

CONCEJOS MUNICIPALES - Atribución para establecer tributos: Sujeción a lo determinado por la ley / TRIBUTOS - Su establecimiento está supeditado a lo que previamente determine la ley / COMPETENCIA DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES PARA CREAR TRIBUTOS - Tiene que tener origen en una Ley / AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Límites / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA - Aplicación

[E]l artículo 338, inciso primero, de la Constitución Política confiere a las Asambleas y Concejos la atribución de determinar, directamente, los elementos de la obligación tributaria del orden departamental, distrital y municipal, de conformidad con las pautas dadas por el legislador. Esta disposición armoniza con el artículo 278-3 superior, que faculta a los entes territoriales para establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, atribución que, sin embargo, debe desarrollarse "dentro de los límites de la Constitución y la ley", es decir, aun reconociendo que constitucionalmente se les ha concedido a las entidades territoriales tal facultad, esta no es ilimitada, pues su ejercicio debe circunscribirse a lo que la Ley señale. Esta atribución constitucional está íntimamente relacionada con todos los principios que integran el sistema tributario, pero se destaca especialmente el principio de reserva legal que se constituye en la principal garantía para todos los asociados. Al respecto, es bien conocida la aseveración según la cual: "El principio más importante del derecho tributario, desde el punto de vista político, es el de reserva de ley, conforme al cual ningún tributo puede ser impuesto sin previa aprobación del órgano de representación popular". Por lo tanto, ni el Presidente de la República, ni los gobernadores, ni los alcaldes, tienen facultad para determinar dichos elementos.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA – Contenido y Alcance / COMPETENCIA DEL CONCEJO MUNICIPAL – Para revestir al alcalde de facultades para dictar normas respecto de tasas y contribuciones / TASA POR OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO POR MATERIALES Y ESCOMBROS EN LA VÍA – La norma que lo establece adolece de falta de coherencia respecto a las facultades en las que se fundamenta y las que fueron concedidas / ALCALDE MUNICIPAL – Extralimitación de funciones al establecer un gravamen sin estar válidamente autorizado

[L]a excepción contemplada en el segundo inciso del artículo 338 no es aplicable para todos los tributos en general sino únicamente para la fijación de la tarifa respecto de tasas y contribuciones, por consiguiente, el Concejo Municipal de La Ceja (Antioquia) no podía delegar o revestir al Alcalde de facultades para dictar normas como las que ocupan el estudio de la Sala. Ahora bien, esta Corporación advierte que el Alcalde, al expedir el Decreto 142 de 2008, demandado, se fundamentó en las facultades que le fueron conferidas por el Concejo Municipal, mediante el Acuerdo No. 010 de 2008, en el artículo 2º, numeral 5º, del Decreto 564 de 2006 y en el numeral 7 del artículo 313 constitucional, pero al examinar el aludido claramente se desprende que ningún aparte de sus siete artículos le confiere al Alcalde, la facultad para crear tributos, tasas o contribuciones. Allí tampoco se incorpora la determinación específica, por parte del Concejo Municipal, de regular elementos que guarden relación con algún tipo de obligación tributaria del orden municipal. [...] Por consiguiente, al desentrañar el contenido del Decreto 142 de 2008, arriba transcrito, se observa que adolece de falta de coherencia respecto a las facultades en las que se fundamenta y las que fueron concedidas por el Acuerdo nro. 010 de 2008, por lo que en efecto, se concluye que el Alcalde Municipal, se extralimitó, al desbordar los límites de la atribución que le fue concedida, al establecer un gravamen sin estar válidamente autorizado.

ESPACIO PÚBLICO - Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas / TRIBUTO POR USO Y EXCAVACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO - No tiene fundamento legal según un análisis de las normas de ordenamiento territorial / ESPACIO PÚBLICO - La Ley 9 de 1989 no contempló que los costos de su mantenimiento y administración se recuperaran mediante tributos / FACULTAD DE LOS MUNICIPIOS PARA GRAVAR LA OCUPACIÓN Y EXCAVACIÓN DE VÍAS - La prevista en la Ley 9 de 1989 fue derogada por la Ley 142 de 1994

[E]l literal j) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913 y el artículo 1° de la Ley 84 de 1915 le otorgaba a las asambleas departamentales la facultad para autorizar a los municipios a fin de imponer impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas. Esta normativa le permitía al Concejo de Bogotá crear libremente algunos impuestos y contribuciones, pero algunos ya han sido derogados. Es el caso de la atribución otorgada a los concejos municipales y al Distrito Especial de Bogotá de crear impuestos relacionados con el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones, así como organizar su cobro y darle el destino que juzgaran más conveniente para atender a los servicios municipales, que fue posteriormente regulada en el literal c) del artículo 233 del Decreto Nacional 1333 de 1986, norma que fue derogada por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, al expresar: “Deróganse, en particular, [...] el literal “c” del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986”. De manera que el impuesto por el uso del subsuelo y la excavación de vías no se encuentra vigente desde el año 1994. Así mismo lo reconoció expresamente la Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad C-1043 de 2003 [...] Esta Corporación, en reciente pronunciamiento, luego de analizar la vigencia del tributo por el uso y excavación del espacio público con fundamento en normas urbanísticas, concluyó que no tiene fundamento legal y que hasta el momento no se ha establecido mediante una norma de rango legal, impuesto, derecho o gravamen sobre esta materia.

COMPETENCIA DE ALCALDE MUNICIPAL – No la tiene para establecer la tasa por ocupación del espacio público por materiales y escombros en la vía

[E]l Decreto acusado, creó un tributo denominado tasa por ocupación del espacio público por materia de escombros en la vía, frente al cual, como ya se dijo, el Alcalde no tenía competencia para su fijación, porque (i) estas no le fueron otorgadas por el Concejo y (ii) si, en gracia de discusión, el Concejo se las hubiese otorgado, igualmente, sobrevendría en nulidad puesto que las normas que contemplaban esa atribución fueron derogadas. Por ende, el Alcalde no tenía competencia para expedir las normas acusadas, hecho que configura la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, vigente al momento de expedición. En conclusión, los artículos 7° y su parágrafo; 9° y sus párrafos 1°, 2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008, por las razones expresadas, deben retirarse del ordenamiento jurídico por desconocer las normas superiores en las que debían fundarse, en cuanto crearon irregularmente el cobro de la tasa por ocupación del espacio público con materiales y escombros en la vía.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Cuarta, de 7 de octubre de 1999, Radicación CE-SEC1-EXP1999-N5487, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; 5 de marzo de 2004, Radicación 66001-23-31-000-2001-0750-02 (13584), C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 13 de octubre de 2011, Radicación 20001-23-31-000-2004-02424-01 del 13 de octubre de 2011. C.P. María Elizabeth García González; de 25 de febrero de 2016, Radicación

540012331000-2007-00215-01 (19827) y de 11 de mayo de 2017, Radicación 05001-23-31-000-2008-01088-02(20500), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; y de la Corte Constitucional C-390 de 1996, C-1043 de 2003.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 287 NUMERAL 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 300 NUMERAL 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 313 NUMERAL 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 338

NORMA DEMANDADA: DECRETO 142 DE 2008 (30 de julio) ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CEJA ANTIOQUIA – ARTÍCULO 7 (Anulado) / DECRETO 142 DE 2008 (30 de julio) ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CEJA ANTIOQUIA – ARTÍCULO 9 (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-31-000-2009-01253-01

Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P

Demandado: MUNICIPIO DE LA CEJA DEL TAMBO

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 22 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el Alcalde del Municipio de La Ceja, Antioquia, contra la **sentencia de 22 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia**, en adelante el Tribunal, por medio de la cual se anulan los **artículos 7° y su párrafo; 9° y sus párrafos 1°,2° y 3° del Decreto 142 de 30 de julio de 2008**, expedido por el Alcalde del mencionado ente territorial.

I.- ANTECEDENTES

I.1. EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P a través de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad, presentó demanda ante el Tribunal

Administrativo de Antioquia, con el fin de que se declare la **nulidad de los artículos 7° y su párrafo; 9° y sus párrafos 1°,2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008**, expedido por el Alcalde Municipal de La Ceja, en adelante el Alcalde y el Municipio, “Por el cual se reglamenta el Acuerdo Municipal No. 010 de 2008”, en el que se faculta al Alcalde Municipal para reglamentar la intervención del espacio público.

I.2. La actora fundamentó su demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1°. Manifestó que, el Acuerdo núm. 010 de 2008, expedido por el Concejo Municipal de La Ceja del Tambo, Antioquia, “*POR EL CUAL SE CONCEDEN UNAS FACULTADES AL ALCALDE MUNICIPAL PARA LA REGLAMENTACIÓN EN LA INTERVENCIÓN DE VÍAS Y ESPACIO PÚBLICO*”, dispuso facultar al Alcalde Municipal para que, en el término de dos (2) meses, reglamente la construcción de pavimentos, la repavimentación de vías, el parcheo, la reparación de zanjas, y cualquier intervención del espacio público, que realicen las personas naturales, las personas jurídicas, de derecho público o privado en el Municipio de La Ceja.

2°. Preciso que, el Alcalde Municipal expidió el **Decreto nro. 142 de 30 de julio de 2008 “Por el cual se reglamenta el Acuerdo Municipal nro. 010 de 2008 en el que se faculta al Alcalde Municipal para reglamentar la intervención del espacio público”**, excediendo y usurpando las facultades concedidas por el Concejo Municipal de La Ceja, dado que la corporación no autorizó al Alcalde para crear tributos.

3°. Adujo que, el Concejo solo facultó al Alcalde para que reglamentara la construcción de pavimentos, la repavimentación de vías, el parcheo, la reparación

de zanjas y cualquier intervención del espacio público que se realice.

4º. Expresó que, los tributos que se establecen en la norma demandada (por ocupación de vías y rotura de las mismas), son ilegales por cuanto la disposición que se invoca como fundamento para su imposición fue expresamente derogada por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 y no se conoce otra Ley que la haya revivido.

5º. Concluyó que en tratándose de la ocupación de vías, ni la Ley 97 de 1913, ni la Ley 84 de 1915 autorizaron a los municipios, y menos aún a sus alcaldes, para crear e imponer un tributo denominado “impuesto a la ocupación o utilización de vías”, el cual no existe ni en el Decreto 1333 de 25 de abril de 1986¹, ni en la Ley 11 de 15 de enero de 1986².

I.3. En apoyo de sus pretensiones, la actora, en síntesis, fundamentó el cargo de violación, así:

Expresó que el acto acusado se expidió con falta de competencia y violación de normas jurídicas superiores, ya que el Alcalde carecía de facultad para expedir el Decreto demandado, la cual solo la tienen las corporaciones públicas, especialmente, el Congreso de la República.

Sostuvo que si bien la decisión del Alcalde fue imponer una tarifa por la ocupación de vías y de un derecho de afectación de las calzadas y el espacio público, dicha tarifa es realmente un impuesto. A lo que se suma que la norma demandada, viola el régimen establecido acerca de la competencia en materia tributaria y lo atinente a las servidumbres de que trata la Ley 142 de 1994.

¹“Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”.

²“Por la cual se dicta el Estatuto Básico de la Administración Municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales”.

A juicio de la actora la norma demandada incorpora un impuesto y no una tarifa, tributo que no reúne los elementos fundamentales de toda obligación tributaria, establecidos en el artículo 338 de la Constitución Política.

Según la demandante el Alcalde de La Ceja incurrió en violación del artículo 313, numeral 4, de la Constitución Política y de la Ley 136 de 1994, normas que autorizan a los Concejos municipales a votar los impuestos de acuerdo con la Constitución y la Ley, pero, en ningún momento, ésta facultad está conferida a los Alcaldes.

I.4. Dentro del término legal, **el Municipio** por conducto de apoderado, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, así:

Inició señalando que no es cierto el hecho según el cual el Alcalde no tenga facultad, ni siquiera derivada, para crear e imponer tributos ya que en el año 1913 se expidió la Ley 97 que daba autorización inicialmente a la ciudad de Bogotá para crear impuestos, posteriormente ampliada a todos los municipios del país, a través de la Ley 84 de 24 de noviembre de 1915, “por la cual se reforman y adicionan las Leyes 4 y 97 de 1913”.

Precisó que, posteriormente, mediante el artículo 76 de la Ley 11 de 1986 se otorgaron facultades extraordinarias al Congreso para codificar normas relacionadas con la organización y funcionamiento municipal, Ley en virtud de la cual se expidió el Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), norma derogada posteriormente por la Ley 142 de 1994.

Advirtió que, si bien es cierto que el artículo 233 literal c) del Decreto 1333 de 1986 fue derogado por el artículo 186 de la ley 142, no lo es menos que el Gobierno Nacional no tenía competencia para ello.

Afirmó que, el Gobierno Nacional únicamente tenía atribuciones para codificar las normas relacionadas con la organización y funcionamiento de los municipios, mas no para crear nuevos impuestos, de modo que al hacerlo extralimitó sus facultades, de manera irregular.

Concluyó que, nada derogó la Ley 142 porque el literal c del artículo 223 del Decreto 1333 de 1986 no existía a la luz del ordenamiento jurídico, por ello, quedaron incólumes las leyes 97 de 24 de noviembre de 1913 y 84 de 24 de noviembre de 1915 con todos sus efectos jurídicos y con ello la autorización a los Concejos Municipales para fijar los elementos del tributo.

Planteó que la Ley 97 de 24 de noviembre de 1913 fue expedida en vigencia de la Constitución de 1886, la cual, en su artículo 199, consagraba que corresponde a los concejos municipales [...] votar, de conformidad con la ley, las contribuciones.

Adujo que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se autorizó a los concejos municipales, a través del artículo 338 para fijar los elementos del tributo.

Sostuvo que, la entidad demandante confunde al afirmar que las leyes 97 de 1913 y 85 de 1915 fueron derogadas por la Ley 142, artículo 186; ya que, por el contrario, están vigentes y que lo único que derogó fue el artículo 233, numeral c), del Decreto 1333 de 1986.

Precisó que, el Municipio fue facultado por el Concejo Municipal para la reglamentación de lo relacionado con el espacio público, mediante el Acuerdo 010 de 2008 y en cumplimiento de esta función se expidió el **Decreto 142 de 2008, acusado**.

A su juicio, según la jurisprudencia vigente, los sujetos pasivos, activos, la base gravable, la tarifa y la forma de recaudo de los tributos territoriales corresponde establecerlos a las Asambleas y a los Concejos y no al Legislador, razón por la cual, en su sentir, no se violó el principio de legalidad.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante la **sentencia de 22 de febrero de 2012, el Tribunal Administrativo de Antioquia**, accedió a las peticiones de la demanda **anulando los artículos 7° y su párrafo; 9° y sus párrafos 1°,2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008**, expedido por el Alcalde Municipal de La Ceja-Antioquia, con base en los razonamientos, que pueden resumirse, así:

Señaló que, los cargos formulados por la entidad demandante se pueden agrupar en dos. Uno, referente a que el Alcalde no estaba autorizado por el Acuerdo Municipal para crear ningún tipo de gravamen; y, otro, consistente en que el tributo que pretende cobrarse no está autorizado por la Ley y que además fue derogado por el Decreto 1333 de 1986, lo que implica un vicio de incompetencia.

Precisa que, el Acuerdo Municipal nro. 010 de 2008 consta de siete artículos, de cuyo análisis se desprende que, del segundo al sexto, disponen, en su orden, que las personas que adelanten obras sobre la vías, deben obtener los permisos respectivos (artículo 2°); con cuáles contratistas se ejecutan (artículo 3°); qué

garantías se deben otorgar (artículo 4°); cómo se deben efectuar las reparaciones de la vía según el área afectada (artículo 5°); la propiedad de los escombros (artículo 6°); el referente a su vigencia (artículo 7°) y el primero que reza:

“Facúltese al Alcalde Municipal, de la Ceja del Tambo, para que en el término de dos meses (2) reglamente la construcción de los pavimentos, la repavimentación de vías, el parcheo, la reparación de zanjas, y cualquier intervención del espacio público, que realicen la personas naturales, las personas jurídicas, de derecho público o privado en el Municipio de la Ceja del Tambo”.

Que las funciones delegadas con este artículo al Alcalde Municipal son facultades para regular la construcción, reparación, reparcheo de vías y la ocupación del espacio público; pero que en ninguna parte se habla de la atribución de crear impuestos, tasas o contribuciones, la que, en virtud del artículo 338 de la Constitución Política es de competencia del Congreso, Asambleas y Concejos, según el caso, previa autorización legal.

Afirma que, el Alcalde desbordó sus competencias, ya que no hay gasto o impuesto sin representación (principio de legalidad de los tributos). De otra parte, si se considera que el Alcalde está reglamentando dicho Acuerdo, de todas formas, estaría excediendo la potestad reglamentaria, en la medida en que esta busca facilitar la aplicación de la norma reglamentada. Sin embargo se advierte que ninguno de sus apartes se refieren a contribución, tasa o impuesto alguno.

Concluye que, las disposiciones demandadas son nulas porque los Concejos solo están facultados para crear tributos autorizados por la Ley, en tanto que en el caso examinado el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas o excavaciones en las mismas no puede cobrarse al haber sido derogado expresamente por la Ley 142.

Califica de contradictoria la aseveración del apoderado del Municipio, respecto a que el Decreto 1333 de 1986 no podía regular temas atinentes a impuestos, porque el Gobierno solo tenía facultades para codificar las normas relacionadas con la organización y funcionamiento de los municipios, toda vez, que en esas condiciones, tendría que concluirse que tampoco podrían exigirse los otros tributos allí regulados, por no poderse incluir en el Decreto 1333 y por no existir base legal para su cobro.

Consideró que, dicha contradicción solo se despeja, si se tiene en cuenta que el Decreto 1333 de 1986 es un Decreto-Ley y que dentro de los conceptos de “organización y funcionamiento”, lo que buscó el Legislador fue la expedición de un Estatuto Municipal que regulara todas las materias que tenían que ver con el Municipio como ente territorial.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El Municipio, mediante apoderado, apeló **la sentencia de 22 de febrero de 2012, proferida por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia**, argumentando, al efecto, lo siguiente:

Alegó que, el Tribunal parte de la base de que se está en presencia de un impuesto y que en Colombia la potestad tributaria que se puede llamar originaria es exclusiva del Legislador y la derivada que es la de los entes territoriales no puede ejercerse si previamente una Ley no autoriza el tributo; concepto del cual difiere por considerar que, de ser cierto, los Municipios no podrían cobrar suma alguna por el uso del espacio público local.

Precisó que, la nota característica del dominio público es que se trata de bienes que están al alcance de todos, por tanto, de libre utilización en forma completamente gratuita para todas las personas.

Señaló que, en el origen de la teoría el dominio público no tenía dueño sino que el Estado era un mero administrador. Que como no se trataba entonces de la utilización de bienes municipales, éste no podía reclamar ninguna contraprestación y para obtener algún cobro era menester la intervención del legislador que autorizara el recaudo a título de impuesto.

Precisó que, con la evolución del dominio público se reconoce que si bien pertenecen a la comunidad como colectividad no existe duda de que el Estado, en sus diversas manifestaciones, puede comportarse como auténtico dueño tanto para los deberes como para los derechos.

Aclaró que, modernamente puede hablarse de bienes de uso público municipales, frente a los cuales la administración local tiene los deberes y correlativamente los derechos hablando en el ámbito del dominio, razón por la cual se necesita que el Municipio de permiso para poder abrir las calles e instalar en ellas redes.

Así, expresó que, si se trata de un patrimonio colectivo, y si las empresas de servicios domiciliarios van a derivar provecho del mismo, deben entregar a cambio la contraprestación que la localidad determine.

Explicó que, en el asunto bajo estudio la autorización para el aparcamiento en las vías públicas y el cobro del mismo, a través de la concesión de zonas de estacionamiento regulado, fue otorgada por el órgano competente (artículo 7° Ley 9/89), en este caso, el Concejo Municipal de Medellín, mediante el Acuerdo núm.

38 de 1994. Que tales autorizaciones no impiden el uso del espacio público ni atentan contra los bienes de uso público, sino que, por el contrario, a la vez que es una racionalización en el uso de las vías públicas, permiten al municipio la obtención de unos recursos adicionales.

Por último pregunta: *“¿Tiene algún sentido que el Municipio pueda cobrar por la utilización superficial de las vías públicas para el estacionamiento de vehículos, que es lo que en la sentencia que viene de transcribirse parcialmente prohijó el Consejo de Estado, pero en cambio nada pueda cobrar porque la utilización del dominio público se haga para otros propósitos, sea superficialmente o de manera subterránea?”*

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dan cuenta los antecedentes reseñados de que la Alcaldía de La Ceja (Antioquia), expidió el Decreto 142 de 30 de julio de 2008, en virtud del cual reglamentó el Acuerdo Municipal nro. 010 de 2008 (por el cual se concedió unas facultades al Alcalde Municipal para la reglamentación en la intervención de vías y espacios públicos) y facultó a la Secretaría de Tránsito y Transporte para que liquidara el cobro de la tasa por ocupación del espacio público por materiales y escombros en la vía.

En la oportunidad prevista para desatar la primera instancia el *a quo* consideró que en el artículo 1° del Acuerdo Municipal 010 de 2008, el Concejo Municipal facultó al Alcalde para la construcción, reparación, reparcho de vías y la

ocupación del espacio público, pero en ninguna parte menciona que hubiese concedido la atribución legal de crear impuestos, tasas o contribuciones, que en virtud del artículo 338 constitucional, son de competencia del Congreso, Asambleas y Concejos; por lo que, concluye, que este excedió la potestad reglamentaria.

Así mismo, consideró que, ni el Concejo ni el Alcalde podrían crear impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas o excavaciones, por no estar autorizados por ley, puesto que el artículo 233 del Decreto 1333 de 1986, que otorgaba esta facultad a los Concejos, fue derogado por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. Motivo por el cual declaró la nulidad de los artículos 7° y su parágrafo; 9° y sus párrafos 1°, 2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de La Ceja-Antioquia.

El recurso de apelación se contrae a cuestionar la decisión del Tribunal, específicamente, respecto a que la potestad tributaria originaria es exclusiva del Legislador y la derivada de los entes territoriales, de manera que las Alcaldías Municipales no pueden ejercer la facultad, de “cobrar por el uso del espacio público local” sin estar, previamente, autorizado por medio de un Acuerdo expedido por el Concejo Municipal. Considerando que tal postura desconoce “el dominio del Municipio sobre el uso del espacio público local”, lo cual le permite cobrar cuando los particulares lo utilicen para provecho personal, entendiendo que tal cobro se encuentra por fuera el ámbito tributario, puesto que corresponde es al dominio sobre el uso del suelo. Adicionalmente, sustenta sus argumentos en el artículo 313 Superior, haciendo alusión a la hipótesis de que, por ejemplo, se debe cobrar en igualdad de condiciones, a quien utiliza un área de la vía para estacionar, como aquel que la utiliza para ocuparla con materiales o escombros.

Corresponde pues a la Sala determinar si le asistió razón al Tribunal al declarar la nulidad y determinar la ilegalidad de los **artículos 7° y su parágrafo; 9° y sus párrafos 1°,2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008**, expedido por el Alcalde municipal de La Ceja-Antioquia.

El acto acusado, es del siguiente tenor:

“[...] DECRETO 142 DE 2008”

[30 JULIO 2008]

“Por el cual se reglamenta el Acuerdo Municipal No. 010 de 2008”En el que se faculta al Alcalde Municipal para reglamentar la intervención del espacio público”,

El Alcalde Municipal

CONSIDERANDO:

[...]

DECRETA:

[...] Artículo Séptimo. Se faculta a la Secretaría de Tránsito y Transporte para que liquide el cobro de la tasa por ocupación del espacio público por materiales y escombros en la vía. Dicho cobro deberá realizarse conforme el estatuto de rentas municipales y su liquidación se hará al momento de liquidar la respectiva licencia.

Parágrafo. Por la ocupación de vías y áreas públicas con el deposito de materiales artículos o efectos destinados a la construcción o reparación de toda clase de edificaciones o labores en tramos de la vía fronteriza a obras, previa autorización de la Secretaría de Planeación y de tránsito y transporte, se cobrará una tarifa de la siguiente forma: Por cada metro lineal de brecha que se intervenga en la ejecución del proyecto, se cobrara un diez por ciento (10%) de un salario mínimo legal diario vigente. De esta manera si el proyectista adelanta 100 metros lineales de brecha, se liquidara el 10% de un (1) salario mínimo diario legal vigente lo que correspondería a diez (10) SMLDV, o si en otro caso la ocupación es de 800 metros lineales de brecha, la liquidación será de ochenta (80) SMDLV; en el caso que se trate de áreas de ocupación con material, equipos, maquinaria o cualquier otro tipo de ocupación, se cuantificara la cantidad de metros cuadrados y se liquidará con el mismo factor del metro lineal de brecha. Cuando se habla de ocupación se trata de material granular, sobrante a la excavación, o cualquier tipo de material, que generalmente se dispone material producto de proyectos de infraestructura. La interventoría

contratada, rendirá dentro del informe esta ocupación para realizar el cobro a la entidad responsable.

[...].

Artículo Noveno. En las afectaciones parciales de la calzada, y espacio público en general, que sean inferiores al 20% de la calzada, lo que para este caso se analizara por cada cuadra (80 metros lineales), aparte de que será obligatorio la reposición del pavimento y de las zona públicas; estará obligado a cancelar a la administración y su liquidación se realizará de la siguiente forma:

PORCENTAJE DE AFECTACIÓN DE VÍA (%)	PORCENTAJE DE PAGO DEL TOTAL DE LA VÍA (%)	FACTOR DE PAGO
20.0	100	100
19.5	97.5	0.98
19.0	95.0	0.95
18.5	80.0	0.90
18.0	92.5	0.93
17.5	87.5	0.88
17.0	85.0	0.85
16.5	82.5	0.83
16.0	80.0	0.80
15.5	77.5	0.78
15.0	75.0	0.75
14.5	72.5	0.73
14.0	70.0	0.70
13.5	67.5	0.68
13.0	65.0	0.65
12.5	62.5	0.63
12.0	60.0	0.60
11.5	57.5	0.58
11.0	55.0	0.55
10.5	52.5	0.53
10.0	50.0	0.50
9.5	47.5	0.48
9.0	45.0	0.45
8.5	42.5	0.43

8.0	40.0	0.40
7.5	37.5	0.38
7.0	35.0	0.35
6.5	32.5	0.33
6.0	30.0	0.30
5.5	27.5	0.28
5.0	25.0	0.25
4.5	22.5	0.23
4.0	20.0	0.20
3.5	17.5	0.18
3.0	15.0	0.15
2.5	12.5	0.13
2.0	10.0	0.10
1.5	7.5	0.08
1.0	5.0	0.05
0.5	2.5	0.03
0	0	0.00

Parágrafo 1. Si la intervención supera el 20% se debe reponer en su totalidad el área de la calzada. Pero si el porcentaje es inferior, será responsabilidad de la entidad que adelante el proyecto reponer la estructura intervenida y, además, deberá pagar por la disposición de esta infraestructura, de acuerdo a la tabla que se describe anteriormente.

Parágrafo 2. Para obtener el valor del pago del área que se interviene, se multiplica el factor de pago por el valor de un SMMLV; este análisis se realizará por cada cuadra que se intervenga, durante la ejecución del proyecto y conforme los informes de interventoría. La tabla es un instructivo de cómo se liquidan los pagos equivalentes de acuerdo a un factor de ponderación por porcentaje de pavimento afectado. Aquellos valores que se encuentran, intermedios en los rangos señalados; se liquidarán de forma exacta de acuerdo al calculo que dio origen a esta.

Parágrafo 3. Los pagos parciales de la restitución de pavimentos, en el caso de que su rotura por una obra que sea inferior al 20%, se recaudarán en un fondo específico para pavimentación de vías, restitución de andenes e infraestructura de espacio público; por medio del cual se garantizara el pago posterior del total de las reparaciones una vez ajustado a superado este porcentaje [...].”

En relación con la facultad impositiva de los Concejos Municipales, esta Corporación, en reiterados pronunciamientos³, 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 *ibidem*, 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.

El criterio con el que esta Corporación se ha pronunciado sobre el punto, ha destacado la autonomía de las entidades municipales, la cual se encuentra constitucionalmente consagrada en el artículo 338, a cuyo tenor:

“ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. 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”.

El texto constitucional es claro en señalar que en la ley, en las ordenanzas o en los acuerdos se deben determinar los elementos del tributo, en clara concordancia y desarrollo con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales⁴.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad C-390 del 22 de agosto de 1996, explicó el alcance del artículo 338 de la Constitución, en lo concerniente a la obligatoria fijación de los elementos esenciales del deber tributario por parte de los órganos colegiados de carácter representativo, así:

³ Sentencias de 7 de octubre de 1999, de la Sección Primera. Expediente 5487. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; de 5 de marzo de 2004. Expediente núm.13.584. C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié y Sentencia número: 20001-23-31-000-2004-02424-01 del 13 de octubre de 2011. C.P. María Elizabeth García González.

⁴ Constitución Política. Artículos 1º, 287-3, 300-4 y 313-4.

"[...] el aludido precepto constitucional no tiene el sentido de concentrar en el Congreso la competencia exclusiva y excluyente para establecer los elementos de todo tributo, incluidos los que establezcan las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, pues ello implicaría, ni más ni menos, el desconocimiento del ámbito propio e inalienable que la Constitución reconoce a las entidades territoriales en cuanto al establecimiento de gravámenes en sus respectivos territorios.

[...]

"Por eso, el mismo artículo 338 de la Constitución, que el demandante estima violado, dispone con claridad que no solamente la ley sino las ordenanzas y los acuerdos son los actos que consagrarán directamente los elementos de los tributos. Tal competencia está deferida, pues, según que el gravamen sea nacional, departamental, distrital o municipal, al Congreso, a las asambleas y a los concejos".

[...]

"Dentro de ese contexto, la referencia a la obligación de señalar en el acto creador del impuesto los elementos esenciales de la obligación tributaria ha de entenderse hecha, según el tipo de gravamen, por el nivel territorial al que corresponda, de lo cual se infiere que si el legislador⁵, como puede hacerlo, decide regular o establecer normas generales sobre tributos del orden departamental, municipal o distrital, no se le puede exigir, ni debe permitírsele, que en la ley respectiva incluya directamente todos los componentes del tributo (hecho gravable, base gravable, sujetos activos, sujetos pasivos y tarifas) o, en los casos de tasas y contribuciones, el método y el sistema para recuperación de costos o la participación en beneficios -como sí está obligado a hacerlo tratándose de tributos nacionales-, pues su función no es, ni puede ser, según las reglas de la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales, la de sustituir a los órganos de éstas en el ejercicio de la competencia que les ha sido asignada por la Constitución[...]"

El análisis constitucional, concuerda con el razonamiento esbozado por esta Corporación en el entendido que el artículo 338, inciso primero, de la Constitución Política confiere a las Asambleas y Concejos la atribución de determinar, directamente, los elementos de la obligación tributaria del orden departamental, distrital y municipal, de conformidad con las pautas dadas por el legislador. Esta disposición armoniza con el artículo 278-3 superior, que faculta a los entes territoriales para establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, atribución que, sin embargo, debe desarrollarse **"dentro de los límites**

⁵ Constitución Política de Colombia. Artículos 295, 300-4 y 313-4.

de la Constitución y la ley⁶, es decir, aun reconociendo que constitucionalmente se les ha concedido a las entidades territoriales tal facultad, esta no es ilimitada, pues su ejercicio debe circunscribirse a lo que la Ley señale.

Esta atribución constitucional está íntimamente relacionada con todos los principios que integran el sistema tributario, pero se destaca especialmente el principio de reserva legal que se constituye en la principal garantía para todos los asociados.

Al respecto, es bien conocida la aseveración según la cual:

“El principio más importante del derecho tributario, desde el punto de vista político, es el de reserva de ley, conforme al cual ningún tributo puede ser impuesto sin previa aprobación del órgano de representación popular⁷”.

Por lo tanto, ni el Presidente de la República, ni los gobernadores, ni los alcaldes, tienen facultad para determinar dichos elementos. Así mismo, la excepción contemplada en el segundo inciso del artículo 338 no es aplicable para todos los tributos en general sino únicamente para la fijación de la tarifa respecto de tasas y contribuciones⁸, por consiguiente, el Concejo Municipal de La Ceja (Antioquia) no podía delegar o revestir al Alcalde de facultades para dictar normas como las que ocupan el estudio de la Sala.

Ahora bien, esta Corporación advierte que el Alcalde, al expedir el Decreto 142 de 2008, demandado, se fundamentó en las facultades que le fueron conferidas por el Concejo Municipal, mediante el Acuerdo No. 010 de 2008, en el artículo 2°,

⁶ Sentencia N° 05001-23-31-000-2009-00498-01(18629) del Consejo de Estado - Sección Cuarta, de 26 de Enero de 2011.

⁷ PLAZAS VEGA, Mauricio. Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario Vol. II. Segunda Edición. Pág. 471. Editorial Temis S.A. 2005.

⁸ Sentencia número: 08001-23-31-000-2000-03065-01(18984) del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 23 de septiembre de 2013, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

numeral 5°, del Decreto 564 de 2006⁹ y en el numeral 7 del artículo 313 constitucional¹⁰, pero al examinar el aludido claramente se desprende que ningún aparte de sus siete artículos le confiere al Alcalde, la facultad para crear tributos, tasas o contribuciones. Allí tampoco se incorpora la determinación específica, por parte del Concejo Municipal, de regular elementos que guarden relación con algún tipo de obligación tributaria del orden municipal.

Por el contrario, el artículo séptimo del citado Acuerdo señaló:

“[...] Facúltese al Alcalde Municipal de la Ceja del Tambo, para que en el término de dos (2) meses reglamente la construcción de los pavimentos, la repavimentación de vías, el parcheo, la reparación de zanjas, y cualquier intervención del espacio público, que realicen las personas naturales, las personas jurídicas, de derecho público o privado en el Municipio de La Ceja de Tambo [...]”.

Por consiguiente, al desentrañar el contenido del Decreto 142 de 2008, arriba transcrito, se observa que adolece de falta de coherencia respecto a las facultades en las que se fundamenta y las que fueron concedidas por el Acuerdo nro. 010 de 2008, por lo que en efecto, se concluye que el Alcalde Municipal, se extralimitó, al desbordar los límites de la atribución que le fue concedida, al establecer un gravamen sin estar válidamente autorizado.

Se recalca que el Decreto 142 de 2008, hace alusión al “cobro de la tasa por ocupación del espacio público por materiales y escombros en la vía” lo que acarrea la necesidad de analizar la normativa que reguló este tipo de tributo.

Es importante destacar que el literal j) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913 y el artículo 1° de la Ley 84 de 1915 le otorgaba a las asambleas departamentales la

⁹ Decreto 564 de 2006. Artículo 2°. *Clases de licencias*. Las licencias urbanísticas serán de: 5. Intervención y ocupación del espacio público.

¹⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 313. Corresponde a los concejos: 7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

facultad para autorizar a los municipios a fin de imponer impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas.

Esta normativa le permitía al Concejo de Bogotá crear libremente algunos impuestos y contribuciones, pero algunos ya han sido derogados¹¹.

Es el caso de la atribución otorgada a los concejos municipales y al Distrito Especial de Bogotá de crear impuestos relacionados con el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones, así como organizar su cobro y darle el destino que juzgaran más conveniente para atender a los servicios municipales, que fue posteriormente regulada en el literal c) del artículo 233 del Decreto Nacional 1333 de 1986, norma que fue derogada por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, al expresar: "Deróganse, en particular, [...] el literal "c" del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986”.

De manera que el impuesto por el uso del subsuelo y la excavación de vías no se encuentra vigente desde el año 1994. Así mismo lo reconoció expresamente la Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad C-1043 de 2003¹², en la que, al examinar la vigencia del citado impuesto, concluyó que:

“[...] Los municipios del país no pueden cobrar el impuesto de uso del subsuelo de que hablaba la letra c del artículo 233 del decreto - ley 1333 de 1986, por cuanto esta norma fue derogada expresamente por el artículo 186 de la ley 142 de 1994; por tanto, no existe disposición que faculte a los concejos municipales para crear y organizar el cobro de ese tipo de impuesto [...]”.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1043 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹² Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º de la Ley 97 de 1913 y 1º (parcial) de la Ley 84 de 1915.

Esta Corporación, en reciente pronunciamiento, luego de analizar la vigencia del tributo por el uso y excavación del espacio público con fundamento en normas urbanísticas¹³, concluyó que no tiene fundamento legal y que hasta el momento no se ha establecido mediante una norma de rango legal, impuesto, derecho o gravamen sobre esta materia.

En todo caso, el Decreto acusado, creó un tributo denominado tasa por ocupación del espacio público por materia de escombros en la vía, frente al cual, como ya se dijo, el Alcalde no tenía competencia para su fijación, porque (i) estas no le fueron otorgadas por el Concejo y (ii) si, en gracia de discusión, el Concejo se las hubiese otorgado, igualmente, sobrevendría en nulidad puesto que las normas que contemplaban esa atribución fueron derogadas.

Por ende, el Alcalde no tenía competencia para expedir las normas acusadas, hecho que configura la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, vigente al momento de expedición.

En conclusión, los artículos 7° y su párrafo; 9° y sus párrafos 1°,2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008, por las razones expresadas, deben retirarse del ordenamiento jurídico por desconocer las normas superiores en las que debían fundarse, en cuanto crearon irregularmente el cobro de la tasa por ocupación del espacio público con materiales y escombros en la vía. De ahí que quepa reconocerle la razón al Tribunal *a quo* en cuanto que, con iguales disquisiciones, arribó a ese mismo entendimiento.

¹³ Sentencia de 25 de febrero de 2016, radicado Nro. 540012331000-2007-00215-01 [19827], y Sentencia del 11 de mayo de 2017, radicado Nro. 05001-23-31-000-2008-01088-02(20500) del Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 22 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la nulidad de los artículos 7° y su párrafo; 9° y sus párrafos 1°, 2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008, expedidos por la Alcaldía de La Ceja (Antioquia).

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de octubre de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ