



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

ACCIÓN: SIMPLE NULIDAD

DEMANDANTE: METROGAS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.

DEMANDADA: MUNICIPIO DE OCAÑA

RADICADO: 540012331000200700215 01 (19827)

**ASUNTO: IMPUESTO POR LA OCUPACIÓN Y ROTURA DE VÍAS
 PÚBLICAS**

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 24 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. La sentencia dispuso:



“PRIMERO: Declarar la nulidad de unos apartes contenidos en el capítulo IX del Acuerdo 044 del 21 de septiembre de 1998, expedida por el Concejo Municipal de Ocaña – Norte Santander, así:

Del Título del Capítulo IX la siguiente frase: “impuesto de uso y excavación de vías públicas (...)”

Del artículo 165, el numeral 3º: “Explotación del uso del suelo y subsuelo en la zona urbana de la ciudad de Ocaña”.

Del artículo 166, el numeral 2º: “Uso de subsuelo en vías públicas y excavación de las mismas de que trata el artículo 233 del Decreto 1333 de 1986”

Del artículo 167, el numeral 3º: “Excavar o usar el suelo o subsuelo de una vía pública, también a las empresas de servicios públicos domiciliarios, ESP, que requieren usar servidumbre, franjas de suelo y subsuelo de las vías públicas, y por lo cual deben de excavarlas y ocuparlas”.

Del artículo 169, la palabra “excavación” contenida en el inciso 1 y el literal a) “por excavación y uso hasta de 5 mts lineales de largo por 0.50 mts lineal de ancho un 50% del salario mínimo mensual legal vigente y de 0.50 mts lineales un salario mínimo legal mensual legal; por excavación superiores se cobrarán proporcional al valor del metro lineal”.

Del artículo 173, el siguiente aparte del inciso 2º: “ En el caso que la excavación se halla (sic) producido sin la previa cancelación del impuesto y obtención del permiso, se efectuará la notificación y (sic) edicto al sujeto pasivo del impuesto y se procederá a fijar copia de dicha notificación en las fechas de la edificación que les sirve de domicilio”.

SEGUNDO: Devolver a la parte demandante el remanente de los dineros consignados para los gastos ordinarios del proceso.

TERCERO: Una vez en firme archívese”.

I. DEMANDA



METROGAS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., actuando en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., demandó la nulidad de los artículos 165 numeral 3, 166 numeral 2, 167 numeral 3, 168, 169 inciso 1 y literal a), y 173 del Acuerdo No. 44 de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Ocaña, en los apartes que se resaltan a continuación:

“ACUERDO No.044

POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO TRIBUTARIO PARA EL MUNICIPIO DE OCAÑA. El Honorable CONCEJO MUNICIPAL DE OCAÑA, Norte de Santander, en uso de sus atribuciones legales y en especial las que le confiere el artículo 313 de la Constitución Nacional y el artículo 32 de la ley 136 de 1994,

ACUERDA:

[...]

CAPITULO IX

IMPUESTO DE USO Y EXCAVACION DE VIAS PÚBLICAS Y LA OCUPACIÓN DE VIAS, EN PLAZAS PARQUES Y LUGARES PÚBLICOS.

ARTICULO 165º. HECHO GENERADOR: Lo constituye:



1. La ocupación transitoria de vías o lugares públicos por los particulares en el espacio público del parque principal, plaza de mercados.
2. Ocupación transitoria de vías públicas por los particulares con materiales de construcción, andamios, campamentos, escombros, en vías públicas.

3. Explotación del uso del suelo y subsuelo en la zona urbana de la ciudad de Ocaña.

PARÁGRAFO: Mientras no se culmine la Terminal de Transportes, el parque 29 de Mayo no se convertirá en franja azul.

ARTICULO 166º. ADOPCIÓN DEL IMPUESTO DE USO, OCUPACIÓN Y EXCAVACIÓN DE VÍAS PÚBLICAS: Adoptase como impuesto municipal el denominado:

1. “Uso de vías públicas para manejo de explotación del espacio público y a estacionamiento de vehículos en la vía pública” manejo de franja azul.

- 2. “Uso del subsuelo en vías públicas y excavación de las mismas” de que trata el artículo 233 del decreto 1333 del 1986.**

3. “Uso de vías públicas transitoriamente para materiales de construcción andamios, escombros etc. Sobre calzadas y andenes de las vías”.

ARTICULO 167º. SUJETO PASIVO: Son sujetos pasivos del impuesto los habitantes de la ciudad de Ocaña, propietarios de bienes inmuebles, propietarios de vehículos, o quien ocupe la vía o lugar público, que por cualquier circunstancia se vean obligados a:



1. Usar el espacio público para estacionarse.

2. Usar el espacio público para el manejo de materiales de construcción en calzadas y andenes de las vías.

- 3. Excavar o usar el suelo o el subsuelo de una vía pública, también a las empresas de servicios públicos domiciliarios, ESPD, que requieren usar como servidumbre, franjas de suelo y subsuelo de las vías públicas, y por lo cual deben de excavarlas y ocuparlas.**

ARTICULO 168°. BASE GRAVABLE: La base gravable para la ocupación del espacio público es el valor del número de metros cuadrados que se vayan a ocupar, multiplicado por el número de días de ocupación.

ARTICULO 169°. TARIFA DE IMPUESTO: Las tarifas por el PERMISO o LICENCIA de excavación u ocupación serán las siguientes:

a) Por excavación y uso de hasta de 5 mts lineales de largo por 0.50 mts lineal de ancho un 50% del salario mínimo mensual legal vigente y de 5 mts lineales a 10 mts lineales por 0.50 mts lineales un salario mínimo mensual legal; por excavaciones superiores se cobrará proporcional al valor del metro lineal.

b) Por el uso del suelo como franja para explotación del espacio público en los sitios que establezca la Administración Municipal, parques y mercados de la ciudad, subarrendado particulares, naturales o jurídicos. Las tarifas se aplicarán de acuerdo



a la licitación o concurso cuando corresponda. La tarifa para cargue y descargue es de \$5.000.00 para camiones superiores a tres (3) toneladas, que permanezcan más de una hora estacionados. El Alcalde Municipal reglamentará su administración.

c) El valor a cobrar por utilización de la vía en forma transitoria por fuerza mayor al no existir área privada para el manejo de materiales, escombros y otros. El propietario de la obra reconocerá al municipio el equivalente del 50% del valor del salario mínimo legal diario por cada m2 del área construida y día o fracción de día que dure la iniciación del espacio público.

[...]

ARTICULO 173º. LIQUIDACION DEL IMPUESTO: El impuesto se aplicará a la vía urbana actual pavimentada y sin pavimentar que forme parte o no de los sistemas viales estratégicos establecidos por el plan vial. Y una vez liquidado su valor se deberá cancelar por el contribuyente para que obtenga los permisos previos de uso del suelo ante la Oficina de Planeación y la Dirección de Tránsito.

En el caso que la excavación se halla (sic) producido sin la previa cancelación del impuesto y obtención del permiso, se efectuará la notificación y edicto al sujeto pasivo del impuesto y se procederá a fijar copia de dicha notificación en la fachada de la edificación que le sirve de domicilio. También se procederá con el registro ante la oficina de registros de instrumentos públicos y demás procedimientos establecidos en el proceso de jurisdicción coactiva el cobro de impuestos. Para el cobro y recaudo del presente impuesto se establece el procedimiento de jurisdicción coactiva”.



Estimó la demandante como violados los artículos 13, 150-12, 313-4, y 338 de la Constitución Política, 1 literal j) de la Ley 97 de 1913, 1 de la Ley 84 de 1915, 233 del Decreto Ley 1333 de 1986 y, 186 de la Ley 142 de 1994, 20 del Decreto 1504 de 1998, 16 del Decreto 1056 de 1953, 1 del Decreto 850 de 1965, y 27 de la Ley 141 de 1994, y el Decreto 796 de 1999.

En desarrollo del concepto de la violación formuló en resumen estos cargos:

El impuesto por ocupación de vías no se encuentra vigente.

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.

El impuesto por el uso del subsuelo en la vías públicas y por excavaciones en las mismas fue autorizado por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 y, recopilado en el Código de Régimen Municipal, Decreto Ley 1333 de 1986, artículo 233, literal c). Sin embargo, el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 derogó de forma expresa el literal c) del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986.



Si bien, con posterioridad a la derogatoria del impuesto, el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, que reglamentó el manejo del espacio público en los Planes de Ordenamiento Territorial, autorizó a los municipios para cobrar a las ESPD tarifas por el uso del suelo, con esta disposición el Gobierno Nacional excedió su facultad reglamentaria por cuanto las leyes que desarrollaba no establecieron dicha facultad.

En todo caso, esa normativa no puede servir de fundamento para establecer el tributo, en tanto fue modificada por el Decreto 796 de 1999, que no contempló el cobro de esas tarifas.

En el caso del servicio público domiciliario de gas por red, el impuesto del uso del subsuelo, suelo y excavaciones de vías públicas infringe las normas de carácter superior – artículos 16 del Decreto 1056 de 1953, 1 del Decreto 850 de 1965 y 27 de la Ley 141 de 1994- que prohíben a los concejos municipales gravar la actividad referida a la distribución y comercialización de gas natural.

Por las razones expuestas, el Concejo Municipal de Ocaña no tiene competencia para establecer el tributo en las normas demandadas.

II. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LAS NORMAS DEMANDADAS



El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del 21 de febrero de 2008, declaró la suspensión provisional de las normas demandadas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Las disposiciones acusadas establecieron el impuesto “de uso del subsuelo en vías públicas y excavación de las mismas” con fundamento en el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986, no obstante que esa norma había sido derogada por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994. Por tanto, procede la solicitud de suspensión provisional.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de Ocaña se opuso a las pretensiones de la parte accionante, con los siguientes argumentos:

El concejo municipal de Ocaña tiene facultades constitucionales y legales para establecer y regular los asuntos tributarios en su jurisdicción municipal.

Las normas demandadas se adoptaron respetando el principio de legalidad, en consideración a que fueron sometidas a los debates reglamentarios para su aprobación.



IV. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL DECRETO REGLAMENTARIO DEL COBRO DE TARIFAS POR LAS LICENCIAS DE INTERVENCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

Encontrándose el proceso al despacho para fallo, **la parte demandante** solicitó *la suspensión automática* del artículo 1.5.¹ del Decreto 0307 del 28 de diciembre de 2009, expedido por el Alcalde Municipal de Ocaña, que reglamentó los cobros de tarifas para la expedición de la licencia de intervención y ocupación del espacio público, con fundamento en los siguientes argumentos²:

El artículo 158 del C.C.A. establece que cuando en un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma corporación o funcionario lo reprodujere, puede solicitarse la suspensión provisional del nuevo acto.

¹ Artículo 3. Regláméntese el cobro de tarifas relacionadas a la expedición de licencias urbanísticas y en general frente a las intervenciones urbanísticas en el Municipio de Ocaña de la siguiente manera:

1. Licencia Urbanística. [...]

1.5. Licencia de intervención y ocupación del espacio público. La tarifa aplicable por la autoridad municipal a través de la Secretaría de Planeación para la expedición de la **licencia de intervención y ocupación del espacio público** en el Municipio de Ocaña se determinará de acuerdo al **estado del predio o inmueble sometido a intervención**, de la siguiente manera: **la resultante de multiplicar el metro cuadrado del área construida por el 0.2.% del salario mínimo legal diario vigente.**

[...].

² Fls 236-242 c.p.



Con el artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009, el alcalde municipal reprodujo el impuesto de uso y excavación de vías públicas, autorizado en las normas demandadas y que fueron suspendidas provisionalmente en este proceso. Por tanto, debe decretarse su suspensión provisional.

El Tribunal, mediante providencia del 31 de marzo de 2011, decretó la suspensión provisional del artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009, “únicamente respecto del uso que se hiciera del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas”, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009, que dispone la exigencia de licencias urbanísticas y la tarifa aplicable para su expedición, en esencia, establece un gravamen sobre las actividades relacionadas con el uso del espacio público.

Si bien la autoridad que dictó el nuevo acto -el alcalde municipal- no es la misma que expidió el acto suspendido- el concejo municipal-, ésta actuó en ejercicio de las facultades concedidas por la corporación popular.

En ese entendido, el artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009 es una reproducción de las normas suspendidas que impusieron el gravamen sobre el uso y excavación de vías públicas y, por ende, también debe suspenderse provisionalmente.



V. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del 24 de noviembre de 2011, declaró la nulidad de los apartes demandados del Capítulo IX “impuesto de uso y excavación de vías públicas” y de los artículos 165 numeral 3, 166 numeral 2, 167 numeral 3, 169 inciso 1 “palabra excavación” y literal a) y 173 inciso 2 del Acuerdo No. 44 de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Ocaña, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En materia impositiva, los concejos municipales y demás entidades territoriales deben sujetarse a las prescripciones de la Constitución Política y la ley. Por tal razón, no es posible establecer tributos sin la existencia de ley previa que cree o autorice su establecimiento.

En el caso del impuesto de rotura de vías y espacio público, los municipios no cuentan con autorización legal para imponerlo, en tanto la norma en que se sustentaba, literal c) del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986, fue derogado expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, sin que un precepto legal posterior lo haya establecido.

Es por esto que el tributo establecido en las normas demandadas no tiene sustento legal.

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN



La parte demandada apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

En desarrollo del principio de autonomía de las entidades territoriales, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto Ley 1333 de 1986, autorizó a los municipios para que crearan el impuesto sobre el uso y ocupación de vías.

En ejercicio de dicha atribución, el Concejo Municipal de Ocaña expidió el Acuerdo No. 44 de 1998 para establecer el impuesto denominado “impuesto al uso del subsuelo y excavaciones de las vías públicas”.

Desconocerle esa atribución al municipio, sería ir en contravía de la autonomía territorial establecida en el artículo 287 de la Constitución Política.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

El Municipio de Ocaña no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público rindió concepto en los siguientes términos:



Las normas demandadas corresponden al impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, autorizado en la Ley 97 de 1913, y recopilado en el literal c) del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986, que fue derogado expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

Por tal motivo, los artículos 165, 166, 167, 169 y 173 del Acuerdo No. 044 de 1998, en lo que tiene que ver con el impuesto de uso del subsuelo de vías públicas y excavación de las mismas, son violatorios del principio de legalidad, por cuanto a la fecha de expedición de dichas normas no existía el fundamento legal que autorizara al concejo la creación de dicho impuesto.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 24 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró la nulidad de los apartes demandados del Capítulo IX “impuesto de uso y excavación de vías públicas” y, de los artículos 165 numeral 3, 166 numeral 2, 167 numeral 3, 169 inciso 1 la palabra “excavación” y el literal a) y 173 inciso 2 del Acuerdo No. 44 de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Ocaña.

1. CUESTIÓN PREVIA. REPRODUCCIÓN DE LAS NORMAS DEMANDADAS.



1.1. En atención a la solicitud presentada por la parte demandante y con fundamento en el inciso 3 del artículo 158 del C.C.A., el Tribunal declaró la suspensión provisional del artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009, por considerar que reproducía las normas demandadas, cuyos efectos jurídicos fueron suspendidos provisionalmente en este proceso.

1.2. En cuanto a la suspensión por reproducción de acto administrativo suspendido, el artículo 158 del C.C.A. establece que si está pendiente por resolver un proceso en el que se hubiere suspendido provisionalmente un acto administrativo y la misma corporación o funcionario lo reprodujere, bastará que se solicite la suspensión ante el juez que conoce del proceso y que se aporte copia del nuevo acto reproducido.

Se trata de una figura que admite que, en el trámite de un proceso judicial, se suspendan provisionalmente los efectos de los actos que reproducen actos suspendidos previamente por el juez administrativo.

De ahí que la norma citada permita que no se presente una nueva demanda, sino que basta que se acompañe copia del acto administrativo reproducido para que el juez verifique la reproducción del acto suspendido provisionalmente.

Esta solicitud debe decidirse inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, como en efecto lo hizo el Tribunal y, en la sentencia definitiva



corresponde resolver si se declara o no la nulidad de estos actos – el anulado y el que lo reproduce-.

1.3. Análisis que procede a realizar la Sala, al considerar que se cumplen los requisitos de reproducción del acto suspendido, esto es, i) que conserve en esencia las mismas disposiciones suspendidas y ii) que sea expedido por el mismo funcionario.

1.3.1. El artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009 reproduce el impuesto por el uso y excavación del suelo establecido en las normas demandadas, en tanto establece una tarifa por la expedición de las licencias de intervención y ocupación del espacio público³.

Para que se presente la reproducción de acto suspendido no se requiere que el contenido de los actos sea idéntico, sino que las normas surtan los mismos efectos, que en este caso, se concretan en el cobro de un tributo por el uso y excavación de vías públicas, hecho que fue el fundamento para declarar la

³ Artículo 3. Reglaméntese el cobro de tarifas relacionadas a la expedición de licencias urbanísticas y en general frente a las intervenciones urbanísticas en el Municipio de Ocaña de la siguiente manera:

1. Licencia Urbanística. [...]

1.5. Licencia de intervención y ocupación del espacio público. La tarifa aplicable por la autoridad municipal a través de la Secretaría de Planeación para la expedición de la **licencia de intervención y ocupación del espacio público** en el Municipio de Ocaña se determinará de acuerdo al **estado del predio o inmueble sometido a intervención**, de la siguiente manera: **la resultante de multiplicar el metro cuadrado del área construida por el 0.2.% del salario mínimo legal diario vigente.**

suspensión provisional de las normas demandadas, en tanto el Tribunal consideró que esa clase de gravamen no tenía sustento legal.

1.3.2. En cuanto al segundo requisito, se advierte que si bien el funcionario que expidió el acto nuevo – el alcalde municipal- no es el mismo que profirió las normas demandadas – el concejo municipal-, lo cierto es que ambas autoridades pertenecen a la misma entidad territorial –el municipio de Ocaña.

A lo que hay que sumar, que el alcalde expidió el “acto nuevo” en ejercicio de las facultades que le fueron concedidas por el concejo municipal.

Adicionalmente, debe advertirse que el Alcalde Municipal de Ocaña fue notificado de la suspensión provisional de las normas demandadas el 10 de marzo de 2008⁴, esto es, antes de que profiriera el Decreto 0307 de 2009. Por tanto, no debió expedir una norma cuyo contenido reproducía unas disposiciones suspendidas por la jurisdicción contencioso administrativa.

1.4. Por las razones expuestas, se estudiará la nulidad del citado artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009 en conjunto con las disposiciones acusadas.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

2.1. Corresponde a la Sala establecer:

⁴ FI 190 c.p.



(i) Si el Concejo Municipal de Ocaña tenía competencia para establecer en las normas demandadas “el impuesto de uso y excavaciones de vías públicas”,

ii) Si el Alcalde Municipal de Ocaña, en el artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009, estaba facultado para establecer tarifas para la expedición y ocupación del espacio público.

3. PRECISIÓN PREVIA. SOBRE EL ESPACIO PÚBLICO.

3.1. El artículo 24 de la Constitución Política consagra el derecho que tiene todo colombiano de circular libremente por el territorio nacional, con las limitaciones que establece la ley.

En concordancia con lo anterior, el artículo 82 *ibídem*, estableció que el Estado debe velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés general.

Esa destinación especial les dio el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables⁵.

⁵ Artículo 63 de la Constitución Política.



En el ámbito territorial, le otorgó facultades a los municipios, para que mediante los concejos municipales, reglamentara los usos del suelo dentro de su jurisdicción⁶.

Con fundamento en lo dispuesto en las normas constitucionales, el artículo 674 del Código Civil estableció que son bienes de uso público “aquellos cuyo “uso” pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles [...]”.

Y, el artículo 5 de la Ley 9 de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, definió el espacio público como *“el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”*.

También, en esa normativa se le concedió a los municipios facultades para que administraran el espacio público⁷.

3.2. De las normas anteriormente citadas se infiere la obligación prioritaria de los municipios y distritos de construir, mantener y proteger el espacio público

⁶ Artículo 313, numeral 7, de la Constitución Política.

⁷ Artículo 7 de la Ley 9 de 1989.



para su adecuado uso y disfrute en condiciones de seguridad y tranquilidad por todas las personas.

3.3. Ese deber de velar por la destinación al uso común de los bienes integrantes del espacio público no impone: i) que necesariamente el uso de dichos bienes sea gratuito, ii) que la ley no pueda establecer el tributo por el uso de los mismos.

3.4. Pero, en todo caso, la ley debe ser la que le otorgue facultades a los municipios para cobrar un tributo por el uso del espacio público.

La Sala, en reiteradas oportunidades, ha señalado que la facultad impositiva de las asambleas departamentales y de los concejos municipales y distritales no es originaria como la del Congreso Nacional, sino derivada, esto es, *las entidades territoriales solo pueden administrar tributos previstos o creados previamente por la ley.*

Por tanto, se requiere de una ley previa que cree el tributo para que los municipios se encuentren facultados para establecer el gravamen en sus respectivas jurisdicciones.

4. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL IMPUESTO POR LA OCUPACIÓN Y ROTURA DE VÍAS PÚBLICAS.



4.1. El artículo 1, literal j), de la Ley 97 de 1913 y el artículo 1 de la Ley 84 de 1915 autorizaron a los municipios para establecer el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas.

Posteriormente, esa autorización legal fue compilada en el Código de Régimen Municipal, Decreto Ley 1333 de 1986, artículo 233, literal c)⁸.

La anterior norma fue derogada expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, al expresar: "Deróganse, en particular, [...] el literal "c" del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986".

4.2. Así entonces, tal como se aprecia en la anterior secuencia legislativa, el impuesto por el uso del subsuelo y excavación de vías no se encuentra vigente desde el año 1994.

4.3. A esa misma conclusión llegó la Corte Constitucional, en la sentencia C-1043 de 2003, en la que verificó la vigencia del citado impuesto. En esa providencia se concluyó "*Los municipios del país no pueden cobrar el impuesto de uso del*

⁸ La Corte Constitucional, en la sentencia C-221 de 1997, precisó que quedan subrogadas aquellas normas legales que fueron incorporadas al Decreto 1333 de 1986 y que hacían parte de leyes que regulan materias propias del régimen municipal, como es el caso del literal j) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913.



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

5. VIGENCIA DEL TRIBUTO CON FUNDAMENTO EN NORMAS URBANÍSTICAS.

5.1. Sobre la vigencia del tributo por la ocupación y roturas de vías, la Sala⁹ ha señalado que las normas de ordenamiento y planeación territorial referida al espacio público- Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997-, son el fundamento del derecho por rotura, fraccionamiento, rompimiento o afectación de vías públicas, por cuanto ese gravamen está vinculado a la función administrativa de planeación urbana y ordenamiento territorial de los municipios.

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

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

⁹ Sentencias del 11 de octubre de 2012, expediente No. 17749, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas, y expedientes Nos. 17753 y 17731, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, respectivamente.



el uso de espacios públicos, es más frecuente el uso de la expresión *derecho*¹⁰.

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

Pero de todas formas, por tratarse de un tributo, su creación depende de la ley, pues de conformidad con los artículos 287-3 y 338 constitucionales, esta es competencia propia del legislador y derivada de las corporaciones locales.

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

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

En el artículo 7 *ibídem*, se otorgó facultades a los municipios para que: i) crearan entidades que administraran, desarrollaran y apoyaran financieramente el espacio

¹⁰ BULIT, GOÑI, Enrique, Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios en honor de Andrea Amatucci, Tributos vinculados: tasas y contribuciones, Editorial TEMIS, 2011, Página 419.



público o, ii) contrataran con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del mismo.

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

- Adoptar políticas a largo plazo para la ocupación, aprovechamiento y manejo del suelo, la localización y dimensionamiento de la infraestructura para el sistema vial.

-Definir procedimientos e instrumentos de gestión y actuación urbanística requeridos para la administración y ejecución de las políticas y decisiones adoptadas, incluida la adopción de los instrumentos para financiar el desarrollo urbano, tales como la participación municipal en la plusvalía.

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

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



En el artículo 20 de esta normativa se previó que *cuando para la provisión de servicios públicos se utilice el espacio aéreo o el subsuelo de inmuebles o áreas pertenecientes al espacio público, el municipio titular de los mismos podrá establecer mecanismos para la expedición del permiso o licencia de ocupación y utilización del espacio público y para el cobro de tarifas.*

Sobre el particular el Consejo de Estado¹¹ ha indicado que:

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

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

Al respecto, la Sala observa que, en principio, le asistiría razón a la accionante, por cuanto en realidad, los apartes acusados de **los artículos 20 y 23 del decreto 1504 de 1.998, no estarían haciendo otra cosa que**

¹¹ Sentencias del 10 de junio de 1999 expediente No. 5029 y del 7 de octubre de 1999, expediente No. 5487.



creando implícitamente un tributo, en tanto autorizan a los municipios para establecer mecanismos para el cobro de tarifas, por los conceptos de que se habla en tales artículos, y ya se indicó cómo el cobro de una tarifa supone necesariamente la existencia de un tributo”.

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

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

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



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

Con todo, debe señalarse que el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 fue derogado por el artículo 1 del Decreto 796 de 1999, el cual no previó la referida facultad¹².

Luego, el Decreto 796 de 1999 fue derogado por el Decreto 1600 de 2005¹³, que a su vez, fue derogado por el Decreto 564 de 2006¹⁴.

¹² El Decreto 796 de 1999 modificó el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 20- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 142 de 1994, cuando para la provisión de servicios públicos se utilice el espacio aéreo o el subsuelo de inmuebles o áreas pertenecientes al espacio público, el municipio o distrito titular de los mismos podrá establecer mecanismos para la expedición del permiso o licencia de ocupación y utilización del espacio público. Dichos permisos o licencias serán expedidos por la Oficina de Planeación Municipal o Distrital o la autoridad municipal o distrital que cumpla sus funciones”.

¹³ **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.

¹⁴ **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.**



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

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

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 municipio¹⁵.

¹⁵ **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



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

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.



subterránea de las vías. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

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

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.

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

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



puede ser de carácter indeterminado o ambiguo, ya que ello sería tanto como delegarle *in genere* a la respectiva entidad territorial el poder impositivo, que en el marco de la ley quiso el constituyente reservarle con exclusividad al Congreso de la República.

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

Sobre el particular, la Corte Constitucional precisó:

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



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

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

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

5.9. Por las anteriores razones, la Sala confirmará la nulidad de los apartes demandados del Capítulo IX “impuesto de uso y excavación de vías públicas” y, de los artículos 165 numeral 3, 166 numeral 2, 167 numeral 3, 169 inciso 1 la palabra “excavación” y el literal a) y 173 inciso 2 del Acuerdo No. 44 de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Ocaña.



Y, se adicionará la sentencia apelada en el sentido de declarar la nulidad del artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009.

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

1. ADICIÓNASE el numeral primero de la sentencia apelada en los siguientes términos:

“Del artículo 1.5. del Decreto 0307 de 2009”

2. En lo demás **CONFÍRMASE** la sentencia del 24 de noviembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

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



Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Salvo el voto

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

