEMIS, 2011, Página 419.

Así, discurrió la Sección Cuarta en la referida sentencia:

“Pues bien, un reestudio del tema lleva a la Sala a modificar el criterio expuesto y a considerar que el tributo por el uso y excavación del espacio público no tiene fundamento legal, como se colige del análisis de las siguientes normas:

4.3.1. **Ley 9 de 1989.** Esta normativa regula los planes de desarrollo municipal, y la compraventa y expropiación de bienes.

En el artículo 7 *ibídem*, se otorgó facultades a los municipios para que: i) crearan entidades que administraran, desarrollaran y apoyaran financieramente el espacio público o, ii) contrataran con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del mismo.

Esta normativa no puede servir de fundamento legal para la imposición de un gravamen sobre las actividades de ocupación y excavación de vías, por cuanto en la misma no se contempló la posibilidad de que los costos derivados de la administración, y mantenimiento del espacio público se recuperaran mediante la imposición de un tributo, llámese impuesto o derecho.

Lo que contempla la norma es una facultad para entregar la administración de los espacios públicos a entidades públicas y privadas, sin que se especificara la forma en que se obtendría el sostenimiento económico de las mismas.

Mas aún, si se considerara que el artículo 7 de la Ley 9 de 1989 permite a los municipios el establecimiento de un impuesto o derecho, esa norma no resultaría aplicable dado que la Ley 142 de 1994, expedida con posterioridad a esa norma, derogó de forma expresa la facultad legal otorgada a los municipios para gravar la ocupación y excavación de vías públicas, regla, esta última, especial en materia impositiva, como que deroga explícitamente la posibilidad legal de imponer un impuesto.

Por lo demás, no resulta coherente sostener que sobre el mismo “hecho generador” se imponga un doble gravamen: el impuesto, con base en la Ley 97 de 1913 y concordantes –derogada por la Ley 142 de 1994-, y el derecho, con base en la Ley 9 de 1989.

4.3.2. **Ley 105 de 1993.** Estableció disposiciones sobre el transporte, la redistribución de competencias y recursos entre la Nación y entidades territoriales y, se reglamenta la planeación en el sector transporte.

En el artículo 28 de esa normativa se dispuso que los municipios y distritos pueden establecer *tasas* por el derecho de parqueo sobre las vías públicas, e impuestos que desestimen el acceso de vehículos particulares a los centros de las ciudades.

En principio se advierte que esta normativa está dirigida a desestimular el acceso de los vehículos a los espacios públicos. Por consiguiente, el hecho generador que daría lugar al tributo sería únicamente el parqueo de vehículos en las vías públicas.

Con todo, se repite que la Ley 142 de 1994, norma posterior a la analizada, derogó de manera expresa la facultad que se otorgó a los municipios para gravar la ocupación y excavación de las vías públicas, sin que en otra norma de carácter legal se hubiere contemplado la posibilidad de establecer nuevamente un tributo sobre esas actividades.

4.3.3. **Ley 388 de 1997.** Esta norma modificó la Ley 9 de 1989.

En los artículos 11 a 13 describe los componentes de los planes de ordenamiento territorial-general y urbano-, en el que se le otorgan facultades a los municipios, entre ellas:

- *Adoptar políticas a largo plazo para la ocupación, aprovechamiento y manejo del suelo, la localización y dimensionamiento de la infraestructura para el sistema vial.*
- *Definir procedimientos e instrumentos de gestión y actuación urbanística requeridos para la administración y ejecución de las políticas y decisiones adoptadas, incluida la adopción de los instrumentos para financiar el desarrollo urbano, tales como la participación municipal en la plusvalía.*

Como se observa esta norma establece unos lineamientos generales que deben ser observados y desarrollados por los municipios en los planes de ordenamiento territorial, sin que en la misma se hubiere autorizado la imposición de un gravamen sobre el uso y excavación de las vías públicas.

4.3.4. **Decreto 1504 de 1998.** Decreto reglamentario del manejo del espacio público en los POT.

En el artículo 20 de esta normativa se previó que *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 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.*

Sobre el particular el Consejo de Estado⁴ ha indicado que:

“[E]l vocablo **tarifa**, contenido en el artículo 338 de la Carta Política, está usado por el constituyente en su sentido natural, según las acepciones que de él recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esto es, “f. **Tabla de precios, derechos o impuestos. 2. Precio Unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo. 3. Montante (cuantía) que se paga por este mismo servicio**”, por lo tanto, se encuentra

⁴ Sentencias del 10 de junio de 1999 expediente No. 5029 y del 7 de octubre de 1999, expediente No. 5487.

referido a todas las formas de tributo previstas en dicho artículo: impuestos, contribuciones y tasas.

De lo expuesto se infiere que el cobro de una tarifa supone, necesariamente, la existencia de un tributo, puesto que sin éste carecería de razón de ser el establecimiento de la misma. **Si no existe un tributo qué puede, entonces, ser materia de cobro?**

Al respecto, la Sala observa que, en principio, le asistiría razón a la accionante, por cuanto en realidad, los apartes acusados de **los artículos 20 y 23 del decreto 1504 de 1.998, no estarían haciendo otra cosa que creando implícitamente un tributo, en tanto autorizan a los municipios para establecer mecanismos para el cobro de tarifas**, por los conceptos de que se habla en tales artículos, **y ya se indicó cómo el cobro de una tarifa supone necesariamente la existencia de un tributo”.**

Pero aun si se aceptare que esta norma faculta a los municipios para la imposición de un tributo por el uso del subsuelo o áreas del espacio público, lo cierto es que esa “autorización” fue impuesta en un decreto reglamentario, y no en la ley.

Ciertamente, la aludida autorización para cobrar por la utilización del subsuelo para la provisión de servicios públicos no aparece consignada expresamente en los enunciados de las normas que son objeto de reglamentación, esto es, los artículos 5 a 7 de la Ley 9 de 1989 y 11 a 13 de la Ley 388 de 1997.

Como se indicó, del contenido de las precitadas disposiciones legales no se desprende que crear entidades que apoyen financieramente el espacio público, o contratar con entidades privadas la administración, el mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público –artículos 5 a 7 Ley 9 de 1989-, o la adopción de instrumentos para financiar el desarrollo urbano, pueda concebirse como una autorización para establecer el cobro de tarifas por la utilización de las vías públicas –artículos 11 a 13 de la Ley 388 de 1997-.

Recuérdese que solo el legislador puede autorizar a los municipios para cobrar tributos como el contemplado en esta norma. Por tanto, no es posible hacerlo mediante un acto reglamentario del Gobierno.

Con todo, debe señalarse que el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 fue derogado por el artículo 1 del Decreto 796 de 1999, el cual no previó la referida facultad⁵.

Luego, el Decreto 796 de 1999 fue derogado por el Decreto 1600 de 2005⁶, que a su vez, fue derogado por el Decreto 564 de 2006⁷.

⁵ El Decreto 796 de 1999 modificó el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 20- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 142 de 1994, 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. Dichos permisos o licencias serán expedidos por la Oficina de Planeación Municipal o Distrital o la autoridad municipal o distrital que cumpla sus funciones”.

⁶ **Artículo 78.** Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los artículos 1º al 34, 64, 78, 79 y

Posteriormente, el Decreto 564 de 2006 fue derogado por el artículo 138 del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, **y hasta el momento no se ha establecido mediante una norma de rango legal, impuesto, derecho o gravamen sobre ésta materia.**

4.4. Como se observa, del recuento normativo de las disposiciones relativas al uso del espacio público no se verifica la autorización legal para el establecimiento de un tributo por la ocupación y excavación de vías públicas.

4.5. Por el contrario, en la Ley 142 de 1994, que reguló íntegramente la materia de servicios públicos domiciliarios, se consagraron los mecanismos que deben implementar los municipios para la ocupación o excavación de vías, sin que entre ellos se hubiere contemplado la posibilidad de gravar el uso de esos bienes públicos.

4.5.1. El artículo 57 *ibídem* dispone que las conducciones de acueducto y alcantarillado pueden atravesar las calles y, que para tal efecto la empresa interesada **solicitará el permiso** a la entidad pública correspondiente o al municipio⁸.

Es decir, el derecho de ocupación temporal de inmuebles por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios fue regulado por el legislador y, lo restringió con fundamento en otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos - tales como el derecho a la propiedad y los bienes de uso público-, a la obligación de solicitar un permiso previo para realizar la conducción del acueducto, redes, excavaciones y, en general, para realizar trabajos y estructuras sobre vías.

4.5.2. En concordancia con lo anterior, el artículo 26 de la citada normativa dispuso que quienes prestan servicios públicos domiciliarios están sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

82 al 89 del Decreto 1052 de 1998, los artículos **20, 21, 23 y 24 del Decreto 1504 de 1998, el Decreto 796 de 1999** y el Decreto 1379 de 2002.

⁷ **Artículo 136.** *Vigencia y derogatorias.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial los artículos 35 a 74, 80 y 81 del Decreto 1052 de 1998, los Decretos 089 y 1347 de 2001, el Decreto 047 de 2002 y el **Decreto 1600 de 2005, salvo lo dispuesto en el inciso primero de su artículo 57 y modifica y adiciona los párrafos de dicho artículo.**

⁸ **ARTÍCULO 57. FACULTAD DE IMPONER SERVIDUMBRES, HACER OCUPACIONES TEMPORALES Y REMOVER OBSTÁCULOS.** Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione. Las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas*, podrán atravesar los ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos, y otras líneas o conducciones. La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente; si no hubiere ley expresa que indique quien debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar.

Además, previó que los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, en la parte subterránea de las vías. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

Esta norma obliga a los municipios a permitir la instalación de redes para el desarrollo de los servicios públicos, siendo el único requisito la expedición de licencias, otorgar garantías, y cumplir con las normas urbanísticas.

4.6. En ese entendido, es claro que la voluntad del legislador fue la de no gravar el uso de las vías públicas puesto que sobre el mismo solo estableció el requisito de solicitar una licencia previa, sin que se hubiere contemplado un cobro adicional. Esto se ratifica en el hecho de que la misma normativa derogó de forma expresa el impuesto por la ocupación y rotura de vías.

4.7. Así las cosas, se concluye que las Leyes 9 de 1989, 142 de 1994 y 388 de 1997 no consagraron la posibilidad de gravar el uso de las vías públicas, como tampoco establecen el derecho al cobro de un tributo que compense los costos por los servicios administrativos que se deriven para la entidad pública respectiva.

No puede considerarse que la facultad de administración o aprovechamiento económico establecida en la Ley 9 de 1989, ni los parámetros generales establecidos en la Ley 388 de 1997, puedan dar lugar a la imposición de un tributo, puesto que **la autorización legal para crear gravámenes del orden territorial no puede ser 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.**

De ahí que el acto por el cual se crea un tributo debe fundamentarse en los principios de legalidad y certeza tributaria.

Sobre el particular, la Corte Constitucional precisó:

“El artículo 338 Superior también incorpora el principio político según el cual no puede haber tributos sin representación, predicable en los órdenes nacional y territorial a través del Congreso, de las asambleas departamentales y de los concejos distritales y municipales. **Por su parte estas corporaciones electivas realizan esa representatividad con apoyo en el principio de la legalidad del tributo, plasmando sus mandamientos bajo la guía del principio de la certeza tributaria** en tanto el artículo 338 prescribe que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. **Así, pues, el principio de la certeza del tributo –o de la precisión legal de los elementos de la obligación tributaria– surge como un extremo definitorio del principio de autonomía territorial** que a la luz del artículo 287-3 superior reivindica en cabeza de las entidades territoriales su derecho a “(...) establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”.

A su vez, no puede pretenderse que para cumplir con la administración del espacio público y la reglamentación del POT, los municipios o distritos puedan crear cualquier tipo de tributo, impuesto, tasa, derecho, contribución, etc., pues, se repite, en materia tributaria, la Constitución otorgó esa competencia a la ley.

Si bien los municipios tienen el deber de proteger el espacio público de acuerdo con los mencionados mandatos constitucionales y legales, es claro que, en cumplimiento de dicha obligación, no pueden arrogarse el ejercicio de funciones que no les han sido asignadas expresamente por el legislador.

4.8. En ese entendido, los municipios no están facultados para establecer un tributo por el uso y rotura de las vías públicas, en la medida en que este tipo de cobros solo pueden existir cuando la ley expresamente lo ha autorizado.”

En virtud de lo anterior, **solo el legislador puede autorizar a los municipios o Distritos para cobrar tributos para la ocupación o excavación de vías públicas o para la rotura de pavimento, como el señalado en la disposición acusada.**

Además, no puede perderse de vista, que la voluntad del legislador no fue la de gravar el uso de las vías públicas, dado que sobre el mismo solo estableció el requisito de solicitar una licencia previa, sin que se hubiere contemplado un cobro adicional. Esto se ratifica en el hecho de que la misma normativa derogó de forma expresa el impuesto por la ocupación y rotura de vías.

En el caso bajo examen, conforme se lee en el epígrafe del acto acusado, y en la parte considerativa del mismo, su expedición se fundamentó en los artículos 315 numerales 1 y 3 de la Constitución Política, 91 literales A)-6 y D)-1 de la Ley 136 de 1994, 1º de la Ley 810 de 2003, 22, 26 y 57 de la Ley 142 de 1994, que son del siguiente tenor:

“Artículo 315 de la Constitución Política:

“Son atribuciones del alcalde:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del Gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo.
[...]

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes”.

“Artículo 91 literales A)-6 y D)-1 de la Ley 136 de 1994:

“FUNCIONES. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo. Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

A) En relación con el Concejo:

[...]

6. Reglamentar los acuerdos municipales.

[...]

D) En relación con la Administración Municipal:

1. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y de la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente”

“Artículo 1º de la Ley 810 de 2003:

“ARTÍCULO 1o. El Artículo 103 de la Ley 388 de 1997 quedará así:

Artículo 103. Infracciones urbanísticas. Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan incluyendo los planes parciales, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil y penal de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas.

Se considera igualmente infracción urbanística, la localización de establecimientos comerciales, industriales, institucionales y de servicios en contravención a las normas de usos del suelo, lo mismo

que el encerramiento, la intervención o la ocupación temporal o permanente del espacio público con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, sin la respectiva licencia.

Los municipios y distritos establecerán qué tipo de amoblamiento sobre el espacio público requiere de la licencia a que se refiere este artículo, así como los procedimientos y condiciones para su expedición.

En los casos de actuaciones urbanísticas, respecto de las cuales no se acredite la existencia de la licencia correspondiente o que no se ajuste a ella, el alcalde o su delegado, de oficio o a petición de parte, dispondrá la medida policiva de suspensión inmediata de todas las obras respectivas, hasta cuando se acredite plenamente que han cesado las causas que hubieren dado lugar a la medida.

En el caso del Distrito Capital, la competencia para adelantar la suspensión de obras a que se refiere este artículo, corresponde a los alcaldes locales, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Distrito Capital”.

“Artículos 22, 26 y 57 de la Ley 142 de 1994:

“ARTÍCULO 22. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades”.

“ARTÍCULO 26. PERMISOS MUNICIPALES. En cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia”.

[...]

“**Artículo 57.** Facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos. Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione.

Las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas, podrán atravesar los ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos, y otras líneas o conducciones. La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente; si no hubiere ley expresa que indique quien debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar [...]”.

Al confrontar las normas en que se fundamentó el **Decreto acusado** con las regulaciones de este, la Sala no deduce facultad legal alguna para que el Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, pudiera establecer una especie de ecuación matemática que permita fijar por anticipado el valor de una indemnización de perjuicios a favor del mencionado Distrito con el objeto de reparar el daño o deterioro que se pueda causar a las vías públicas del mismo, como consecuencia de los trabajos que impliquen la rotura de las losas.

Tales disposiciones, conforme claramente se colige de su texto, están referidas a la facultad de los Alcaldes para dirigir la acción administrativa del Municipio; a definir lo que se entiende por infracción urbanística y a determinar las sanciones frente a la misma (suspensión y demolición de obras), en donde no encajan las regulaciones contenidas en el acto sub examine.

Ahora, si bien es cierto que el artículo 26 de la Ley 142 de 1994, faculta a las autoridades para exigir a las empresas de servicios públicos garantías adecuadas

a los riesgos que creen, no lo es menos que tal facultad no supone la autorización para establecer una conducta causante de indemnización de perjuicios, con tasación anticipada, que solo puede provenir del legislador, ni para determinar una responsabilidad por perjuicios que solo puede imponer el órgano judicial; y en lo que respecta a la indemnización a que alude al artículo 57 *ibidem*, de su texto claramente se colige que su beneficiario o destinatario no es el Municipio sino el particular, dueño de un predio, que debe soportar una servidumbre, como es dejar pasar por su propiedad líneas, cables o tuberías necesarias para la prestación de un servicio público, lo que difiere sustancialmente del pago de la indemnización cuyo valor resulta de la aplicación anticipada de una fórmula matemática prevista en el acto cuestionado.

Aunado a lo anterior, la Sala observa que **Decreto 134 demandado**, fue expedido por el Alcalde, con fundamento en el **Decreto núm. 725 de 26 de septiembre de 1990**, “Por el cual se reglamenta el Acuerdo núm. 036 de 11 de septiembre de 1990”, dictado por el referido funcionario, y que este Decreto núm. 725 fue expedido, a su vez, con sujeción a lo establecido en el **Acuerdo núm. 036 de 11 de septiembre de 1990**,⁹ “Por el cual se deroga una disposición y se conceden autorizaciones a las Empresas Públicas Municipales”, emanado del Concejo Municipal de Barranquilla, que concedió facultades al mencionado Alcalde por el término de noventa (90) días para que dictara el reglamento, que debía ser tenido en cuenta para la ejecución de los trabajos que se adelanten sobre la vía pública de dicha ciudad y que implique rotura de pavimento.

En efecto, el citado Acuerdo Municipal prevé:

“EL CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANQUILLA

⁹ Este Acuerdo fue allegado al expediente, en virtud de la providencia de 20 de enero de 2011, con miras a dilucidar la controversia, que ordenó oficiar a la Alcaldía en mención para que allegara el Decreto 725 de 1990.

En uso de sus facultades legales

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: Derógase el Acuerdo No. 016 de Julio 29 de 1.988.

PARÁGRAFO PRIMERO: En consecuencia las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla darán cumplimiento a las ordenes de trabajo o contratos administrativos que previo el lleno de los requisitos legales se haya perfeccionado en desarrollo del Programa de Control de Pérdidas que la entidad de servicios adelantan con los recursos del empréstito suscrito con el Fondo Financiero de Desarrollo Urbano (FFDU) y que fuera aprobado mediante el Acuerdo No. 056 de 1.987.

PARAGRAFO SEGUNDO: La ejecución de los trabajos que se adelanten sobre la vía pública y que impliquen rotura de pavimento, deberá tener en cuenta **la reglamentación** de la Secretaría de Obras Públicas, para la restitución en iguales condiciones y calidades de dicha vía. **Para este efecto se conceden facultades al Alcalde de Barranquilla por el término de noventa (90) días para que dicte el reglamento pertinente.**

[...]" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Sobre el particular, la Sala estima que la facultad otorgada a través del referido Acuerdo Municipal, que se invocó como fundamento para la expedición del acto administrativo acusado, tampoco es suficiente para que el Alcalde pudiera entrar a fijar el valor de la licencia de rotura de pavimentos de vías públicas en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, pues dicha autorización **no fue establecida previamente por una norma de rango legal.**

De tal manera que asiste razón al actor en cuanto endilga al Alcalde la falta de competencia para establecer en el acto acusado el cobro a que se contrae el acto cuestionado, por lo que la Sala revocará la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la declaratoria de nulidad de los artículos cuarto y quinto del Decreto acusado, que regulan el cobro por concepto de la licencia de rotura de vías públicas en el Distrito de Barranquilla; y confirmará en lo demás la referida sentencia, en cuanto no accedió a las súplicas de la demanda, concretamente respecto de los

artículos primero, segundo, tercero y sexto, los cuales nada tienen que ver con el respectivo cobro.

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

REVÓCASE la sentencia apelada en cuanto concierne a los artículos cuarto y quinto del acto acusado. En su lugar, se dispone: **DECLÁRASE** la nulidad de los artículos cuarto y quinto del Decreto 134 de 8 de septiembre de 2003, **“POR EL CUAL SE ADOPTA EL MANUAL DE INTERVENCIONES Y REHABILITACION EN PAVIMENTOS DE CONCRETO RIGIDO Y SE DICTAN NORMAS RELACIONADAS CON LA ROTURA DE PAVIMENTO EN LAS VIAS PUBLICAS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA”**, expedido por el Alcalde Distrital de Barranquilla.

CONFÍRMASE la sentencia apelada en lo que respecta a denegar las súplicas de la demanda frente a los demás artículos, con base en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 19 de septiembre de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente



OSWALDO GIRALDO LÓPEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS