CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO (E)

Bogotá D.C. cuatro (4) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número:	**85001-23-31-000-2011-00099-01**
No. Interno:	**19694**
Actor:	**GASES DEL CUSIANA S.A. CUSIANAGAS S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – CUSIANAGAS S.A. E.S.P.**
Demandado:	**MUNICIPIO DE YOPAL**

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Yopal contra la sentencia del 7 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, cuya parte resolutiva dispuso:

"1° DECLARAR LA NULIDAD del artículo 2° del Acuerdo 003 de 2006, expedido por el Concejo Municipal de Yopal, por medio del cual se modificó el artículo 246 del Código de Rentas Municipales, pero solo del siguiente aparte (identificado en letra cursiva y negrillas):

"ARTÍCULO SEGUNDO: Modifíquese el acuerdo 246 del Código de Rentas del Municipio de Yopal (Acuerdo 013 de 2004), el cual quedará así:

"ARTICULO 246: EXCAVACIÓN DE ESPACIO PÚBLICO: Toda persona natural o jurídica, pública o privada que requiera excavar en el espacio público para construcción, reconstrucción, ampliación o mantenimiento de redes subterráneas de infraestructura de servicios públicos domiciliarios, estará obligada a cancelar una tarifa la cual se establece en salarios mínimos diarios vigentes aplicable por metro cuadrado.

1. SECTOR CENTRAL Y COMERCIAL:

CONCEPTO	***S.M.D.L.V.***
Vía pavimento rígido	***2.0***
Vía pavimento flexible	***1.9***
Vía pavimento adoquinado y otro	***1.3***
Vía sin pavimentar	***1.1***

2. SECTOR RESIDENCIAL:

CONCEPTO	***S.M.D.L.V.***
Vía pavimento rígido	***1.5***
Vía pavimento flexible	***1.3***
Vía pavimento adoquinado y otro	***1.2***
Vía sin pavimentar	***1.0***

2º. DENEGAR las pretensiones de la demanda en lo restante.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de simple nulidad, el demandante formuló las siguientes pretensiones:

"Se demanda la nulidad del Artículo Segundo del Acuerdo No. 003 de Febrero 28 de 2006 que modificó el artículo 246 del CÓDIGO DE RENTAS DEL MUNICIPIO DE YOPAL (Acuerdo No. 013 de 2004)".

1.2. NORMAS VIOLADAS

El demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 4, 287, 313 [4], 338 y 363.
- Ley 136 de 1994: artículo 32 [7]
- Ley 142 de 1994: artículos 24.1 y 25
- Decreto 1469 de 2010: artículo 12, parágrafo 1.

1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- **Incompetencia de la autoridad territorial para la fijación del tributo.**

El demandante precisó que no existe norma que autorice el gravamen denominado excavación de espacio público, ni norma expedida por el Congreso que determine como hecho gravado la excavación del espacio público.

Adujo que no es posible la creación del tributo señalado en el artículo 246 del Estatuto Tributario Municipal, modificado por el artículo segundo del Acuerdo No. 003 de 2006.

Señaló que el Municipio de Yopal no contó con autorización legal para la creación del tributo. Que así lo demuestra el Acuerdo 003 de 2006, pues las normas citadas como fundamento (artículos 313 numeral 4, 317 y 362 de la Constitución Política y legales, en especial la conferida por los numerales 7 y 10 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994) ninguna refiere tal autorización.

- **No existe facultad de los municipios para establecer tributos por excavación del espacio público**.

Precisó que desde el año 1994 las entidades territoriales no tienen autorización para establecer el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, por las siguientes razones:

Que el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986 concedió autorización especial a los concejos municipales para crear libremente el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas.

Además, que el literal c) del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986[1] fue derogado en forma expresa por el artículo 186 de la Ley 142 de julio 11 de 1994.

En consecuencia, señaló que el Estatuto General de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994), derogó en forma expresa la autorización de creación del impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, que se había concedido a los municipios colombianos.

---

[1] "Artículo 233. Los Concejos Municipales y el Distrito Especial de Bogotá, pueden crear los siguientes impuestos, organizar su cobro y darles el destino que juzguen más conveniente para atender a los servicios municipales:
c) Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas.

Por otra parte, anotó que la licencia de intervención del espacio público, se encuentra expresamente regulada en el Decreto 1469 de 2010, y no prevé el pago de tarifa, por lo que no es viable que el Municipio de Yopal imponga el pago previo de un tributo para el trámite de una licencia que no existe en el ordenamiento jurídico.

1.4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de Yopal contestó la demanda en los siguientes términos:

Señaló que la Ley 388 de 1997 y el Decreto 1469 de 2010 prevén que es procedente el trámite de la licencia de intervención o excavación en el espacio público.

Que el numeral 2 del literal b)[2] del artículo 13 del Decreto 1469 de 2010 exceptúa de la obligación de solicitar la licencia de intervención de espacio público, únicamente a quien vaya a realizar obras que deban adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias, cuando la demora en su reparación pueda generar daños en bienes o personas, lo que sugiere que la licencia de excavación tiene sustento y está vigente.

[2] 2. Licencia de intervención del espacio público. Por medio de esta licencia se autoriza la intervención del espacio público para:
b) La utilización del espacio aéreo o del subsuelo para generar elementos de enlace urbano entre inmuebles privados, o entre inmuebles privados y elementos de espacio público, tales como: puentes peatonales o pasos subterráneos.
La autorización deberá obedecer a un estudio de factibilidad técnica e impacto urbano, así como de la coherencia de las obras propuestas con el Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen o complementen.

Además que si bien el artículo 233 del Decreto Ley 1333 fue derogado por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, las normas posteriores como lo son la Ley 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios autorizan la exigencia de la licencia de excavación o intervención.

Por otra parte anotó que la exigencia de la licencia de excavación, además de ser obligatoria, dada su naturaleza preventiva, se convierte en una herramienta importante para el desarrollo urbano dentro del marco de la planeación y el ordenamiento.

En cuanto a la legalidad de la tarifa, señaló que el artículo 246 del Estatuto de Rentas obedece a lo señalado en los artículos 287, 313 y 338 de la Constitución Política, según los cuales las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los tributos.

1.5. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Casanare declaró la nulidad parcial de la norma acusada.

Los fundamentos de la decisión se resumen así:

El literal c) del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986 autorizó a los municipios para cobrar un impuesto por dos actividades parecidas, en cuanto son formas de intervención de un bien público, como lo es el subsuelo, a saber: i) excavarlo para cualquier propósito y ii) utilizarlo, lo que supone una

afectación de relativa continuidad en el tiempo.

Ese impuesto está derogado por expreso mandato del artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

Por otra parte, según el artículo 338 de la Constitución Política, el sistema y el método para definir los costos y beneficios y la forma de hacer su reparto deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Ninguno de los preceptos que ofreció la Administración como supuesta habilitación legal para cobrar la tasa contiene “el sistema y el método para definir tales costos y beneficios”, entendida dicha referencia a aquellas y la forma de hacer el reparto, a las contribuciones; nótese que el citado aparte del artículo 338 de la Constitución Política tiene que armonizarse con el numeral 4 del artículo 313 ib, en el que se encuentra el límite a la autonomía de los entes territoriales para establecer cualquier tipo de tributos, todos ellos, con sujeción a una ley de habilitación que se echa de menos en el caso concreto.

1.6. EL RECURSO DE APELACIÓN

El Municipio de Yopal recurrió la sentencia del Tribunal. Los argumentos de apelación se resumen así:

La Ley 388 de 1997 y el Decreto 1469 de 2010 prevén que es procedente y por demás necesario el trámite de la licencia de intervención o excavación en el espacio público.

El literal b) del numeral 2 del artículo 13 del Decreto 1469 de 2010 exceptúa de la obligación de solicitar la licencia de intervención de espacio público, únicamente a quien realice obras que deban adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias cuando la demora en su reparación pudiera ocasionar daños en bienes o personas, lo que sugiere que la licencia de excavación tiene sustento y está vigente.

La Ley 810 de 2003, que modificó los artículos 103 y 104 de la Ley 388 de 1997, en materia de sanciones urbanísticas, decretó, respecto de la intervención u ocupación con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones de los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público, o en áreas que formen parte del espacio público y que no tengan el carácter de bienes de uso público, sin contar con la debida licencia o contraviniéndola, multas sucesivas que oscilarán entre doce (12) y veinticinco (25) salarios diarios vigentes por metro cuadrado de intervención u ocupación, sin que en ningún caso la multa supere los 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986 fue derogado en forma expresa por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, normas especiales posteriores como la Ley 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios autorizaron la exigencia de la licencia de excavación o intervención.

Si bien la licencia no se denominó de “intervención” como lo señalan las referidas normas, sino que la norma demandada la tituló como “licencia de excavación”, lo cierto es que en derecho las figuras no son por el nombre que se les ponga, sino por su esencia, y analizado el caso concreto resulta que el permiso de que trata el artículo 246 del Código de Rentas no hace más que desarrollar normas de superior jerarquía como las anteriores, es decir, que las palabras “excavar” o “intervenir” para estos efectos resultan ser sinónimas.

En cuanto a la legalidad de la tarifa señaló que el artículo 246 del Estatuto de Rentas obedece a lo señalado en los artículos 287, 313 y 338 de la Constitución Política, según los cuales, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los tributos.

Es clara la facultad que tiene el concejo municipal para establecer tributos como el cuestionado por la actora, en virtud de la autonomía fiscal y la descentralización administrativa, razón por la que no es viable declarar la nulidad alegada por la actora.

1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

El **Municipio de Yopal** no intervino en esta etapa procesal.

1.8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Yopal contra la sentencia del 7 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, que declaró la nulidad parcial del artículo 2 del Acuerdo 003 de 2006, proferido por el Concejo Municipal de Yopal.

La Sala decide confirmar la sentencia apelada y, para el efecto, reitera lo dicho en sentencias proferidas el 25 de febrero de 2016[3]:

El artículo 1º de la Ley 97 de 1913 dispuso lo siguiente:

> ***LEY 97 DE 1913***
>
> ***ARTÍCULO 1.*** *El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental: (…)*
>
> ***j) Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas, y por excavaciones en las mismas.***
> *(…) (Negrilla fuera de texto)*

La autorización mencionada otorgada al Concejo Municipal de Bogotá, para organizar el cobro del *"Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas,*

[3] Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencias del 25 de febrero de 2016, exp. 20417 y 19827 C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

y por excavaciones en las mismas", fue extendida a los demás concejos municipales a través del artículo 1° la Ley 84 de 1915[4].

El literal j) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913 fue recopilado en el Código de Régimen Municipal contenido en el Decreto Ley 1333 de 1986, en el artículo 233, literal c), así:

> *"Los Concejos Municipales y el Distrito Especial de Bogotá, pueden crear los siguientes impuestos, organizar su cobro y darles el destino que juzguen más conveniente para atender a los servicios municipales:*
> *(…)*
> ***c. Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas.*** *(Negrilla fuera de texto)*

Observa la Sala que 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) [5].

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] Ley 84 de 1915. ARTÍCULO 1**.** Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4 de 1913. a). Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1 de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales los hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones.

[5] 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.

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.

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 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".*

Así las cosas, al derogarse el literal c) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1996 (que recopilaba el literal j) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913), que permitía a los órganos de representación popular de los municipios establecer impuestos por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, sin que ningún precepto legal posterior lo haya establecido nuevamente, el Concejo Municipal de Yopal no contaba con norma legal que le permitiera establecer en su ámbito territorial, el tributo cuestionado.

En consecuencia, con fundamento en los numerales 4 y 10 del artículo 313 de la Constitución Política y el numeral 7 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994 el Municipio de Yopal no podía crear el tributo por excavación en el espacio público, por cuanto no existe autorización legal para el efecto.

De otra parte, si bien es cierto que el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998 permitía al municipio o al distrito el cobro de tarifas a las empresas de servicios públicos que utilizaran áreas pertenecientes al espacio público, no lo es menos, que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 796 de mayo 6 de 1999, en cuyo texto no contempló esa prerrogativa, norma que en todo caso fue derogada por el artículo 78 del Decreto 1600 de 2005.

En cuanto al argumento según el cual, si bien es cierto que el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986 fue derogado en forma expresa por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, normas especiales posteriores como la Ley 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios autorizaron el cobro de la tarifa por excavación de espacio público, observa la Sala lo siguiente:

Por medio de la Ley 388 de 1997 se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

Según el artículo 1º de la Ley 388 de 1997 los objetivos de la ley son los siguientes:

> ***Artículo 1º.-*** *Objetivos. La presente Ley tiene por objetivos:*
>
> *1. Armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental.*
>
> *2. El establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes.*
>
> *3. Garantizar que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos*

domiciliarios, y velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres.

4. Promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado el ordenamiento del territorio, para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

5. Facilitar la ejecución de actuaciones urbanas integrales, en las cuales confluyan en forma coordinada la iniciativa, la organización y la gestión municipales con la política urbana nacional, así como con los esfuerzos y recursos de las entidades encargadas del desarrollo de dicha política.

Observa la Sala que contrario a lo afirmado por el municipio demandado, la Ley 388 de 1997 reguló asuntos relativos al ordenamiento territorial municipal, la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres, etc, asuntos diferentes a los tributarios requeridos en el caso concreto.

Por todo lo anterior, al desaparecer del ámbito legislativo las normas que permitían cobrar el impuesto por la rotura de vías, plazas o lugares de uso público, la disposición impugnada [artículo 2 del Acuerdo 003 de 2006] carece de base legal que lo respalde, razón por la cual la Sala confirmará lo decidido en la sentencia de primer grado que ordenó su anulación.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

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

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

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidente

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ