

**IMPUESTO POR EL USO DEL SUBSUELO Y POR EXCAVACIONES EN LAS VÍAS PÚBLICAS – Antecedentes y desarrollo normativo / IMPUESTO POR EL USO DEL SUBSUELO Y POR EXCAVACIONES EN LAS VÍAS PÚBLICAS – Vigencia. No está vigente desde 1994 / TRIBUTOS POR EL USO Y EXCAVACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO – No existe autorización legal para establecerlo / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

En el artículo 233 del Decreto Nacional 1333 de 1986 se dispuso que los concejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá podían crear, entre otros, el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, así como organizar su cobro y darle el destino que juzgaran más conveniente para atender a los servicios municipales. Por lo anterior, es necesario examinar los antecedentes normativos de este tributo, así: El literal j) del artículo 1 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). 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". 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 que "[l]os 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". Esta Corporación, en reciente pronunciamiento, luego de analizar la vigencia del tributo por el uso y excavación del espacio público con fundamento en normas urbanísticas, concluyó que no tiene fundamento legal y que hasta el momento no se ha establecido mediante una norma de rango legal, impuesto, derecho o gravamen sobre esta materia. En conclusión, a partir del año 1994 el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, previsto en el literal c) del artículo 233 del Decreto Nacional 1333 de 1986, no se encontraba vigente, motivo por el cual, el Concejo Municipal de Rionegro, en el año 2007, no podía sustentar la imposición de un tributo en dicha norma.

**FUENTE FORMAL:** LEY 97 DE 1913 – ARTÍCULO 1 LITERAL J / LEY 84 DE 1915 – ARTÍCULO 1 / DECRETO LEY 1333 DE 1986 – ARTÍCULO 233 LITERAL C / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 186

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el impuesto por el uso y excavación del espacio público se reiteran las sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 18 de febrero de 2016, Exp. 13001-23-31-000-2008-00006-01(19074) y de 25 de febrero de 2016, Exp. 54001-23-31-000-2007-00215-01(19827), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

**NORMA DEMANDADA:** ACUERDO 081 DE 2007 (22 de diciembre) MUNICIPIO DE RIONEGRO ANTIOQUIA – ARTÍCULO 1 (No anulado) / ACUERDO 081 DE 2007 (22 de diciembre) MUNICIPIO DE RIONEGRO ANTIOQUIA – ARTÍCULO 2 PARÁGRAFO 1 (No anulado) / ACUERDO 081 DE 2007 (22 de diciembre) MUNICIPIO DE RIONEGRO ANTIOQUIA – ARTÍCULO 2 PARÁGRAFO 2

(Anulado parcialmente) / ACUERDO 081 DE 2007 (22 de diciembre) MUNICIPIO DE RIONEGRO ANTIOQUIA – ARTÍCULO 4 (Anulado parcialmente)

**ESPACIO PÚBLICO – Definición y características / USOS DEL SUELO – Reglamentación. Corresponde a los concejos municipales / BIEN DE USO PÚBLICO – Noción / ESPACIO PÚBLICO – Administración. Los municipios están facultados para ello / ADMINISTRACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO POR LOS MUNICIPIOS – Alcance / TRIBUTO POR USO DEL ESPACIO PÚBLICO – Debe ser establecido por la ley / FACULTAD IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Alcance. No es originaria, sino derivada / TRIBUTO POR OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA VENTAS – Falta de autorización legal. No existe norma legal que permita establecerlo / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL TRIBUTO – Alcance / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL TRIBUTO – Violación**

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 inembargables. En el ámbito territorial, le otorgó facultades a los municipios, para que mediante los concejos municipales, reglamentara los usos del suelo dentro de su jurisdicción. 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 público. De las normas anteriormente citadas se infiere la obligación prioritaria de los municipios y distritos de construir, mantener y proteger el espacio público para su adecuado uso y disfrute en condiciones de seguridad y tranquilidad por todas las personas. 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 y ii) que la ley no pueda establecer el tributo por el uso de los mismos. 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, de la que en el caso concreto no da cuenta la exposición de motivos, el acuerdo demandado y menos aún las actuaciones adelantadas por el apoderado del municipio de Rionegro, Antioquia. Nótese que en el inciso final del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007, el Concejo Municipal de Rionegro dispuso que “[l]a ocupación del espacio público con ventas, se cancelará el 5% del índice de costos de construcción certificados por CAMACOL, Antioquia por cada M2 de ocupación por mes o fracción” y, aunque el apoderado del municipio demandado en el recurso de apelación afirmó que con esta disposición

se pretendía “fijar el precio justo” y “un parámetro para toda la población de Rionegro, en forma justa y equitativa para ocupar el espacio público con venta”, lo cierto es que el cobro por este concepto, supone, necesariamente, la existencia de un tributo sobre la ocupación del espacio público para ventas, mediante una norma de rango legal que lo cree. La Sala advierte que para el 22 de diciembre de 2007, fecha de expedición del Acuerdo 081, no se contaba con disposición de carácter legal que facultara a los concejos municipales para crear y organizar el cobro de un tributo por el uso del espacio público para ventas; por lo tanto, con el inciso final del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007, el Concejo Municipal de Rionegro implícitamente lo estaría creando, actuación que desconoce el principio de legalidad del tributo [arts. 150-12 y 338 de la CP], según el cual, le corresponde al Congreso la creación o autorización de los tributos. Principio de legalidad que se traduce en que el ejercicio de las facultades impositivas de los entes territoriales debe estar autorizada de manera expresa por la ley y que estos deben actuar dentro del marco señalado en la ley que crea o autoriza el tributo. Obsérvese que las entidades territoriales no gozan de soberanía fiscal, porque su actividad en esta materia está sujeta a regulación legal, aspecto que no debe confundirse con la autonomía asignada para la gestión de sus intereses [arts. 287-3 y 313-4 de la CP], que incluye la libertad para establecer o suprimir un tributo de carácter local, se reitera, previamente autorizado por la ley, y la de administrar esos recursos. Conforme con lo anterior, se concluye que el Concejo Municipal de Rionegro, Antioquia, excedió sus facultades al imponer un tributo sobre la ocupación del espacio público con ventas, sin contar con autorización legal para tal fin, por lo que se confirmará la sentencia, en cuanto declaró la nulidad del inciso final del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007 que preveía: “La ocupación del espacio público con ventas, se cancelará el 5% del índice de costos de construcción certificados por Camacol Antioquia por cada m2 cuadrado de ocupación por mes o fracción”.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 24 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 63 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 82 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 12 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 287 NUMERAL 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 313 NUMERAL 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 313 NUMERAL 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 338 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 674 / LEY 9 DE 1989 – ARTÍCULO 5 / LEY 9 DE 1989 – ARTÍCULO 7

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN CUARTA**

**Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

Bogotá D.C, once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2008-01088-02(20500)**

**Actor: ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES DE RIONEGRO JOSÉ DAVID CASTAÑO CASTAÑO ASOCAR**

**Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO – ANTIOQUIA**

## **FALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el municipio demandado contra la sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión, que en su parte resolutive dispuso lo siguiente:

PRIMERO: Declárese (sic) la nulidad del rango 0 a 8 mts<sup>2</sup> 2 SMLV, contenido en el parágrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo 081 de 2.007, expedido por el Concejo Municipal de Rionegro.

SEGUNDO: Declárese (sic) la nulidad parcial del artículo 4 del Acuerdo 181 de 2.007, del Concejo Municipal de Rionegro, en la parte que expresa:

“La ocupación del espacio público con ventas, se cancelará el 5% del índice de costos de construcción certificados por Camacol Antioquia por cada m<sup>2</sup> cuadrado de ocupación por mes o fracción”.

TERCERO: El (sic) firme esta providencia, archívese el expediente previa des anotación.

## **ANTECEDENTES**

### Demanda

El apoderado judicial de la Asociación de Comerciantes de Rionegro José David Castaño Castaño ASOCAR, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo [CCA], solicitó la nulidad de los artículos 1, 2 parágrafos 1 y 2, y 4 del Acuerdo Municipal 081 de 22 de diciembre de 2007, por el cual se modificó el Acuerdo 041 de 2001.

### Contenido del acto demandado

Las normas demandadas son del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO PRIMERO. Cámbiese el Artículo Décimo Primero del Acuerdo 041 de 2001, así: Cada elemento de publicidad exterior visual que se encuentren (sic) ubicados (sic) en jurisdicción del Municipio de Rionegro Antioquia, genera a favor de este (sic) impuesto de publicidad exterior visual el cual se cobra una vez al año; siempre y cuando no corresponda al aviso o tablero fijado en domicilio de la empresa.

ARTÍCULO SEGUNDO. Modifíquese el Artículo Décimo Segundo del Acuerdo 041 de 2001, el cual quedará así: Las empresas que fijen avisos, vallas y murales distintas (sic) a las (sic) correspondientes al aviso y tableros (sic) de su domicilio que no correspondan a carácter educativo, cultural y deportivo que contengan mensajes comerciales que de conformidad con la reglamentación consagrada en los Artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 140 de 1994, el Acuerdo 104 de 2000, Acuerdo 079 de 2003 otras normas que lo modifiquen, o sustituya, cuya dimensión sea de 48 mts<sup>2</sup>, el impuesto ocasionado será equivalente a 5 salarios mínimos legales por cada año.

PARÁGRAFO PRIMERO: Modifíquese el Parágrafo Primero del Acuerdo 041 de 2001, el cual quedará así: Si la valla, avisos (sic) o murales (sic) no permanece el año completo, su cobro se hará proporcional al número de días de su permanencia.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Modifíquese el Parágrafo Segundo del Acuerdo 041 de 2001, el cual quedará así: Las vallas, avisos y murales menores a 48mts<sup>2</sup> que contengan mensajes comerciales, el impuesto será en salarios mínimos legales mensuales vigentes así:

0-8 M2	2,0
8-16 M2	2,5
16-24 M2	3,0
24-30 M2	3,5
30-36 M2	4,0
36-42 M2	4,5
42-48 M2	5,0

Cuando el área sea mayor a 48Mts<sup>2</sup>, pagará un excedente proporcional por M<sup>2</sup> con base en la liquidación inicial, siempre y cuando el área esté permitida por la ley.

Los pasacalles y pendones pagarán el 10% del salario mínimo legal mensual vigente, por cada 15 días.

ARTÍCULO TERCERO [...]

ARTÍCULO CUARTO. Modifíquese el Artículo Décimo Séptimo del Acuerdo 041 de 2001, el cual quedará así: Cuando las zonas verdes se cambian por pisos duros, quien lo interviene pagará una tasa equivalente al 40% del valor de la base de M<sup>2</sup> de urbanismo por cada M<sup>2</sup>, de acuerdo al Plan de Ordenamiento Territorial P.O.T., del municipio.

Toda intervención del espacio público deberá contar con el visto bueno y/o diseños aprobados por Planeación Municipal con anticipación a la licencia de construcción conservando los índices de espacio público en cada zona por habitante de acuerdo a las normas que regulan la materia.

La ocupación del espacio público con ventas, se cancelará el 5% del índice de costos de construcción certificados por CAMACOL, Antioquia por cada M<sup>2</sup> de ocupación por mes o fracción.

ARTÍCULO QUINTO [...] [Apartes subrayados corresponden a los demandados].

Las normas violadas y el concepto de la violación

Para la parte actora, los apartes demandados vulneran los artículos 13, 15-12, 287, 313-4, 338 y 363 de la Constitución Política, 1 de la Ley 97 de 1913, 32 y 71 de la Ley 136 de 1994, 14 y 15 de la Ley 140 de 1994, 66 de la Ley 783 de 1997, 233 literal c) del Decreto 1333 de 1986 y el Decreto 1600 de 2005.

Impuesto por publicidad exterior: el cobro del impuesto de publicidad exterior para vallas, avisos y murales solo procede cuando las dimensiones de estos elementos sean iguales o superiores a 8mts<sup>2</sup>. Los de dimensión inferior están gravados con

el impuesto de avisos y tableros, que es complementario del de industria y comercio.

Impuesto de ocupación del espacio público con ventas: este impuesto no ha sido creado mediante ley, por lo que el Concejo Municipal de Rionegro no estaba facultado para establecerlo en su jurisdicción.

Adicionalmente, el artículo 20 del Decreto 1504 de 1998, que constituye el fundamento del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007 –demandado-, fue derogado expresamente por el Decreto 1600 de 2005; en consecuencia, el “impuesto” demandado carece de autorización legal.

La contestación de la demanda

El Municipio de Rionegro se opuso a las pretensiones de la demanda.

Propuso la excepción de fondo de legalidad del acuerdo municipal demandado y de falta de integración del Acuerdo 041 de 2001 como norma originaria, que debió ser demandada con el Acuerdo 081 de 2007 para que se tuviera una visión global del asunto en estudio.

Transcribió apartes de las sentencias de esta Corporación, en relación con el impuesto de avisos y tableros y el impuesto a la publicidad exterior<sup>1</sup>.

La suspensión provisional

Mediante providencia de 23 de abril de 2009<sup>2</sup>, esta Sección decretó la suspensión provisional del rango 0-8 2 smlmv contenido en el parágrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Municipal 081 de 2007, expedido por el Municipio de Rionegro, porque se desconoció el hecho generador del impuesto de publicidad exterior visual previsto en la Ley 140 de 1994, al gravar con 2 smlmv las vallas con menos de 8 m<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 6 de diciembre de 2006, radicado Nro. 2003-01139-01 [15628], C.P. Ligia López Díaz y de 26 de julio de 2007, radicado Nro. 14317, C.P. Héctor J. Romero Díaz. Sentencia de la Sección Primera del 5 de junio de 2008, radicado Nro. 2002-00374-01, C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

<sup>2</sup> Al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el numeral séptimo de la providencia del 25 de septiembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó la solicitud de suspensión provisional de los apartes demandados.

Por otra parte, negó la suspensión provisional del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Municipal 081 de 2007, porque la infracción alegada no era evidente, en la medida en que la “regulación se hace de forma genérica respecto a las vallas que cumplen los parámetros establecidos en la ley respecto a la causación del tributo”<sup>3</sup>.

De igual manera negó la suspensión provisional del artículo 4 del acuerdo en cita, porque la norma no es clara en establecer a qué título se debe pagar el porcentaje indicado en la norma, debiéndose determinar si se trata de un impuesto, una tasa, una contribución, o un pago de una naturaleza diferente, análisis que no es propio de esa etapa procesal, por lo que es preciso que en la sentencia se dilucide la naturaleza jurídica de dicho cobro<sup>4</sup>.

La sentencia apelada

El Tribunal precisó que del concepto de la violación expuesto en la demanda se infiere que la litis se centró en los siguientes aspectos: (i) en lo regulado en el párrafo segundo del artículo 2, en el aparte que gravó las vallas, avisos y murales en un rango entre 0 y 8 metros cuadrados y (ii) en lo previsto en el inciso final del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007, que para la parte actora constituye un impuesto sobre la ocupación del espacio público.

El a quo declaró la nulidad del rango 0 a 8 mts<sup>2</sup> 2 SMLV, contenido en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo 081 de 2007, expedido por el Concejo Municipal de Rionegro, porque conforme con los artículos 14 y 15 de la Ley 140 de 1994, solo las vallas con dimensiones superiores a 8 m<sup>2</sup> podían ser gravadas con el impuesto a la publicidad exterior visual.

De igual forma, declaró la nulidad parcial del artículo 4 del Acuerdo 181 de 2007 – último inciso-, que se refiere al “impuesto” sobre la ocupación del espacio público, porque con ocasión de la derogatoria contenida en la Ley 142 de 1994, que fue por vía general y no únicamente a favor de las empresas de servicios públicos, los municipios carecen de competencia para cobrar este tributo respecto de cualquier actividad<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Fl. 15 del c. Nro. 2.

<sup>4</sup> Fls. 9 a 18 del cuaderno Nro. 2.

<sup>5</sup> Transcribió apartes de las sentencias de esta Sección, proferidas el 19 de septiembre de 2002, radicado Nro. 1999-1927-01 [12966], C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, del 14 de noviembre de 2006, radicado Nro.

## El recurso de apelación

El apoderado judicial del municipio demandado interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, porque no comparte la decisión adoptada en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo [nulidad parcial del artículo 4 del Acuerdo 181 de 2007].

Afirmó que el a quo partió del concepto de que la norma solo indica ocupación del espacio público, pero omitió que esa ocupación se refiere a las ventas, lo que de ninguna manera se traduce en un impuesto, como lo sostuvo el Tribunal.

Con el acuerdo demandado no se fijó un impuesto, por el contrario, se estableció un parámetro para toda la población de Rionegro, en forma justa y equitativa, por ocupar el espacio público con ventas.

Se omitió hacer un estudio diferencial sobre impuesto, tasa o cobro por ocupación del espacio público y, por el contrario, se infirió que se trataba de un impuesto obviando el espíritu de la norma.

Como el asunto en estudio no tiene que ver con la ocupación del espacio público por empresas de servicios públicos, los antecedentes jurisprudenciales citados en la sentencia apelada no resultan aplicables al caso en estudio.

## Los alegatos de conclusión

La parte demandante reiteró que el Municipio de Rionegro no tenía la facultad para gravar la utilización del espacio público.

El municipio demandado guardó silencio.

## El concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado ante esta Corporación solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, porque el cobro por ocupar el espacio público con

---

2001-03354-01 [15165], C.P. María Inés Ortiz Barbosa, del 3 de mayo de 2007, radicado Nro. 2001-00443-01 [15374], C.P. María Inés Ortiz Barbosa y del 25 de marzo de 2010, radicado Nro. 2008-00014-01 [17509], C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

ventas encaja en el concepto de tasa, que solo puede ser cobrada si la ley previamente la establece.

En este asunto, de las normas que sirvieron de sustento al inciso tercero del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007, solamente el literal c) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986 había otorgado a los municipios la facultad para crear el impuesto sobre el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, disposición que fue derogada por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994; en consecuencia, la ocupación del espacio público con ventas conforme fue establecida en el aparte demandado, además de ser distinta del impuesto que se había autorizado con el Decreto 1333 de 1986, carece de sustento legal.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El problema jurídico

En los términos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar si el Concejo Municipal de Rionegro tenía competencia para imponer el pago del 5% del índice de costos de construcción certificados por CAMACOL, Antioquia, por cada m<sup>2</sup> de ocupación del espacio público con ventas, en esa jurisdicción.

Antecedentes normativos del impuesto por la ocupación y roturas de vías públicas. Este impuesto no se encuentra vigente. Reiteración<sup>6</sup>

En la sentencia apelada, el Tribunal Administrativo de Antioquia manifestó que “los Municipios (sic) carecen de la competencia, (sic) para cobrar impuestos sobre la ocupación del espacio público a cualquier actividad, pues la derogatoria contenida en la Ley 142 de 1.994, lo fue por vía general y no únicamente a favor de tales empresas, por lo que hay que concluir que en ningún caso pueden los municipios, gravar la utilización del espacio público”<sup>7</sup>.

En el recurso de apelación, el apoderado del municipio afirmó que las sentencias citadas por el a quo tienen que ver con la ocupación del espacio público por

---

<sup>6</sup> Entre otras, confrontar las sentencias del 18 de febrero de 2016, radicado Nro. 130012331000-2008-00006-01 [19074] y del 25 de febrero de 2016, radicado Nro. 540012331000-2007-00215-01 [19827], C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>7</sup> Fl. 111 anverso del c.p.

empresas de servicios públicos, asunto diferente al de la ocupación del espacio público por ventas, que es el que interesa en este proceso.

La Sala advierte que el Concejo Municipal de Rionegro, Antioquia, para expedir el Acuerdo 081 de 2007 –demandado-, invocó las facultades conferidas en las siguientes normas: “los Artículos 4, 287, 313 y 338 de la Constitución Política, Decreto Nacional 1333 de 19868, Ley 142 de 1992 (sic)<sup>9</sup>, Ley 136 de 1994<sup>10</sup> y 140 de 1994<sup>11</sup>, Ley 14 de 1983<sup>12</sup>, Ley 769 de 2002<sup>13</sup>, Decreto Nacional 101 de 2000<sup>14</sup>, Resolución 2444 de 2003<sup>15</sup> y sus Decretos Reglamentarios”.

En la exposición de motivos del citado acuerdo, los proponentes<sup>16</sup>, expusieron que “la Corte Constitucional declara inexecutable el cobro de arrendamiento por ocupación del espacio público con elementos requeridos para la prestación de servicios públicos. Por ello el presente Proyecto de Acuerdo busca de (sic) las normas municipales son (sic) concordantes con ello, (...)”, lo que conduce a analizar el Decreto Nacional 1333 de 1986, citado como fundamento en el acuerdo demandado.

En el artículo 233 del Decreto Nacional 1333 de 1986 se dispuso que los concejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá podían crear, entre otros, el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, así como organizar su cobro y darle el destino que juzgaran más conveniente para atender a los servicios municipales.

Por lo anterior, es necesario examinar los antecedentes normativos de este tributo, así:

El literal j) del artículo 1 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.

---

<sup>8</sup> Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.

<sup>9</sup> Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

<sup>10</sup> Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

<sup>11</sup> Por la cual se reglamenta la Publicidad Exterior Visual en el Territorio Nacional.

<sup>12</sup> Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones.

<sup>13</sup> Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones.

<sup>14</sup> Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones.

<sup>15</sup> Por la cual se reglamenta la ubicación, colocación, características y medidas de las vallas publicitarias y promocionales, letreros y avisos.

<sup>16</sup> El señor alcalde municipal y los secretarios de Planeación y Hacienda. Fl. 91 del c.p.

Posteriormente, esa autorización legal fue compilada en el Código de Régimen Municipal, Decreto Ley 1333 de 1986, artículo 233, literal c) 17.

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".

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 que "[l]os 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".

Esta Corporación, en reciente pronunciamiento, luego de analizar la vigencia del tributo por el uso y excavación del espacio público con fundamento en normas urbanísticas<sup>18</sup>, concluyó que no tiene fundamento legal y que hasta el momento no se ha establecido mediante una norma de rango legal, impuesto, derecho o gravamen sobre esta materia.

En conclusión, a partir del año 1994 el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, previsto en el literal c) del artículo 233 del Decreto Nacional 1333 de 1986, no se encontraba vigente, motivo por el cual, el Concejo Municipal de Rionegro, en el año 2007, no podía sustentar la imposición de un tributo en dicha norma.

En este orden de ideas, lo procedente es analizar si el municipio demandado podía imponer tributo por la ocupación del espacio público por ventas.

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Sentencia del 25 de febrero de 2016, radicado Nro. 540012331000-2007-00215-01 [19827], C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En esa oportunidad se analizó la Ley 9 de 1989, la Ley 105 de 1993, la Ley 388 de 1997 y el Decreto 1504 de 1998.

El espacio público. Reiteración<sup>19</sup>

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 inembargables<sup>20</sup>.

En el ámbito territorial, le otorgó facultades a los municipios, para que mediante los concejos municipales, reglamentara los usos del suelo dentro de su jurisdicción<sup>21</sup>.

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 público<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. las sentencias de 18 de febrero de 2016, radicado Nro. 130012331000-2008-00006-01 [19074] y de 25 de febrero de 2016, radicado Nro. 540012331000-2007-00215-01 [19827], C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>20</sup> Artículo 63 de la Constitución Política.

<sup>21</sup> Numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política.

<sup>22</sup> Artículo 7 de la Ley 9 de 1989.

De las normas anteriormente citadas se infiere la obligación prioritaria de los municipios y distritos de construir, mantener y proteger el espacio público para su adecuado uso y disfrute en condiciones de seguridad y tranquilidad por todas las personas.

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 y ii) que la ley no pueda establecer el tributo por el uso de los mismos.

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, de la que en el caso concreto no da cuenta la exposición de motivos, el acuerdo demandado y menos aún las actuaciones adelantadas por el apoderado del municipio de Rionegro, Antioquia.

Nótese que en el inciso final del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007, el Concejo Municipal de Rionegro dispuso que “[l]a ocupación del espacio público con ventas, se cancelará el 5% del índice de costos de construcción certificados por CAMACOL, Antioquia por cada M2 de ocupación por mes o fracción”<sup>23</sup> y, aunque el apoderado del municipio demandado en el recurso de apelación<sup>24</sup> afirmó que con esta disposición se pretendía “fijar el precio justo” y “un parámetro para toda la población de Rionegro, en forma justa y equitativa para ocupar el espacio público con venta”, lo cierto es que el cobro por este concepto, supone, necesariamente, la existencia de un tributo sobre la ocupación del espacio público para ventas, mediante una norma de rango legal que lo cree.

---

<sup>23</sup> Fls. 19 a 20 del c.p.

<sup>24</sup> Fl. 115 del c.p.

La Sala advierte que para el 22 de diciembre de 2007, fecha de expedición del Acuerdo 081, no se contaba con disposición de carácter legal que facultara a los concejos municipales para crear y organizar el cobro de un tributo por el uso del espacio público para ventas; por lo tanto, con el inciso final del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007, el Concejo Municipal de Rionegro implícitamente lo estaría creando, actuación que desconoce el principio de legalidad del tributo [arts. 150-1225 y 33826 de la CP], según el cual, le corresponde al Congreso la creación o autorización de los tributos.

Principio de legalidad que se traduce en que el ejercicio de las facultades impositivas de los entes territoriales debe estar autorizada de manera expresa por la ley y que estos deben actuar dentro del marco señalado en la ley que crea o autoriza el tributo.

Obsérvese que las entidades territoriales no gozan de soberanía fiscal, porque su actividad en esta materia está sujeta a regulación legal, aspecto que no debe confundirse con la autonomía asignada para la gestión de sus intereses [arts. 287-327 y 313-428 de la CP], que incluye la libertad para establecer o suprimir un tributo de carácter local, se reitera, previamente autorizado por la ley, y la de administrar esos recursos.

Conforme con lo anterior, se concluye que el Concejo Municipal de Rionegro, Antioquia, excedió sus facultades al imponer un tributo sobre la ocupación del espacio público con ventas, sin contar con autorización legal para tal fin, por lo que

---

<sup>25</sup> **Artículo 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.*

<sup>26</sup> **Artículo 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.*

[...].

<sup>27</sup> **Artículo 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.*

<sup>28</sup> **Artículo 313.** *Corresponde a los concejos:*

[...]

4. *Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.*

se confirmará la sentencia, en cuanto declaró la nulidad del inciso final del artículo 4 del Acuerdo 081 de 2007 que preveía: “La ocupación del espacio público con ventas, se cancelará el 5% del índice de costos de construcción certificados por Camacol Antioquia por cada m2 cuadrado de ocupación por mes o fracción”.

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

**FALLA**

CONFÍRMASE la sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión.

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

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

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**  
Presidenta de la Sección

**MILTON CHAVES GARCÍA**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**