

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECRETA MEDIDA CAUTELAR – Competencia de la Sala de Decisión

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Santander contra la providencia que decretó una medida cautelar, de conformidad con los artículos 125, 236 y 243 [2] del CPACA. El artículo 125 del CPACA dispone que las decisiones a las que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 ib. son de Sala. A su turno, el artículo 236 de la misma normativa establece que el auto que decreta una medida cautelar es susceptible del recurso de apelación o súplica, según la instancia en la que se dicte. En concordancia con esa norma se encuentra el artículo 243 [2] ib, que lista al auto que **decreta una medida cautelar** entre los que son de «naturaleza apelable».

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 125 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 236 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 243

MEDIDAS CAUTELARES – Generalidades / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procedencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos. El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte] y anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3]. Los artículos 231 a 233 ib. determinan los requisitos, la caución, el procedimiento para decretar las medidas cautelares y normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230. Como requisitos para que proceda una medida cautelar, diferente a la de suspensión provisional, se resaltan los siguientes [art. 231]: Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. En relación con la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto general, demandado en nulidad, el artículo 231 del CPACA -en su parte inicial-, en armonía con el 238 de la Constitución Política, señala que procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que por separado se presente y que tal transgresión surge del estudio del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando además se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, debe probarse la existencia de los mismos. El artículo 232 del CPACA le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con

la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública. En este orden de ideas, se advierte que, respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente. Basta, entonces, que el juez haga un examen de legalidad o de constitucionalidad para advertir de alguna manera una violación de la norma superior por parte del acto acusado. Así las cosas, con fundamento en la nueva normativa resulta dable concluir que si el juez de la causa, a petición de parte – salvo aquellos asuntos en los cuales las medidas cautelares puedan decretarse de oficio–, encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva entonces la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 232 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 233

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen tributario / ESTAMPILLAS PRO UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, PRO HOSPITALES UNIVERSITARIOS PÚBLICOS, PRO DESARROLLO Y PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR – Empresas de servicios Públicos. Grava a las empresas de servicios públicas o privadas que realicen el hecho generador

[E] artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994 señala que las autoridades departamentales y locales solo pueden gravar a las empresas de servicios públicos con tributos que son aplicables a los demás contribuyentes que realizan actividades industriales o comerciales. El artículo 24 de la Ley 142 de 1994 fue objeto de estudio de constitucionalidad y la Corte Constitucional en la sentencia C-419 de 1995 lo declaró exequible. En esa providencia, precisó que el artículo 24.1 ib no consagró ninguna exención para las empresas de servicios públicos sino un *“principio de tributación dirigido a asegurar la igualdad entre las empresas de servicios públicos y los demás contribuyentes que desarrollen actividades industriales o comerciales y, obviamente, a prohibir la discriminación.”* Valga aclarar que no es cierto que las empresas privadas de servicios públicos no están gravadas con las estampillas pro-Universidad Industrial de Santander, pro hospitales universitarios públicos, prodesarrollo y pro bienestar del adulto mayor, puesto que si celebran contratos con los sujetos indicados en las normas demandadas se causa la estampilla. Además, no están expresamente excluidas del tributo. En consecuencia, es indiferente si el contrato que causa la estampilla se celebra por una empresa pública o privada de servicios públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 24

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE NORMA DEROGADA – Improcedencia / ESTAMPILLA PRO HOSPITALES UNIVERSITARIOS PÚBLICOS – Hecho gravable / ESTAMPILLA PRO HOSPITALES UNIVERSITARIOS PÚBLICOS – Elementos / ESTAMPILLA PRO HOSPITALES UNIVERSITARIOS PÚBLICOS – Facultad impositiva departamental / ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL – Hecho gravable. La ley que la creó solo autorizó gravar con ellas las actividades y operaciones realizadas en el departamento, no las efectuadas por los municipios ni por las entidades municipales del departamento /

ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR – Facultad impositiva territorial. Alcance

[L]a Sala observa que el 31 de agosto de 2016, la Asamblea Departamental de Santander expidió la Ordenanza 022, “*Por medio de la cual se ordena la emisión de la estampilla Pro- Universidad Industrial de Santander creada mediante Ley 85 de 1993 y se dictan otras disposiciones*”. La citada Ordenanza 022, en el artículo 10 dispuso lo siguiente: “**ARTÍCULO DÉCIMO: DEROGUESE** (sic) los artículos 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ordenanza 077 de 2014, Estatuto Tributario del Departamento de Santander, en lo referente a la Estampilla Pro-Universidad Industrial de Santander, y las Ordenanzas 038 de 1993 (...)” Significa lo anterior que los artículos 225 [1] y 226 [1] de la Ordenanza 77 de 2014, relacionados con la estampilla pro Universidad Industrial de Santander, cuya suspensión provisional se decretó en primera instancia, desaparecieron del ordenamiento jurídico y dejaron de producir efectos. Esa situación, por sustracción de materia, impide que se confirme la providencia que accedió a la medida cautelar respecto de dichas normas, cuyo propósito era precisamente suspender sus efectos mientras se decide su legalidad. En consecuencia, la suspensión provisional respecto de los artículos 225 [1] y 226 [1] de la Ordenanza 77 de 2014 debe levantarse. (...) La estampilla pro hospitales universitarios públicos fue creada por la Ley 645 de 2001, (...) Así, de acuerdo con la ley que creó **la estampilla pro hospitales universitarios públicos**, este tributo se causa por la celebración **en el departamento o en los municipios de este**, de actos o contratos en los que intervengan funcionarios departamentales o municipales. Vale la pena referirse a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2002 que declaró exequible la Ley 645 de 2001, excepto el vocablo “*exclusivamente*” contenido en el artículo 6º de esta Ley, que se declaró inexecutable. En ese pronunciamiento, al analizar el contenido de la normativa acusada, la Corte no advirtió dificultad alguna para determinar e individualizar el gravamen (...) En cuanto a los elementos de la estampilla, en la misma sentencia indicó que: (i) el sujeto activo es el departamento, según se observa del artículo 7 de la Ley 645 de 2001, que señala que los recaudos por la venta de las estampillas están a cargo de las secretarías de hacienda departamentales; (ii) el hecho gravable son las actividades y operaciones que se deban realizar en los departamentos y municipios de los mismos y que impliquen la realización de actos en los cuales intervengan funcionarios departamentales y municipales, según se lee de los artículos 3, 5 y 6; (iii) el sujeto pasivo está relacionado con las actividades y operaciones señaladas como hecho gravable; (iv) la tarifa, no podrá exceder del dos por ciento (2%) del valor de los hechos a gravar, según el artículo 6º; y (v) la base gravable será el valor de los hechos a gravar, conforme con el artículo 6. Preciso que “*por tratarse de un tributo del orden departamental, es admisible constitucionalmente que la ley que crea el tributo autorice a las asambleas departamentales para precisar algunos de los elementos a que hace referencia el artículo 338 de la Carta, lo cual corresponde a las condiciones que plantea la autonomía de las entidades territoriales y permite que, en aplicación de este principio y de acuerdo con sus propias especificidades y actividades económicas que allí se desarrollen, cada departamento pueda señalar los actos específicos que serán objeto de la estampilla.*” La estampilla pro desarrollo departamental fue creada por el artículo 170 del Decreto Ley 1222 de 1986 (...) Según la norma transcrita, el legislador autorizó a las asambleas departamentales para crear la **estampilla pro desarrollo departamental** en su jurisdicción. A diferencia de la ley que creó la estampilla pro hospitales universitarios públicos (artículo 3 de la Ley 645 de 2001), el artículo 170 del Decreto 1222 de 1986 no autorizó a los departamentos para gravar con la estampilla prodesarrollo las operaciones realizadas en los municipios del departamento. En consecuencia, de acuerdo con

la norma que autorizó la creación de la estampilla pro desarrollo departamental, solo pueden gravarse con esta, las actividades y operaciones realizadas en el departamento, no las realizadas por los municipios ni las entidades municipales del departamento. La estampilla pro bienestar del adulto mayor fue creada por la Ley 48 de 1986 [modificada por las Leyes 687/01, 1276/09 y 1850/17]. Se hará referencia solo a la Ley 1276 de 2009, que era la vigente para la época en la que se expidió la Ordenanza acusada, en relación con la citada estampilla. Los artículos 3 y 9 de la Ley 1276 de 2009, “*A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida*”, disponen (...) De las anteriores normas es fácil concluir que el legislador autorizó tanto a las asambleas departamentales como a los concejos distritales y municipales para la creación de la **estampilla pro bienestar del adulto mayor**. Por tanto, las asambleas y los concejos tienen la potestad de adoptarla o no en sus jurisdicciones y no es posible que las asambleas invadan la órbita municipal ni viceversa. De manera que la estampilla es aplicable a los actos o contratos celebrados por los municipios o sus entidades descentralizadas cuando es adoptada por el respectivo concejo y para los actos y contratos celebrados por el departamento y sus entidades descentralizadas, cuando la adopta la asamblea departamental.

FUENTE FORMAL: LEY 645 DE 2001 – ARTÍCULO 1 / LEY 645 DE 2001 – ARTÍCULO 3 / LEY 645 DE 2001 – ARTÍCULO 5 / LEY 645 DE 2001 – ARTÍCULO 6 / LEY 645 DE 2001 – ARTÍCULO 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 338 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 – ARTÍCULO 170 / LEY 3 DE 1986 – ARTÍCULO 32 / LEY 48 DE 1986 / LEY 1276 DE 2009 – ARTÍCULO 3 / LEY 1276 DE 2009 – ARTÍCULO 9 / LEY 687 DE 2001 / ORDENANZA 022 DE 2016 (31 DE AGOSTO) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 10

ESTAMPILLA PRO HOSPITALES UNIVERSITARIOS PÚBLICOS SOBRE NEGOCIOS CELEBRADOS POR MUNICIPIOS Y ENTIDADES DECENTRALIZADAS DEL ORDEN MUNICIPAL – Facultad impositiva departamental. Autorización legal / ESTAMPILLA PRODESARROLLO SOBRE NEGOCIOS CELEBRADOS POR MUNICIPIOS Y ENTIDADES DECENTRALIZADAS DEL ORDEN MUNICIPAL – Falta de facultad impositiva departamental. No autorización legal / ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR SOBRE NEGOCIOS CELEBRADOS POR MUNICIPIOS Y ENTIDADES DECENTRALIZADAS DEL ORDEN MUNICIPAL – Falta de potestad impositiva departamental. La competencia para gravar con estampilla los actos y contratos celebrados por los municipios es privativa de los concejos, quienes tienen autonomía en su jurisdicción, de adoptar el gravamen y fijar su regulación conforme con la ley de creación / ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR SOBRE NEGOCIOS CELEBRADOS POR LOS DEPARTAMENTOS – Facultad impositiva departamental

En la Ordenanza 77 de 2014, la Asamblea Departamental de Santander podía gravar con la **estampilla pro hospitales universitarios públicos**, los negocios realizados por los municipios y sus entidades descentralizadas porque la ley expresamente lo previó y tenía la autonomía para hacerlo. Por tanto, no es procedente la suspensión provisional de los efectos de las expresiones “*los municipios del Departamento de Santander, y sus entidades descentralizadas*” contenidas en el numeral 2 de los artículos 236 y 237 de la referida ordenanza. La Asamblea Departamental de Santander no podía gravar con la estampilla prodesarrollo, los negocios realizados por los municipios y sus entidades descentralizadas del departamento puesto que no está autorizada por la ley para

gravar tales operaciones. En consecuencia, deben suspenderse los efectos de las expresiones “*Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden [...] Municipal*” contenidas en el numeral 2 de los artículos 246 y 247 de la Ordenanza 77 de 2014. Respecto a la **estampilla pro bienestar del adulto mayor**, en este caso la Asamblea Departamental de Santander no estaba facultada por la ley para gravar los actos y contratos celebrados por los municipios porque la competencia para gravar con esta estampilla es privativa de los concejos, quienes tienen la libertad de adoptar las estampillas y fijar su regulación conforme con la ley de creación. A esta conclusión se llega porque la voluntad del legislador fue atribuirles, a las asambleas y concejos, competencia para gravar con la estampilla pro bienestar del adulto mayor las operaciones que se realicen **obviamente dentro de sus respectivas jurisdicciones**, de manera que tal imposición se haga en forma independiente y no concurrente, por lo que no es admisible que las asambleas graven los negocios celebrados por los municipios. Lo anterior, por cuanto, además de desconocer la autonomía tributaria de los últimos, podría existir doble imposición en caso de que los concejos municipales decidan también crear la estampilla en sus territorios. La misma consideración se predica en relación con las **entidades descentralizadas del orden municipal**, cuyos negocios no pueden ser gravados con la estampilla departamental, ya que, de acuerdo con la ordenanza demandada, el sujeto activo de las estampillas departamentales es el departamento y, como se precisó, la Ley 1276 de 2009 también autorizó a los municipios para adoptar en su jurisdicción la estampilla pro bienestar del adulto mayor. Se concluye que la Asamblea Departamental de Santander no debía extender la imposición de la estampilla pro bienestar del adulto mayor a los contratos celebrados por los municipios y las entidades descentralizadas municipales. Así pues, se extralimitó en sus funciones al gravar negocios del nivel municipal, porque esa es una competencia restrictiva de los respectivos concejos municipales. Entonces en el caso en estudio, respecto de la estampilla pro bienestar del adulto mayor, es procedente la suspensión provisional de la expresión “*Municipal*” del numeral 1 del artículo 250 de la ordenanza demandada porque transgrede los artículos 150 [12], 287 [3] y 338 de la Constitución Política, pues desconoce la autonomía de los municipios. Debe precisarse que la estampilla pro bienestar del adulto mayor, a que se refiere el artículo 250 numeral 1 de la ordenanza demandada tampoco es aplicable a los negocios celebrados por las **entidades descentralizadas del orden municipal**.

FUENTE FORMAL: LEY 1276 DE 2009 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 12 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 287 NUMERAL 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 338

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la facultad o la autonomía impositiva municipal para adoptar en su jurisdicción la estampilla pro bienestar del adulto mayor se cita la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 12 de marzo de 2012, radicado 25000-23-27-000-2009-00085-01(18744), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 77 DE 2014 (23 de diciembre) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 225 NUMERAL 1 (PARCIAL) (No suspendido) / ORDENANZA 77 DE 2014 (23 de diciembre) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 226 NUMERAL 1 (PARCIAL) (No suspendido) / ORDENANZA 77 DE 2014 (23 de diciembre) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 236 NUMERAL 2 (PARCIAL) (No suspendido) / ORDENANZA 77 DE 2014 (23 de diciembre) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 2 (PARCIAL) (No suspendido) / ORDENANZA 77 DE 2014 (23 de diciembre) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 246 NUMERAL 2 (PARCIAL)

(Suspendido) / ORDENANZA 77 DE 2014 (23 de diciembre) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 247 NUMERAL 2 (PARCIAL) (Suspendido) / ORDENANZA 77 DE 2014 (23 de diciembre) DEPARTAMENTO DE SANTANDER – ARTÍCULO 250 NUMERAL 1 (PARCIAL) (Suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación numero: 68001-23-33-000-2015-01028-01(22804)

Actor: EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE SAL GIL – ACUASÁN EICE ESP Y EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE PIE DE CUESTA – PIEDECUESTANA S.A. ESP.

Demandado: DEPARTAMENTO DE SANTANDER

AUTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Santander contra el auto de 10 de marzo de 2016, por el cual el Tribunal Administrativo de Santander decretó la suspensión provisional de varios apartes de la Ordenanza 77 de 2014.

ANTECEDENTES

La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de San Gil- Acuasán EICE ESP y la Empresa de Servicios Públicos de Piedecuesta- Piedecuestana S.A. ESP, por intermedio de apoderado, ejercieron el medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [en adelante CPACA] para que se declare la nulidad parcial de los artículos 225 [1], 226 [1], 236 [2], 237 [2], 246 [2], 247 [2] y 250 [1] de la Ordenanza 77 de 23 de diciembre de 2014 de la Asamblea Departamental de Santander, por la cual se expidió el Estatuto Tributario de ese departamento.

Las actoras pidieron la nulidad de las siguientes expresiones: (i) “*de sus Municipios y de las Entidades descentralizadas*” del numeral 1 de los artículos 225

y 226, relativas a la estampilla pro- Universidad Industrial de Santander; (ii) “*los municipios del Departamento de Santander, y sus entidades descentralizadas*” del numeral 2 de los artículos 236 y 237, referidas a la estampilla pro hospitales universitarios públicos; (iii) “*Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden [...] Municipal*” del numeral 2 de los artículos 246 y 247, concernientes a la estampilla pro desarrollo y (iv) “*Administración [...] Municipal y sus entidades descentralizadas*” del numeral 1 del artículo 250 que se relaciona con la estampilla pro bienestar del adulto mayor.

Como normas superiores violadas, invocaron los artículos 1, 150 [12], 151, 287 [3] y 338 de la Constitución Política y 24.1 de la Ley 142 de 1994. Las razones de la violación se resumen así:

Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios están constituidas por la Ley 142 de 1994 y son consideradas por analogía como entidades descentralizadas del orden municipal, según el artículo 38 [2d] de la Ley 489 de 1998.

Las normas demandadas desconocen el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994, norma que busca asegurar la igualdad entre las empresas de servicios públicos y los demás contribuyentes que desarrollan actividades industriales o comerciales y, obviamente, prohibir la discriminación.

Las empresas demandantes están en competencia con otras empresas que cumplen funciones industriales y comerciales y que no están gravadas con impuestos, tasas o contribuciones de naturaleza departamental.

Las estampillas a que se refieren las normas demandadas y las leyes que las crearon no son todas aplicables a los municipios y por respeto a la autonomía de las entidades territoriales, el departamento no puede cobrar tal tributo en los municipios. Si lo hace es ilegal.

Las demandantes pidieron como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos de los artículos demandados.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

El apoderado de las demandantes sostuvo que los artículos cuya nulidad parcial se pide violan directamente el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994. Esto, porque la citada norma dispone que no puede gravarse a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que no sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales.

Así mismo, citó algunos pronunciamientos de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en los que se estudiaron casos similares y se anularon parcialmente las normas departamentales al advertir que se desconoció la autonomía de los municipios¹.

Advirtió que en este caso es mejor conceder la medida cautelar que negarla y que, además, se causa un perjuicio irremediable a las empresas municipales de servicios públicos, dado que *“están a punto de embargar[les] las cuentas...”*. Agregó que existen serios motivos de que la sentencia sea nugatoria.

Por lo anterior, solicitó como medida cautelar de urgencia que se suspendan los efectos de las disposiciones demandadas.

AUTO APELADO

El 10 de marzo de 2016, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió lo siguiente:

“Primero. SUSPENDER PROVISIONALMENTE LOS EFECTOS de los artículos 225 numeral 1, 226 numeral 1, 236 numeral 2, 237 numeral 2, 246 numeral 2, 247 numeral 2, Art. 250 numeral 1 de la Ordenanza No. 077 del 2014, por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander, entendiéndose que esta suspensión provisional se predica respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios, quienes están exceptuadas del pago de la obligación tributaria contenida en los artículos precitados, de conformidad con lo establecido en el Art. 24.1 de la Ley 142 de 1994.

Segundo. No hay lugar a fijar caución, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Art. 232 de la Ley 1437 de 2011.”

¹ Sentencias de 24 de octubre de 2013, exp 18666; de 18 de julio de 2013, exp 19398 y de 12 de marzo de 2012, exp 18744.

Las razones que sustentaron la anterior decisión se resumen así:

La solicitud de suspensión provisional se fundamenta en que las normas demandadas, en las que se incluyen a las entidades descentralizadas como sujetos pasivos de la obligación tributaria de pago de estampillas pro- Universidad Industrial de Santander, pro hospitales universitarios, prodesarrollo y pro bienestar del adulto mayor desconocen el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior, porque las empresas demandantes ostentan la calidad de entidades descentralizadas y es evidente que las empresas de servicios públicos domiciliarios del orden municipal no pueden ser gravadas por el departamento con tributos como las estampillas, pues gozan de exenciones especiales.

Adicionalmente, se observa el perjuicio irremediable que pueden sufrir las entidades demandantes, por lo que lo procedente es decretar la medida cautelar.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del Departamento de Santander interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto de 10 de marzo de 2016, con el fin de que se revoque la medida cautelar decretada por carecer de los supuestos normativos y fácticos para su procedencia.

Los fundamentos del recurso son los siguientes:

Las razones expuestas en el auto recurrido no se adecuan en forma objetiva a los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida de cautela de urgencia.

La parte demandante no presentó argumentos y pruebas suficientes para demostrar el impacto causado a los recursos propios necesarios para el cumplimiento de su objeto social, como es la prestación de un servicio público.

La presunta violación directa de la ley no es suficiente para la procedencia de una medida cautelar. Además, los argumentos de la parte demandante no se ajustan a los principios de justicia y equidad que deben aplicarse a las entidades privadas

que ejercen la misma actividad que ella y que son contribuyentes de las estampillas del orden territorial. Estos tributos gozan de presunción de legalidad y fueron expedidos por la Asamblea Departamental de Santander con autorización legal.

En relación con el tema presupuestal, según lo dispuesto en el artículo 5º del Estatuto Orgánico del Presupuesto, las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, cuyo capital sea el 90% o más de la Nación o de sus entidades descentralizadas, están sujetas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

En materia presupuestal, las empresas industriales y comerciales del Estado a nivel nacional se rigen por la Ley 489 de 1998 [art. 90] y los Decretos 111 de 1996 [arts. 4, 26 y 96] y 115 de 1996 [arts. 16, 17, 18, 23, 24 y 25] y a nivel territorial por la norma orgánica de presupuesto y a falta de esta, por lo regulado para la norma nacional.

Por último, se refirió al principio de armonización concreta que impide que se busque la efectividad de un derecho o la decisión de una medida que se considere necesaria para garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, con el sacrificio o restricción de otro que dentro del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, estaría cercenando servicios públicos esenciales como la educación, la salud, la protección de grupos que revisten interés constitucional como los niños, niñas, adolescentes y adulto mayor, entre otros, como es la destinación que el departamento de Santander le otorga a dichas estampillas.

Así que debe hacerse una ponderación entre el ejercicio responsable, razonable y reflexivo del departamento de Santander, atendiendo el alcance y necesidad del interés general, y el interés particular de la Empresa de Servicios Públicos de Piedecuesta- Piedecuestana S.A. ESP y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de San Gil- ACUASÁN EICE ESP.

Advirtió que los programas sociales y los servicios públicos esenciales de competencia del departamento de Santander se afectarán negativamente y no será posible cumplir con los fines esenciales ya propuestos. Para el efecto, allegó certificaciones e información sobre el recaudo de las estampillas departamentales,

por las vigencias 2014 y 2015, la suspensión del cobro de las estampillas y la composición presupuestal de las empresas demandantes².

En consecuencia, pidió que se revoque la medida cautelar con el objeto de asegurar la coexistencia de intereses generales con los individuales en contraposición.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Santander contra la providencia que decretó una medida cautelar, de conformidad con los artículos 125, 236 y 243 [2] del CPACA.

El artículo 125 del CPACA dispone que las decisiones a las que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 ib. son de Sala. A su turno, el artículo 236 de la misma normativa establece que el auto que decreta una medida cautelar es susceptible del recurso de apelación o súplica, según la instancia en la que se dicte. En concordancia con esa norma se encuentra el artículo 243 [2] ib, que lista al auto que **decreta una medida cautelar** entre los que son de «naturaleza apelable».

2. Generalidades de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso

² Fls. 37 a 58, 60 a 62

Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte] y anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3].

Los artículos 231 a 233 ib. determinan los requisitos, la caución, el procedimiento para decretar las medidas cautelares y normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230.

Como requisitos para que proceda una medida cautelar, diferente a la de suspensión provisional, se resaltan los siguientes [art. 231]:

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
- Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

En relación con la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto general, demandado en nulidad, el artículo 231 del CPACA -en su parte inicial-, en armonía con el 238 de la Constitución Política³, señala que procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que por separado se presente y que tal transgresión surge del estudio del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud⁴. Cuando además se pretende el

³ Art. 238 C.P. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.*

⁴ Sobre los lineamientos de la suspensión provisional puede consultarse el auto del 24 de febrero de 2015, Exp. 20998, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, debe probarse la existencia de los mismos.

El artículo 232 del CPACA le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

En este orden de ideas, se advierte que, respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente. Basta, entonces, que el juez haga un examen de legalidad o de constitucionalidad para advertir de alguna manera una violación de la norma superior por parte del acto acusado⁵.

Así las cosas, con fundamento en la nueva normativa resulta dable concluir que si el juez de la causa, a petición de parte –salvo aquellos asuntos en los cuales las medidas cautelares puedan decretarse de oficio–, encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva entonces la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

3. Caso concreto

El Tribunal Administrativo de Santander decretó como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos de los artículos 225 [1], 226 [1], 236 [2], 237 [2], 246 [2], 247 [2] y 250 [1] de la Ordenanza 77 de 23 de diciembre de 2014 de la Asamblea Departamental de Santander, en el entendido de que esa suspensión solo se predica respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios, quienes están exceptuadas del pago de la obligación tributaria, de conformidad con el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.

⁵ Auto de 15 de febrero de 2015, exp. 22328, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Inconforme con esa decisión, el departamento de Santander, como se indicó, interpone recurso de apelación con el fin de que la medida sea revocada, pues considera que no se reunieron los supuestos fácticos y jurídicos para decretarla.

Corresponde a la Sala determinar si, tal como lo estimó el *a quo*, es procedente decretar la medida cautelar en este caso.

Las normas suspendidas en concreto disponen lo siguiente:

“ORDENANZA 077 DE 2014

**POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO TRIBUTARIO DEL
DEPARTAMENTO DE SANTANDER**

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER

(...)

CONSIDERANDO:

(...)

**ESTAMPILLA DEPARTAMENTAL
PRO-UIS**

(...)

ARTICULO 225.- HECHO GENERADOR. *Los hechos generadores de la obligación de aplicar la estampilla Pro-Universidad Industrial de Santander serán los siguientes:*

1.) *La celebración de negocios jurídicos, incluidos los contratos, contratos interadministrativos, convenios de asociación, los contratos de concesión, órdenes de prestación de servicios y convenios, sus prórrogas y adiciones, que se efectúen con cargo al Tesoro del Departamento, **de sus Municipios y de las Entidades descentralizadas**, incluidos los celebrados por la Universidad Industrial de Santander, el Instituto Universitario de la Paz y las Unidades Tecnológicas de Santander, a favor de personas naturales o jurídicas y se fija como mínimo para gravar la prestación de servicios aquellos que superen los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

(...)

ARTICULO 226.- BASE GRAVABLE Y TARIFA. Se establece como base gravable de la Estampilla Pro UIS:

1). La celebración de negocios jurídicos incluidos los contratos, contratos interadministrativos, convenios de asociación, los contratos de concesión. órdenes de prestación de servicios y convenios, sus prórrogas y adiciones, que se efectúen con cargo al Tesoro del Departamento, **de sus Municipios y de las Entidades descentralizadas**, incluidos los celebrados por la Universidad Industrial de Santander, el Instituto Universitario de la Paz y las Unidades Tecnológicas de Santander, a favor de personas naturales o jurídicas, por la celebración de estos, pagarán dos pesos (2,00) por cada cien pesos (100,00) o fracción.

(...)

**ESTAMPILLA DEPARTAMENTAL
PRO- HOSPITALES UNIVERSITARIOS**

(...)

ARTÍCULO 236.- HECHOS GENERADORES. Los hechos generadores serán los siguientes: Los hechos generadores de la estampilla Pro-Hospitales Universitarios Públicos serán los siguientes:

(...)

2. Los negocios jurídicos incluidos los contratos, contratos interadministrativos, convenios de asociación, los contratos de concesión, órdenes de prestación de servicios y convenios, sus prórrogas y adiciones, que celebren **los municipios del Departamento de Santander, y sus entidades descentralizadas** y los contratos de adición al valor de los existentes.

(...)

ARTICULO 237- BASE GRAVABLE Y TARIFAS. Las bases gravables y tarifas aplicables serán las siguientes:

(...)

2. Los negocios jurídicos incluidos los contratos, contratos interadministrativos, convenios de asociación, los contratos de concesión, órdenes de prestación de servicios y convenios, sus prórrogas y adiciones, que celebren **los municipios del Departamento de Santander, y sus entidades descentralizadas** y los contratos de adición al valor de los existentes se gravaran con el dos por ciento (2%) del valor del contrato.

(...)

**ESTAMPILLA DEPARTAMENTAL
PRO DESARROLLO**

(...)

ARTÍCULO 246- HECHOS GENERADORES. *Los hechos generadores serán los siguientes:*

(...)

2. *En todo negocio jurídico incluidos los contratos, contratos interadministrativos, convenios de asociación, los contratos de concesión, órdenes de prestación de servicios y convenios, sus prórrogas y adiciones, por los particulares con la Administración Departamental, **Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden** Departamental o **Municipal** y las corporaciones Regionales encargadas del medio ambiente en Santander*

ARTÍCULO 247.- BASE GRAVABLE Y TARIFAS.- *Las bases gravables y tarifas aplicables serán las siguientes:*

(...)

2. *En todo negocios jurídicos incluidos los contratos, contratos interadministrativos, convenios de asociación, los contratos de concesión. órdenes de prestación de servicios y convenios, sus prórrogas y adiciones, celebrados por los particulares con la Administración Departamental, **Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden** Departamental o **Municipal** y las Corporaciones encargadas del manejo del medio ambiente en Santander, el dos por ciento (2%) del valor total del contrato.*

(...)

**ESTAMPILLA
PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR**

ARTÍCULO 250.- *Los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas serán las siguientes:*

1. *Todos los negocios jurídicos incluidos los contratos, contratos interadministrativos, convenios de asociación, los contratos de concesión, órdenes de prestación de servicios y convenios, sus prórrogas y adiciones, celebrados por los sujetos pasivos con la **Administración** Departamental, **Municipal y sus Entidades Descentralizadas**, será de 2.5% del valor de los contratos.*

De las normas antes transcritas se observa lo siguiente:

Para las estampillas pro-Universidad Industrial de Santander, pro hospitales universitarios públicos, prodesarrollo y pro bienestar del adulto mayor se incluyó como hecho generador y para efectos de la tarifa y base gravable la celebración de negocios jurídicos que hagan los municipios que conforman el departamento de Santander y las entidades descentralizadas del orden municipal.

En la solicitud de suspensión provisional, las demandantes estiman que las normas atacadas desconocen el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994⁶ y la autonomía territorial, pues en asuntos similares se han anulado parcialmente normas departamentales con base en la jurisprudencia de esta Sección.

De la lectura de los actos acusados no se advierte infracción alguna del artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994, que permita decretar la medida cautelar, toda vez que del análisis de las normas demandadas y la ley no es posible llegar a la conclusión de que se están imponiendo a las empresas de servicios públicos tributos diferentes a los aplicables a los demás contribuyentes que ejercen actividades industriales o comerciales.

En efecto, el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994 señala que las autoridades departamentales y locales solo pueden gravar a las empresas de servicios públicos con tributos que son aplicables a los demás contribuyentes que realizan actividades industriales o comerciales.

El artículo 24 de la Ley 142 de 1994 fue objeto de estudio de constitucionalidad y la Corte Constitucional en la sentencia C-419 de 1995 lo declaró exequible. En esa providencia, precisó que el artículo 24.1 ib no consagró ninguna exención para las empresas de servicios públicos sino un *“principio de tributación dirigido a asegurar la igualdad entre las empresas de servicios públicos y los demás contribuyentes que desarrollen actividades industriales o comerciales y, obviamente, a prohibir la discriminación.”*

⁶ **Artículo 24. Régimen Tributario.** Todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, pero se observarán estas reglas especiales:
24.1. Los departamentos y los municipios no podrán gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que no sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales.

Valga aclarar que no es cierto que las empresas privadas de servicios públicos no están gravadas con las estampillas pro-Universidad Industrial de Santander, pro hospitales universitarios públicos, prodesarrollo y pro bienestar del adulto mayor, puesto que si celebran contratos con los sujetos indicados en las normas demandadas se causa la estampilla. Además, no están expresamente excluidas del tributo. En consecuencia, es indiferente si el contrato que causa la estampilla se celebra por una empresa pública o privada de servicios públicos.

En los anteriores términos, prospera el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Santander, en cuanto a que no está demostrada la violación de la norma superior invocada como sustento para decretar la suspensión provisional.

No obstante lo anterior, ante el alegado desconocimiento de la competencia y autonomía de los entes territoriales para la imposición de los tributos expuesto en la demanda, el estudio, en el caso *sub exámine*, debe extenderse no solo al artículo 24. 1 de la Ley 142 de 1994 sino a las demás normas invocadas en el concepto de violación de la demanda, en virtud de lo previsto en el artículo 231 del CPACA, conforme con el cual la suspensión provisional de los efectos de un acto procede también por violación de las normas citadas en la demanda. Las normas invocadas también en la demanda son los artículos 1⁷, 150 [12]⁸, 151⁹, 287 [3]¹⁰ y 338¹¹ de la Constitución Política, pues, en criterio de la parte actora, los actos demandados desconocen la autonomía tributaria de los municipios.

⁷ **ARTICULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁸ **ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

⁹ **ARTICULO 151.** El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

¹⁰ **ARTICULO 287.** Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: (...) 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

¹¹ **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.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Además, en la solicitud de suspensión provisional la parte demandante indicó que varias sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado han anulado parcialmente estampillas departamentales por desconocer la autonomía de los municipios.

Por lo anterior, lo propio es verificar también la posible infracción de las citadas normas constitucionales, pues el Tribunal no lo hizo.

Antes de adentrarse al análisis correspondiente, la Sala observa que el 31 de agosto de 2016, la Asamblea Departamental de Santander expidió la Ordenanza 022, *“Por medio de la cual se ordena la emisión de la estampilla Pro- Universidad Industrial de Santander creada mediante Ley 85 de 1993 y se dictan otras disposiciones”*.

La citada Ordenanza 022, en el artículo 10 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO DÉCIMO: DEROGUESE (sic) los artículos 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ordenanza 077 de 2014, Estatuto Tributario del Departamento de Santander, en lo referente a la Estampilla Pro-Universidad Industrial de Santander, y las Ordenanzas 038 de 1993 (...)”

Significa lo anterior que los artículos 225 [1] y 226 [1] de la Ordenanza 77 de 2014, relacionados con la estampilla pro Universidad Industrial de Santander, cuya suspensión provisional se decretó en primera instancia, desaparecieron del ordenamiento jurídico y dejaron de producir efectos. Esa situación, por sustracción de materia, impide que se confirme la providencia que accedió a la medida cautelar respecto de dichas normas, cuyo propósito era precisamente suspender sus efectos mientras se decide su legalidad. En consecuencia, la suspensión provisional respecto de los artículos 225 [1] y 226 [1] de la Ordenanza 77 de 2014 debe levantarse.

Ahora bien, en relación con las estampillas pro hospitales universitarios públicos, prodesarrollo y pro bienestar del adulto mayor es pertinente remitirse a la fuente legal que las creó, esto es, la Ley 645 de 2001, el Decreto Ley 1222 de 1986 [art.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

170] y la Ley 48 de 1986 [modificada por las Leyes 687/01, 1276/09 y 1850/17], respectivamente.

Estampilla pro hospitales universitarios públicos

La estampilla pro hospitales universitarios públicos fue creada por la Ley 645 de 2001, “*por medio de la cual se autoriza la emisión de una estampilla pro hospitales universitarios*”. En lo pertinente, la citada ley dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. Autorízase a las Asambleas Departamentales en cuyo territorio funcionen Hospitales Universitarios para que ordenen la emisión de la estampilla Pro-Hospitales Universitarios Públicos.

(...)

ARTÍCULO 3o. Autorízase a las Asambleas Departamentales en cuyo territorio funcionen Hospitales Universitarios Públicos para que determinen las características, tarifas y todos los demás asuntos referentes al uso obligatorio de la estampilla en las actividades y operaciones que se deban realizar en los departamentos y municipios de los mismos.

(...)

ARTÍCULO 5o. Las obligaciones de adherir y anular las estampillas a que se refiere esta ley quedan a cargo de los funcionarios departamentales y municipales que intervengan en los actos.

*ARTÍCULO 6o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE¹²> El recaudo de esta estampilla se destinará **exclusivamente** para lo establecido en el artículo 2o. de la presente ley y la tarifa con que se graven los distintos actos, no podrán exceder del dos por ciento (2%) del valor de los hechos a gravar.*

ARTÍCULO 7o. Los recaudos por la venta de las estampillas estarán a cargo de las Secretarías de Hacienda Departamentales y las Tesorerías Municipales de acuerdo a las ordenanzas que los reglamenten y su control estará a cargo de las respectivas, Contralorías Departamentales.”

Así, de acuerdo con la ley que creó **la estampilla pro hospitales universitarios públicos**, este tributo se causa por la celebración **en el departamento o en los**

¹² C-227/02

municipios de este, de actos o contratos en los que intervengan funcionarios departamentales o municipales.

Vale la pena referirse a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2002 que declaró exequible la Ley 645 de 2001, excepto el vocablo "*exclusivamente*" contenido en el artículo 6º de esta Ley, que se declaró inexecutable. En ese pronunciamiento, al analizar el contenido de la normativa acusada, la Corte no advirtió dificultad alguna para determinar e individualizar el gravamen. Resaltó que además de fijar los elementos de la estampilla pro hospitales universitarios públicos, estableció la autoridad que ejerce el control de los recaudos por la venta de las estampillas (art. 7); fijó una suma máxima para la emisión de las estampillas y para mantener la coherencia y unidad de la hacienda pública (art. 8) y ordenó el envío al Gobierno Nacional de las providencias que expidan las asambleas departamentales en desarrollo de la ley (art. 4).

En cuanto a los elementos de la estampilla, en la misma sentencia indicó que: (i) el sujeto activo es el departamento, según se observa del artículo 7 de la Ley 645 de 2001, que señala que los recaudos por la venta de las estampillas están a cargo de las secretarías de hacienda departamentales; (ii) el hecho gravable son las actividades y operaciones que se deban realizar en los departamentos y municipios de los mismos y que impliquen la realización de actos en los cuales intervengan funcionarios departamentales y municipales, según se lee de los artículos 3, 5 y 6; (iii) el sujeto pasivo está relacionado con las actividades y operaciones señaladas como hecho gravable; (iv) la tarifa, no podrá exceder del dos por ciento (2%) del valor de los hechos a gravar, según el artículo 6º; y (v) la base gravable será el valor de los hechos a gravar, conforme con el artículo 6.

Precisó que *“por tratarse de un tributo del orden departamental, es admisible constitucionalmente que la ley que crea el tributo autorice a las asambleas departamentales para precisar algunos de los elementos a que hace referencia el artículo 338 de la Carta, lo cual corresponde a las condiciones que plantea la autonomía de las entidades territoriales y permite que, en aplicación de este principio y de acuerdo con sus propias especificidades y actividades económicas que allí se desarrollen, cada departamento pueda señalar los actos específicos que serán objeto de la estampilla.”*

Estampilla pro desarrollo departamental

La estampilla pro desarrollo departamental fue creada por el artículo 170 del Decreto Ley 1222 de 1986, *Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental, autorizó la creación de la estampilla pro desarrollo departamental.* La citada norma dispone lo siguiente:

“ARTICULO 170.-*Autorízase a las asambleas para ordenar la emisión de estampillas "pro desarrollo departamental", cuyo producido se destinará a la construcción de infraestructura educativa, sanitaria y deportiva.*

Las ordenanzas que dispongan cada emisión determinarán su monto que no podrá ser superior a la cuarta parte del correspondiente presupuesto departamental; la tarifa que no podrá exceder el dos por ciento (2%) del valor del documento o instrumento gravado, las exenciones a que hubiere lugar, las características de las estampillas; y todo lo demás que se considere necesario para garantizar su recaudo y adecuada inversión.”¹³

Según la norma transcrita, el legislador autorizó a las asambleas departamentales para crear la **estampilla pro desarrollo departamental** en su jurisdicción. A diferencia de la ley que creó la estampilla pro hospitales universitarios públicos (artículo 3 de la Ley 645 de 2001), el artículo 170 del Decreto 1222 de 1986 no autorizó a los departamentos para gravar con la estampilla prodesarrollo las operaciones realizadas en los municipios del departamento.

En consecuencia, de acuerdo con la norma que autorizó la creación de la estampilla pro desarrollo departamental, solo pueden gravarse con esta, las actividades y operaciones realizadas en el departamento, no las realizadas por los municipios ni las entidades municipales del departamento.

Estampilla pro bienestar del adulto mayor

La estampilla pro bienestar del adulto mayor fue creada por la Ley 48 de 1986 [modificada por las Leyes 687/01, 1276/09 y 1850/17]. Se hará referencia solo a la Ley 1276 de 2009, que era la vigente para la época en la que se expidió la Ordenanza acusada, en relación con la citada estampilla.

¹³ Este texto corresponde al artículo 32 de la Ley 3 de 1986, por la cual se expiden normas sobre administración departamental y se dictan otras disposiciones.

Los artículos 3 y 9 de la Ley 1276 de 2009, “A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”, disponen, en su orden, lo siguiente:

“Artículo 3°. Modifícase el artículo 1° de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así: Autorízase a las Asambleas departamentales y **a los concejos distritales y municipales para emitir una estampilla, la cual se llamará Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor**, como recurso de obligatorio recaudo para contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centros de Vida para la Tercera Edad, en cada una de sus respectivas entidades territoriales. El producto de dichos recursos se destinará, como mínimo, en un 70% para la financiación de los Centros Vida, de acuerdo con las definiciones de la presente ley; y el 30% restante, a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, sin perjuicio de los recursos adicionales que puedan gestionarse a través del sector privado y la cooperación internacional¹⁴.

(...)

Artículo 9°. Adopción. En el Acuerdo del Concejo municipal o distrital, en donde se establezca la creación de la estampilla, se adoptarán las definiciones de Centros Vida, anteriormente contempladas, estableciendo aquellos servicios que como mínimo, se garantizarán a la población objetivo, de acuerdo con los recursos a recaudar y el censo de beneficiarios.”

De las anteriores normas es fácil concluir que el legislador autorizó tanto a las asambleas departamentales como a los concejos distritales y municipales para la creación de la **estampilla pro bienestar del adulto mayor**. Por tanto, las asambleas y los concejos tienen la potestad de adoptarla o no en sus jurisdicciones y no es posible que las asambleas invadan la órbita municipal ni viceversa. De manera que la estampilla es aplicable a los actos o contratos celebrados por los municipios o sus entidades descentralizadas cuando es adoptada por el respectivo concejo y para los actos y contratos celebrados por el departamento y sus entidades descentralizadas, cuando la adopta la asamblea departamental.

Con base en el anterior análisis, la Sala concluye lo siguiente:

¹⁴ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-503 de 2014.

En la Ordenanza 77 de 2014, la Asamblea Departamental de Santander podía gravar con la **estampilla pro hospitales universitarios públicos**, los negocios realizados por los municipios y sus entidades descentralizadas porque la ley expresamente lo previó y tenía la autonomía para hacerlo. Por tanto, no es procedente la suspensión provisional de los efectos de las expresiones “*los municipios del Departamento de Santander, y sus entidades descentralizadas*” contenidas en el numeral 2 de los artículos 236 y 237 de la referida ordenanza.

La Asamblea Departamental de Santander no podía gravar con la estampilla prodesarrollo, los negocios realizados por los municipios y sus entidades descentralizadas del departamento puesto que no está autorizada por la ley para gravar tales operaciones. En consecuencia, deben suspenderse los efectos de las expresiones “*Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden [...] Municipal*” contenidas en el numeral 2 de los artículos 246 y 247 de la Ordenanza 77 de 2014.

Respecto a la **estampilla pro bienestar del adulto mayor**, en este caso la Asamblea Departamental de Santander no estaba facultada por la ley para gravar los actos y contratos celebrados por los municipios porque la competencia para gravar con esta estampilla es privativa de los concejos, quienes tienen la libertad de adoptar las estampillas y fijar su regulación conforme con la ley de creación.

A esta conclusión se llega porque la voluntad del legislador fue atribuirles, a las asambleas y concejos, competencia para gravar con la estampilla pro bienestar del adulto mayor las operaciones que se realicen **obviamente dentro de sus respectivas jurisdicciones**, de manera que tal imposición se haga en forma independiente y no concurrente, por lo que no es admisible que las asambleas graven los negocios celebrados por los municipios. Lo anterior, por cuanto, además de desconocer la autonomía tributaria de los últimos, podría existir doble imposición en caso de que los concejos municipales decidan también crear la estampilla en sus territorios.

La misma consideración se predica en relación con las **entidades descentralizadas del orden municipal**, cuyos negocios no pueden ser gravados con la estampilla departamental, ya que, de acuerdo con la ordenanza demandada, el sujeto activo de las estampillas departamentales es el

departamento y, como se precisó, la Ley 1276 de 2009 también autorizó a los municipios para adoptar en su jurisdicción la estampilla pro bienestar del adulto mayor¹⁵.

Se concluye que la Asamblea Departamental de Santander no debía extender la imposición de la estampilla pro bienestar del adulto mayor a los contratos celebrados por los municipios y las entidades descentralizadas municipales. Así pues, se extralimitó en sus funciones al gravar negocios del nivel municipal, porque esa es una competencia restrictiva de los respectivos concejos municipales.

Entonces en el caso en estudio, respecto de la estampilla pro bienestar del adulto mayor, es procedente la suspensión provisional de la expresión "*Municipal*" del numeral 1 del artículo 250 de la ordenanza demandada porque transgrede los artículos 150 [12], 287 [3] y 338 de la Constitución Política, pues desconoce la autonomía de los municipios. Debe precisarse que la estampilla pro bienestar del adulto mayor, a que se refiere el artículo 250 numeral 1 de la ordenanza demandada tampoco es aplicable a los negocios celebrados por las **entidades descentralizadas del orden municipal**.

En consecuencia, se modifica el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada para **negar** la suspensión provisional de los efectos de las expresiones demandadas: (i) "*de sus Municipios y de las Entidades descentralizadas*" del numeral 1 de los artículos 225 y 226 de la Ordenanza 77 de 2014, sobre la estampilla pro Universidad Industrial de Santander porque no están produciendo efectos y (ii) "*los municipios del Departamento de Santander, y sus entidades descentralizadas*", contenidas en el numeral 2 de los artículos 236 y 237 de la referida ordenanza.

Asimismo, se **decreta la suspensión provisional** de los efectos de las expresiones (i) "*Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden [...] Municipal*" contenidas en el numeral 2 de los artículos 246 y 247 de la Ordenanza 77 de 2014 y (ii) "*Municipal*" del numeral 1 del artículo 250 de la referida ordenanza, con la aclaración de que la estampilla pro bienestar del adulto

¹⁵ Ver sentencias de 12 de marzo de 2012, exp. 18744, ACTOR: ANDRES MAURICIO MEDINA SALAZAR, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Acción pública de nulidad contra el artículo 2° de la Ordenanza 024 de 30 de junio de 1994 (modificada por el artículo 1° de la Ordenanza 018 del 14 de octubre de 2004) expedida por la Asamblea del Departamento del Amazonas que se refería a la Estampilla Pro-Bienestar del Anciano.

mayor, a que se refiere dicha norma, tampoco es aplicable a los negocios celebrados por las entidades descentralizadas del orden municipal.

En lo demás, se confirma la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive del auto de 10 de marzo de 2016, dictado por el Tribunal Administrativo de Santander, en los siguientes términos:

PRIMERO: *SUSPENDER PROVISIONALMENTE* los efectos de las expresiones:

(i) *“Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden [...] Municipal”* contenidas en el numeral 2 de los artículos 246 y 247 de la Ordenanza 77 de 2014, expedida por la Asamblea Departamental de Santander y (ii) *“Municipal”* del numeral 1 del artículo 250 de la referida ordenanza, con la aclaración de que la estampilla pro bienestar del adulto mayor, a que se refiere dicha norma, tampoco es aplicable a los negocios celebrados por las entidades descentralizadas del orden municipal.

NEGAR la suspensión provisional de los efectos de las expresiones (i) *“de sus municipios y de las entidades descentralizadas”* del numeral 1 de los artículos 225 y 226 de la Ordenanza 77 de 2014, expedida y (ii) *“los municipios del Departamento de Santander, y sus entidades descentralizadas”* del numeral 2 de los artículos 236 y 237 de la misma ordenanza.

En lo demás, **CONFIRMAR** la providencia apelada.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

STELLA JEANETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

Presidente de la Sección

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Alcance del análisis del juez / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECRETA SUSPENSIÓN PROVISIONAL – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECRETA SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Límites del juez de segunda instancia

Si bien el artículo 231 del CPACA dispone que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realicé en escrito separado, en este caso particular, el examen del Tribunal se limitó a la violación al artículo 24. 1 de la Ley 142 de 1994, norma superior invocada como sustento para decretar la suspensión provisional y respecto a la cual se dirigió el recurso de apelación, razón por la que no procedía el análisis de las demás normas invocadas en la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01028-01(22804)

Actor: EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE SAN GIL-ACUASÁN EICE ESP Y EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE PIEDECUESTA- PIEDECUESTANA S.A. ESP

Demandado: DEPARTAMENTO DE SANTANDER

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa me aparto de la decisión mayoritaria, que modificó el numeral primero de la parte resolutive del auto de 10 de marzo de 2016, dictado por el Tribunal Administrativo de Santander, para suspender provisionalmente los efectos de las expresiones: (i) “*Administraciones Municipales, Entidades Descentralizadas del orden [...] Municipal*” contenidas en el numeral 2 de los artículos 246 y 247 de la Ordenanza 77 de 2014, expedida por la Asamblea Departamental de Santander y (ii) “*Municipal*” del numeral 1 del artículo 250 de la referida ordenanza.

Las razones que me llevan a disentir de la decisión mayoritaria son las siguientes:

El Tribunal Administrativo de Santander decretó como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos de los artículos 225 [1], 226 [1], 236 [2], 237 [2], 246 [2], 247 [2] y 250 [1] de la Ordenanza 77 de 23 de diciembre de 2014 de la Asamblea Departamental de Santander, en el entendido de que esa suspensión solo se predica respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios, quienes están exceptuadas del pago de la obligación tributaria, de conformidad con el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.

El departamento de Santander, interpuso recurso de apelación con el fin de que la medida sea revocada, pues consideró que no se reunieron los supuestos fácticos y jurídicos para decretarla.

La Sala dio prosperidad al recurso de apelación interpuesto por el departamento de Santander, porque advirtió que no existía infracción del artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.

No obstante la anterior, consideró que el estudio debía extenderse no solo al artículo 24. 1 de la Ley 142 de 1994, sino a las demás normas relacionadas en el concepto de violación de la demanda.

Si bien el artículo 231 del CPACA dispone que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, en este caso particular, el examen del Tribunal se limitó a la violación al artículo 24. 1 de la Ley 142 de 1994, norma superior invocada como sustento para decretar la suspensión provisional y respecto a la cual se dirigió el recurso de apelación,

razón por la que no procedía el análisis de las demás normas invocadas en la demanda.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Fecha ut supra