

IMPUESTO DE ROTURA DE VÍAS Y ESPACIO PÚBLICO - No lo establece el artículo 28 del Acuerdo 024 de 2005 del Municipio de Bucaramanga / TARIFAS POR CONCEPTO DE LICENCIAS DE OCUPACIÓN Y UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO - Falta de autorización legal. No fue autorizada por el artículo 1 del Decreto 796 de 1999, modificatorio del artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, ni por el artículo 78 del Decreto 1600 de 20 de mayo de 2005 que derogó el 796 de 1999 / COBRO DE TARIFAS O DERECHOS POR EXPEDICIÓN DE LICENCIAS DE OCUPACIÓN O INTERVENCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO - No ha sido autorizado por el legislador / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Permisos para ejecutar actividades. Obligatoriedad / PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA POR ACTIVIDADES DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Las que despliegan para la ejecución de sus trabajos no se encuentra dentro de las acciones urbanísticas que dan lugar a tal participación

[L]a Sala establece que el Acuerdo 024 del 7 de junio de 2005 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga corresponde a la aplicación del Decreto 1504 de 1998 en el municipio de Bucaramanga, como se prevé en los considerandos y en los artículos que lo integran, es decir, que las tarifas señaladas en el artículo 28 para el estudio de factibilidad y urbano, objeto de demanda, son un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 y, por ende, la Sala precisa que contrario a lo señalado por el ente demandado y lo considerado por el *a quo*, la norma no establece en el municipio el impuesto de rotura de vías y espacio público, contenido en el artículo 1º literal j) de la Ley 97 de 1913 y el artículo 1 de la Ley 84 de 1915, compilado posteriormente en el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986, norma que, por lo demás, fue derogada expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994. Preciado lo anterior, esta Sala advierte que el artículo 20 del Decreto 1504 del 4 de agosto de 1998, fue modificado antes de la expedición de la norma demandada [7-jun-05], mediante el Decreto 796 de 6 de mayo de 1999 (...) Como se observa, la norma transcrita no autorizó el cobro de tarifas como lo preveía el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 y, en todo caso, fue derogada expresamente por el Decreto 1600 del 20 de mayo de 2005, antes de la expedición del Acuerdo 024 del 7 de junio de 2005 (...) Así pues, se advierte que para el 7 de junio de 2005, fecha de expedición del Acuerdo 024 de 2005 del Concejo Municipal de Bucaramanga, el artículo 20 del Decreto 1504 del 4 de agosto de 1998, que sirvió de fundamento al artículo 28 demandado, había sido modificado por el artículo 1º del Decreto 796 de 6 de mayo 1999 y este a su vez, fue derogado por el artículo 78 del Decreto 1600 del 20 de mayo de 2005, sin que se hubiera autorizado el cobro de tarifas por concepto de las licencias de ocupación y utilización del espacio público ni de los estudios previos. Además, esta Sala en la sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. 19827, M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez precisó que las Leyes 9 de 1989, 142 de 1994 y 388 de 1997, no consagraron *«la posibilidad de gravar el uso de vías públicas, como tampoco el derecho al cobro de un tributo que compense los costos por los servicios administrativos que se deriven para la entidad pública respectiva»* (...) De acuerdo con lo anterior, el legislador no ha autorizado el cobro de tarifas o derechos por la expedición de las licencias para la ocupación o intervención del espacio público, sin que ello haya implicado que las empresas prestadoras de servicios públicos no tengan la obligación de solicitar los permisos correspondientes para ejecutar sus actividades. Finalmente, se advierte que no resulta de recibo el argumento del ente demandado, en cuanto a que el cobro autorizado en la norma demandada, corresponde a la participación en la plusvalía a la cual tiene derecho el municipio, pues el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 regula las acciones urbanísticas que dan lugar a dicha participación, sin que se encuentre dentro de ellas las que lleguen a realizar las empresas de servicios públicos para la ejecución de sus trabajos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1504 DE 1998 - ARTÍCULO 20 / DECRETO 1504 DE 1998 - ARTÍCULO 23 / LEY 97 DE 1913 - ARTÍCULO 1 LITERAL J / LEY 84 DE 1915 - ARTÍCULO 1 / DECRETO LEY 1333 DE 1986 - ARTICULO 233 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 186 / DECRETO 796 DE 1999 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 1600 DE 2005 - ARTÍCULO 78 / LEY 9 DE 1989 / LEY 142 DE 1994 / LEY 388 DE 1997 / LEY 388 DE 1997 - ARTÍCULO 74

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 024 DE 2005 (7 de junio) MUNICIPIO DE BUCARAMANGA - ARTÍCULO 2 (No anulado) / ACUERDO 024 DE 2005 (7 de junio) MUNICIPIO DE BUCARAMANGA - ARTÍCULO 28 (Anulado)

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la inexistencia de autorización legal para gravar el uso de vías públicas, ni de un derecho al cobro de un tributo que compense los costos por los servicios administrativos que de ello se deriven para la respectiva entidad pública se cita la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 25 de febrero de 2016, Radicación 54001-23-31-000-2007-00215-01 (19827), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 68001-23-31-000-2007-00369-01(20567)

Actor: GAS NATURAL DEL ORIENTE S.A. E.S.P.

Demandado: MUNICIPIO DE BUCARAMANGA

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive del fallo apelado dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad del artículo 28 del Acuerdo No. 024 del 074 de junio de 2005, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

[...]

NORMAS DEMANDADAS

“Acuerdo 024 de 2005
(JUNIO 7)

“POR MEDIO DEL CUAL SE REGULAN LAS CONDICIONES TÉCNICAS Y SE FIJAN LOS CRITERIOS DE COORDINACIÓN PARA APROBACIÓN Y DETERMINACIÓN DE TARIFAS, DE LAS LICENCIAS DE INTERVENCIÓN Y OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO EN LO RELACIONADO CON LAS REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS O DE PARTICULARES EN EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA.

ACUERDA:

[...]

CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2º. Obligatoriedad. Para adelantar obras de reparación, conexión, reposición, ensanche y/o modificaciones de las redes y elementos necesarios para la prestación de los servicios públicos o de particulares, se requiere la licencia correspondiente expedida por la Oficina Asesora de Planeación antes de la iniciación de obras.

[...]

Artículo 28º.- Tarifas: Se aplicará tanto para el estudio de factibilidad técnica como para el estudio de Impacto Urbano establecidos en el artículo séptimo del presente Acuerdo, según el área a ser intervenida y/o ocupada así:

1. Hasta cinco (5) metros cuadrados inclusive se pagará la suma equivalente a (2.5) SMLDV.
2. De cinco metros cuadrados en adelante se pagará la suma equivalente a medio (1/2) SMLDV, por cada metro cuadrado (M2) de área a intervenir y/o a ocupar.

Los valores serán liquidados por la Oficina Asesora de Planeación y oficializados mediante recibo de pago expedido por la Tesorería Municipal a favor del Municipio de Bucaramanga, estipulando el valor a pagar por concepto de factibilidad técnica, estudio de impacto urbano y costos de expedición de la Licencia de Intervención y Ocupación del Espacio Público.

La destinación de los dineros recaudados por concepto de multas, se hará de conformidad con las disposiciones de ley.

PARÁGRAFO: Para el caso de las acometidas domiciliarias se realizará un cobro único para el estudio de factibilidad técnica, y para el estudio de impacto urbano”¹.

[...]”

DEMANDA

¹ Fls 6 a 32 c.a. 1

La empresa GAS NATURAL DEL ORIENTE S.A. E.S.P., en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se declarara la nulidad de los artículos 2 y 28 del Acuerdo 024 de 7 de junio de 2005, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

El demandante invocó como normas violadas, las siguientes:

- Artículos 1, 2, 4, 6, 114, 150 [12], 311, 313 y 338 de la Constitución Política
- Artículos 32 de la Ley 136 de 1994
- Artículo 24 [1] de la Ley 142 de 1994
- Artículos 2 y 38 [1] del Decreto 1421 de 1993
- Artículo 1 del Decreto 850 de 1965
- Decreto 1056 de 1953
- Artículos 84 y 206 del Código Contencioso Administrativo

Como concepto de la violación, expuso, en síntesis, lo siguiente:

Facultad impositiva de los municipios para establecer tributos

La demandante afirmó que los apartes del acto administrativo demandado son nulos, al haber sido expedidos sin competencia para ello pues, conforme con el artículo 338 de la Constitución Política, la facultad originaria en materia impositiva corresponde al Congreso de la República y, por tal razón, las asambleas y municipios solo pueden desarrollar su función en consonancia con la ley y respecto de tributos creados o autorizados por esta.

Manifestó que, de acuerdo con el artículo 313 Constitucional, a los municipios les corresponde promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, lo cual se expresa en el adecuado cubrimiento de los servicios públicos, por lo que, al gravar la prestación de estos, se vulnera el derecho que tienen los ciudadanos de satisfacer sus necesidades básicas, a través de la prestación de un servicio esencial como el que presta la sociedad actora.

Señaló que el Congreso de la República no ha expedido una ley que establezca las tarifas por la obtención de licencias de intervención y ocupación del espacio público, en lo relacionado con las redes de servicios públicos o de particulares y, menos aún, ha autorizado a los Concejos Municipales para su creación e imposición, motivo por el cual la norma demandada está viciada de nulidad.

Indicó que el Decreto 850 de 1965, reglamentario del artículo 16 del Decreto Legislativo 1056 de 1953 (Código de Petróleos), dispone que los departamentos y municipios no podrán establecer impuesto alguno directo o indirecto al petróleo o a cualquiera de sus derivados, dentro de los que se encuentra el servicio de gas como producto natural o derivado de la destilación del petróleo, o cualquiera de sus formas componentes.

Precisó que el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 consagra las atribuciones de los concejos municipales y, dentro de ellas, prevé que están facultados para establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos o sobretasas, de conformidad con la ley.

Sostuvo que el ente demandado desbordó su competencia constitucional y legal, al crear tarifas para la obtención de las licencias de intervención y ocupación del espacio público, en relación con las redes de servicios públicos o de particulares dentro de su jurisdicción.

A juicio de la demandante, por disposición del artículo 26 de la Ley 142 de 1994, las entidades territoriales no pueden cobrar un impuesto por el uso del subsuelo y/o del espacio público, para el tendido de las redes de distribución de servicios públicos, habida consideración de que las empresas que prestan este tipo de servicios domiciliarios están sujetas a las normas generales sobre planeación urbana, circulación, tránsito, uso de espacio público y seguridad ciudadanas, por lo que, si bien, la autoridad municipal puede exigir garantías suficientes para los riesgos que se creen en el desarrollo de tal actividad, deben permitir la instalación permanente de las redes destinadas al referido fin.

Por último, advirtió que las tarifas señaladas por el artículo 28 del acuerdo demandado afectan el servicio público domiciliario del gas natural, sin tener en cuenta la prohibición de gravar la exploración y explotación del petróleo y sus derivados como se mencionó anteriormente.

TRÁMITE PROCESAL

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante auto de 1 de agosto de 2007², negó la suspensión provisional de las normas demandadas, decisión que no fue objeto del recurso de apelación.

OPOSICIÓN

El municipio de Bucaramanga, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, por las razones que se resumen a continuación:

Aseguró que conforme con el artículo 338 de la Constitución Política el Concejo Municipal de Bucaramanga tiene facultades constitucionales y legales para establecer y regular los asuntos sobre el uso del suelo y el espacio público en su jurisdicción.

Aclaró que con la norma demandada se crearon unas tarifas por la utilización, ocupación o afectación del espacio público con redes de servicios públicos domiciliario en el territorio municipal. Indicó que tal gravamen se impuso con fundamento en lo establecido por el numeral 4 del artículo 313 y artículo 338 de la Constitución Política, así como en la Ley 136 de 1994 y el artículo 23 del Decreto 1504 de 1998, normas que reglamentaron el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial.

Transcribió las normas que sirvieron de fundamento al Acuerdo demandado y resaltó que el Decreto 1504 de 1998, conforme con el cual se expidió la norma demandada, señala 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 o distrito titular de los mismos podrá establecer mecanismos para la expedición del permiso o licencias de ocupación y utilización del espacio público y para el cobro de tarifas»*.

Explicó que dichos permisos o licencias son expedidos por la oficina de planeación municipal o Distrital o la autoridad administrativa que cumpla esa función, autorización que está precedida de un estudio de la factibilidad técnica y ambiental y del impacto urbano de la construcción propuesta.

² Fls. 54 a 58 c.a. 1

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander, en providencia del 17 de junio de 2010, declaró la nulidad del artículo 28 del Acuerdo 024 de 2005 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga y negó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Precisó el *a quo* que para expedir el artículo 28 del Acuerdo No. 024 de 7 de junio de 2005, el Concejo de Bucaramanga citó como autorización legal la Ley 136 de 1994 y el artículo 233 del Decreto-Ley 1333 de 1986 que establecía en el literal c) el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas.

El Tribunal indicó que la Ley 142 de 1994 «*por la que se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios*» derogó de manera expresa el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986 y las demás disposiciones que le fueran contrarias, motivo por el cual, desde que la precitada ley fue promulgada, es decir, 11 de julio de 1994, los concejos municipales perdieron su facultad para establecer el impuesto por excavaciones y uso del subsuelo en las vías públicas al no existir autorización legal que lo fundamentara.

Expuso el *a quo* que, de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de 2007³, se tiene que la verdadera naturaleza jurídica de «*la tarifa por ocupación, uso y afectación del espacio público con redes de servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones en el territorio municipal*» es la de un impuesto y, en consecuencia, el Concejo Municipal al expedir el Acuerdo debió sujetarse a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 12, 287, 313, numeral 4 y 338 de la Constitución Política, normas que establecen el principio de legalidad del tributo y de competencia a los que deben someterse los entes territoriales, motivo por el que resulta procedente declarar la nulidad del artículo 28 del acuerdo demandado.

Respecto de la violación alegada por la demandante del artículo 16 del Decreto 1056 de 1953, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 850 de 1965, según el cual los departamentos y municipios no pueden establecer impuestos directos o indirectos al petróleo o sus derivados, incluido el gas, el Tribunal consideró que, al cotejar la norma invocada frente al artículo 2 del Acuerdo 024 de 2005, no se evidenció la trasgresión impetrada, puesto que si bien se reglamentó dicha prohibición, lo que se reglamentó en tal norma fue la obligatoriedad de solicitar ante la Oficina Asesora de Planeación del municipio la licencia correspondiente para adelantar obras de reparación, conexión, reposición, ensanche o modificación de las redes y elementos necesarios para la prestación de los servicios públicos o de particulares.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el municipio de Bucaramanga interpuso recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Insistió en que el municipio está facultado para crear tarifas por el uso del suelo y ocupación del espacio público, de conformidad con los artículos 311, 313 y 338 Constitucionales, 33 de la Ley 136 de 1994 y 41 de la Ley 152 de 1994 y así participar en la plusvalía resultantes de las acciones urbanísticas sin que ninguna norma establezca la gratuidad por la utilización del suelo.

³ M.P. Dra. Ligia López Díaz

Sostuvo que el Decreto 1333 de 1986 que recopila el artículo 1º literal j) de la Ley 97 de 1913, norma que está vigente, dispone que los concejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear, organizar su cobro y darle el destino que juzguen más conveniente para atender a los servicios municipales, al *“impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas”*, es decir, se autoriza el establecimiento de mecanismos para el cobro de tarifas por la utilización del espacio público, sin importar las razones de tal utilización.

Insistió en que, de acuerdo con el artículo 338 de la Constitución Política, los concejos municipales pueden establecer tarifas de ocupación del espacio público, teniendo como base la recuperación de los costos que les presten o la participación de los beneficios que les proporcionen.

Finalmente, resaltó que el artículo 20 del Decreto 1504 del 4 de agosto de 1998, que sirvió de fundamento al acto acusado, establece que es función de los concejos municipales regular el uso del suelo, entonces, los municipios no necesitan autorización legal para expedir acuerdos que reglamenten tributos como el que ahora se discute, en razón a que la Constitución los facultó para disponer sobre el uso del suelo y del espacio público y de gozar de su plusvalía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las **partes demandante** y **demandada** no presentaron alegatos de conclusión.

El **Ministerio Público** no rindió concepto en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en cuanto declaró la nulidad del artículo 28 del Acuerdo No. 024 de 2005, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

Para el municipio demandado, la norma acusada fue expedida con fundamento, en general, en las competencias otorgadas constitucional [arts. 311, 313 y 338 CP] y legalmente [33 L. 136/94⁴ y 41 L. 152/94⁵] para adoptar medidas en relación con los usos del suelo pero, en especial, en que el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986 autorizó a los concejos municipales para establecer el *Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas* y que el artículo 23 del Decreto 1504 de 1998 permite establecer el «cobro de tarifas» por la expedición del permiso o licencia de ocupación y utilización del espacio público.

⁴ **Artículo 33º.- Usos del suelo.** Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la Ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio.

Parágrafo.- En todo caso, las decisiones sobre el uso del suelo deben ser aprobadas por el Concejo Municipal.

⁵ **Artículo 41º.- Planes de acción en las entidades territoriales.** Con base en los planes generales departamentales o municipales aprobados por el correspondiente Concejo o Asamblea, cada secretaría y departamento administrativo preparará, con la coordinación de la oficina de planeación, su correspondiente plan de acción y lo someterá a la aprobación del respectivo Consejo de Gobierno departamental, distrital o municipal. En el caso de los sectores financiados con transferencias nacionales, especialmente educación y salud, estos planes deberán ajustarse a las normas legales establecidas para dichas transferencias.

Para el caso de los municipios, además de los planes de desarrollo regulados por la presente Ley, contarán con un plan de ordenamiento que se regirá por las disposiciones especiales sobre la materia. El Gobierno Nacional y los departamentos brindarán las orientaciones y apoyo técnico para la elaboración de los planes de ordenamiento territorial.

Pues bien, la Sala advierte que resulta necesario remitirse a los fundamentos legales y considerandos del Acuerdo 024 del 24 de junio de 2005 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga, en los que se señaló lo siguiente:

«En uso de sus facultades legales en especial las consagradas en el Artículo 313 de la Constitución Política, la Ley 136 de 1994, el Artículo 23 del Decreto 1504 de 1998 y demás normas concordantes y,

CONSIDERANDO

a. *Que de acuerdo con el artículo 82 de la Carta Magna es deber del Estado, velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.*

b. *Que según lo establecido en el artículo 23 del Decreto 1504 de 1998 cuando para la provisión de servicios públicos se utilice el espacio público, el Municipio podrá establecer mecanismos para la expedición de la licencia de ocupación y utilización del espacio público, las cuales serán expedidas por la Oficina Asesora de Planeación. Las autorizaciones deben obedecer a un estudio de factibilidad técnica ambiental y de impacto urbano de la construcción propuesta, así como la coherencia de las obras con los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que lo desarrollen.*

c. *Que el Decreto 1504 de 1998, por el cual se reglamentó el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial, estableció la prelación de la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo.*

d. *Que en cumplimiento de la normatividad nacional, se hace necesaria la adopción de los procedimientos requeridos para regular la intervención y ocupación del espacio público en el Municipio de Bucaramanga, en lo relacionado con la obras ejecutadas por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, empresas constructoras y de particulares, para la provisión de los servicios públicos y la colocación, reparación, reposición o ampliación de redes*

e. *Que se hace necesario fijar las tarifas para el cobro, tanto del concepto técnico expedido por la Secretaría de Infraestructura, como de la licencia de intervención y Ocupación el Espacio Público expedida por la Oficina Asesora de Planeación».* (Subrayas fuera de texto)

De lo anterior, la Sala advierte que el Acuerdo tiene como finalidad regular las licencias de intervención y ocupación del espacio público que deben solicitar las empresas de servicios públicos o de particulares, cuando se trata de la ejecución de obras relacionadas con las redes de servicios públicos, para lo cual se fundamenta concretamente en lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 1504 del 4 de agosto de 1998, sin embargo, lo expresado en el considerando b) realmente corresponde al texto del artículo 20 del citado Decreto, que prevé:

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

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

Como se observa, la norma transcrita preveía que cuando la utilización del espacio público tuviera como finalidad la provisión de servicios públicos, el municipio debía establecer mecanismos para la expedición del permiso o licencia y el cobro de tarifas. Como lo prevé el considerando b), dentro de los mecanismos contemplados en el artículo 23 del Decreto 1504 de 1998⁶ está la realización de un estudio de factibilidad técnica, impacto urbano y coherencia con los planes de ordenamiento territorial o los instrumentos que los desarrollaran.

Precisamente en concordancia con lo anterior, el artículo 7º del Acuerdo 024 del 2005, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga, al cual remite en artículo 28 *ibídem*, objeto de demanda y que regula las tarifas, establece lo siguiente:

Artículo 7º. Competencia para el estudio, trámite y expedición de las Licencias de Intervención y Ocupación del Espacio Público de las que trata el literal a del numeral 2, del artículo 4º del presente acuerdo⁷. El estudio, trámite y expedición de las licencias de intervención y ocupación del espacio público estará en cabeza de la Oficina Asesora de Planeación. Se requiere para su expedición de los siguientes conceptos:

1. **Factibilidad Técnica.** Es la verificación realizada por la Secretaría de Infraestructura Municipal de:

- a. La autorización emitida por la empresa prestadora del servicio público o de particulares, para la intervención de sus redes.
- b. La concordancia de la obra a realizar con la programación anual de obras e instalaciones presentada por la empresa de servicios públicos o de particulares del municipio.
- c. La verificación del área del espacio público a intervenir
- d. Condiciones técnicas y administrativas para la canalización y zanjas en el espacio público.
- e. Especificaciones técnicas y materiales de la estructura de los pavimentos.

2. **Impacto urbano.** Corresponde a la Oficina Asesora de Planeación Municipal emitir concepto sobre la viabilidad y las condiciones necesarias para la intervención del espacio público, así como los requisitos para su adecuación y/o restitución:

- a. Verificación de la concordancia de lo presentado para aprobación con lo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial.
- b. Verificación del estado actual del espacio público a intervenir
- c. Inventario del mobiliario urbano existente en la zona objeto de intervención

⁶ **Artículo 23º.-** La utilización por los particulares del espacio público aéreo o del subsuelo de inmuebles públicos, pertenecientes al espacio público, para efectos de enlace entre bienes privados o entre bienes privados y elementos del espacio público, tales como puentes peatonales o pasos subterráneos, podrá realizarse previo estudio, aprobación, y cobro de tarifas por parte de la oficina de planeación municipal o distrital o la autoridad municipal o distrital que cumpla sus funciones.

El estudio conllevará un análisis de la factibilidad técnica y del impacto urbano de la construcción propuesta, así como de la coherencia de las obras con los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que lo desarrollen.

Este tipo de autorizaciones no generará derechos reales para los particulares y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular.

⁷ La norma a la que remite prevé: Artículo 4º Modalidades de Licencia de intervención y ocupación del espacio público. Son modalidades de la licencia de intervención y ocupación del espacio público las siguientes: 1 (...) 2) a) La construcción, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de instalaciones y redes en el espacio aéreo o el subsuelo de inmuebles o áreas pertenecientes al espacio público para la provisión de servicios públicos o de particulares. b) (...)

d. *Determinación de las condiciones de acabado y entrega de los elementos del espacio público intervenido.*

Parágrafo 1. *La Oficina Asesora de Planeación adoptará dichos actos, a través de resolución motivada, en cumplimiento del postulado del artículo 27 del Decreto 1504 de 1998 o la norma que lo modifique o sustituya*

Parágrafo 2. *Para la expedición de los conceptos de que trata el presente artículo, la Secretaría de Infraestructura y la Oficina Asesora de Planeación contarán cada una con ocho (8) días hábiles.*

Así pues, La Sala establece que el Acuerdo 024 del 7 de junio de 2005 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga corresponde a la aplicación del Decreto 1504 de 1998 en el municipio de Bucaramanga, como se prevé en los considerandos y en los artículos que lo integran, es decir, que las tarifas señaladas en el artículo 28 para el estudio de factibilidad y urbano, objeto de demanda, son un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 y, por ende, la Sala precisa que contrario a lo señalado por el ente demandado y lo considerado por el *a quo*, la norma no establece en el municipio el impuesto de rotura de vías y espacio público, contenido en el artículo 1º literal j) de la Ley 97 de 1913 y el artículo 1 de la Ley 84 de 1915, compilado posteriormente en el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986, norma que, por lo demás, fue derogada expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994⁸.

Precisado lo anterior, esta Sala advierte que el artículo 20 del Decreto 1504 del 4 de agosto de 1998, fue modificado antes de la expedición de la norma demandada [7-jun-05], mediante el Decreto 796 de 6 de mayo 1999, así:

Artículo 1º.- *El artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, quedará así: "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.*

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

Como se observa, la norma transcrita no autorizó el cobro de tarifas como lo preveía el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 y, en todo caso, fue derogada expresamente por el Decreto 1600 del 20 de mayo de 2005, antes de la expedición del Acuerdo 024 del 7 de junio de 2005, al señalar: «**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 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*»⁹.

⁸ Sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. 19827, M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁹ Igualmente el Decreto 1600 de 2005 fue derogado por el artículo 136 del Decreto 564 de 2006. **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 parágrafos de dicho artículo. En similar sentido, se pronunció la Sala en la sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. 19827, antes citada.*

Así pues, se advierte que para el **7 de junio de 2005**, fecha de expedición del Acuerdo 024 de 2005 del Concejo Municipal de Bucaramanga, el **artículo 20 del Decreto 1504 del 4 de agosto de 1998**, que sirvió de fundamento al artículo 28 demandado, había sido **modificado** por el artículo 1º del Decreto 796 de 6 de mayo 1999 y este a su vez, fue **derogado** por el artículo 78 del Decreto 1600 del 20 de mayo de 2005, sin que se hubiera autorizado el cobro de tarifas por concepto de las licencias de ocupación y utilización del espacio público ni de los estudios previos.

Además, esta Sala en la sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. 19827, M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez precisó que las Leyes 9 de 1989, 142 de 1994 y 388 de 1997, no consagraron «la posibilidad de gravar el uso de vías públicas, como tampoco el derecho al cobro de un tributo que compense los costos por los servicios administrativos que se deriven para la entidad pública respectiva»¹⁰. Sin embargo, en esa misma oportunidad indicó:

«5.5. 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.

*5.5.1. 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 municipio[15]¹¹.*

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.

5.5.2. 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.

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

¹⁰Sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. 19827.

¹¹ **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.

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.

5.6. 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».

De acuerdo con lo anterior, el legislador no ha autorizado el cobro de tarifas o derechos por la expedición de las licencias para la ocupación o intervención del espacio público, sin que ello haya implicado que las empresas prestadoras de servicios públicos no tengan la obligación de solicitar los permisos correspondientes para ejecutar sus actividades¹².

Finalmente, se advierte que no resulta de recibo el argumento del ente demandado, en cuanto a que el cobro autorizado en la norma demandada, corresponde a la participación en la plusvalía a la cual tiene derecho el municipio, pues el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 regula las acciones urbanísticas que dan lugar a dicha participación, sin que se encuentre dentro de ellas las que lleguen a realizar las empresas de servicios públicos para la ejecución de sus trabajos.

Así las cosas, la Sala encuentra que le asiste razón al Tribunal de primera instancia que anuló el cobro de las tarifas a que se refiere el artículo 28 del Acuerdo 024 del 7 de junio de 2005, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga, razón por la cual, confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 17 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

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

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS TELLA JEANNETTE CARVAJAL
BASTO**

Presidente de la Sección

¹² Lo anterior, sin perjuicio de las expensas a favor de los curadores y que corresponden al trámite de las respectivas licencias, en aquellos municipios que hayan optado por esta figura. Ley 810 de 2003.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

COBRO DE DERECHOS POR ROTURA DE VÍAS - Procedencia / DERECHO POR ROTURA, FRACCIONAMIENTO, ROMPIMIENTO O AFECTACIÓN DE VÍAS PÚBLICAS - Naturaleza / DERECHOS POR ROTURA DE VÍAS - Fundamento / NORMAS SOBRE ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y ESPACIO PÚBLICO / ACCIÓN URBANÍSTICA - Alcance / INTERVENCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO - Efectos

[C]onsidero que los municipios sí estarían facultados a cobrar derechos por el uso del espacio público, en especial, para cuando se rompe para hacer obras, por ejemplo, de adecuación de los servicios públicos. En esta oportunidad considero pertinente reiterar los argumentos que expuse en el salvamento de voto de las sentencias del 18 y 25 de febrero de 2016 (Expedientes 19074, 20417 y 19827), que rectificaron la sentencia del 11 de octubre de 2012 (Expedientes 17749), de la que fui ponente. En esta sentencia, la Sala precisó que el derecho por rotura de vías es un derecho que las entidades territoriales pueden cobrar con fundamento en la normativa de planeación y ordenamiento territorial. En la sentencia de la que me aparto se dice que eso no es así porque la Ley 9 de 1989 no contempló la posibilidad de que los costos derivados de la administración y mantenimiento del espacio público se recuperen mediante la imposición de un tributo, llámese impuesto o derecho. Y que, en todo caso, la Ley 142 de 1994 derogó expresamente la facultad que se habría otorgado a los municipios de gravar la ocupación y excavación de las vías públicas. Las razones de mi disentimiento son las mismas que expuse en la sentencia del 11 de octubre de 2012, y que sintetizo así: En la sentencia del 11 de octubre de 2012 se precisó que las características especiales del “derecho por rotura, fraccionamiento, rompimiento o afectación de vías públicas” permiten identificarlo como un ingreso tributario pero no a título de impuesto, tasa o contribución parafiscal, sino como un “derecho”, esto es, el que tiene toda entidad territorial de exigir de los particulares la reparación del espacio público roto, fraccionado o afectado por obras. Y la fuente de ese derecho o mejor, la fuente para ejercer el reclamo es la Constitución y la ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 82 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 313 NUMERAL 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 338 / LEY 9 DE 1989 / LEY 142 DE 1994 / LEY 388 DE 1997

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

REF: EXP. 68001-23-31-000-2007-00369-01

Numero interno: 20567

ACTOR: GAS NATURAL DEL ORIENTE S.A. E.S.P.

DEMANDADO: MUNICIPIO DE BUCARAMANGA

SENTENCIA: 2 DE MARZO DE 2017

MAGISTRADO PONENTE: STELLA JENNETTE CARVAJAL BASTO

Con el acostumbrado respeto, aunque decidí plegarme a la decisión de la mayoría que la Sala ya había tomado en otras oportunidades, aclaro el voto de la sentencia dictada el 2 de marzo de 2017, que decidió confirmar la decisión de anular el artículo 19 del Acuerdo 056 de 2009, que se tomó en la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 28 de enero de 2013, para reiterar las razones por las cuales considero que los municipios si estarían facultados a cobrar derechos por uso del espacio público, en especial, para cuando se rompe para hacer obras, por ejemplo, adecuación de los servicios públicos .

En esta oportunidad considero pertinente reiterar los argumentos que expuse en el salvamento de voto de la sentencia de 18 y 25 de febrero de 2016 (Expedientes 1907, 20417 y 19827), que rectificaron la sentencia del 11 de octubre de 2012 (Expedientes 17749) de la que fui ponente. En esta sentencia, la Sala precisó que el derecho por rotura de vías es un derecho que las entidades territoriales pueden cobrar con fundamento en la normativa de planeación y ordenamiento territorial. En la sentencia de la que me aparto se dice que eso no es así porque la Ley 9 de 1989 no contempló la posibilidad de que los costos derivados de la administración y mantenimiento del espacio público se recuperen mediante la imposición de un tributo, llámese impuesto o derecho. Y que en todo caso, la Ley 142 de 1994 derogó expresamente la facultad que se habría otorgado a los municipios de gravar la ocupación y excavación de las vías públicas

Las razones de mi desistimiento son las mismas que expuse en la sentencia del 11 de octubre de 2012, y que sintetizo así:

En la sentencia del 11 de octubre de 2012 se precisó que las características especiales del “derecho por rotura, fraccionamiento, rompimiento o afectación de vías públicas” permiten identificarlo como un ingreso tributario pero no a título de impuesto, tasa o contribución parafiscal, sino como un “derecho”, esto es, el que tiene toda entidad territorial de exigir a los particulares la reparación del espacio público roto,

-Que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994, los municipios conservaron la obligación de permitir las instalaciones de las 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 superficie y en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público, y correlativamente, quienes intervienen en el espacio público y afectan las vías públicas tienen la obligación de repararlas o contribuir con las cargas públicas para cumplir ese cometido.

-que por lo expuesto, el principio de reserva de la Ley no se vulnera por el hecho de que las entidades territoriales, en ejercicio de la facultad prevista en el No. 7 del artículo 313 de la Carta Política, y con fundamento en las normas de ordenamiento territorial y de planeación, regulen la reparación del espacio público estropeado o el derecho pecuniario por la afectación de ese espacio, como un mecanismo constitucional y legal mente válido para lograr mantener ese espacio público en condiciones óptimas de uso

En los anteriores términos dejo sentado mi aclaración de voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Fecha ut supra