

**IMPUESTO POR EL USO DEL SUBSUELO EN LAS VIAS PUBLICAS-Facultad impositiva del concejo no es originaria sino derivada%CONCEJO MUNICIPAL-No puede crear impuestos sin autorización legal%FACULTAD IMPOSITIVA TERRITORIAL-Límites**

Conforme lo advirtió la Sección Cuarta de esta Corporación, en sentencia de 6 de marzo de 2003 (Exp. 1999-0997-12246), Consejera ponente doctora Ligia López Díaz), que ahora se reitera, “la potestad tributaria de los municipios es derivada, en el entendido que las entidades territoriales en materia impositiva solo pueden establecer aquellos tributos creados en la ley en la medida y condiciones en ella previstos, es decir, su facultad impositiva no es originaria y está necesariamente referida a la LEY. En ejercicio de dicha facultad no pueden crear impuestos, toda vez que la facultad impositiva corresponde, al Congreso de la República, por disposición del artículo 338 de la Constitución Política”. En concordancia con lo anterior, el artículo 338, ibídem, determina que sólo el Congreso puede crear o autorizar la creación de tributos y fijar directamente los elementos esenciales de los impuestos o autorizar su determinación por parte de las Asambleas Departamentales o de los Concejos Distritales o Municipales, pero dentro de los precisos límites que al efecto señale la Ley. De ahí que el artículo 300 de la Carta Política prevé en su numeral 4 que las Asambleas Departamentales pueden decretar tributos y contribuciones DE CONFORMIDAD CON LA LEY; y el 313, numeral 4, ibídem, autoriza los Concejos para “Votar DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY” los tributos y los gastos locales (Negrilla fuera de texto).

**IMPUESTO POR EL USO DEL SUBSUELO EN LAS VIAS PUBLICAS-Nulidad del acuerdo que lo creó por carencia de Ley al estar derogada**

La Ley 142 de 1994, en su artículo 186 derogó expresamente el literal c) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986, y, conforme se advirtió en la sentencia de la Sección Cuarta citada ab initio de estas consideraciones no ha sido revivido por ningún precepto posterior, de tal forma que el Municipio de Bello (Antioquia) carecía de atribución legal para expedir los actos acusado a través de los cuales creó el impuesto en cuestión. Ahora, en lo referente a la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, proferida el 7 de octubre de 1999 (Expediente 5487), conforme lo hizo ver el a quo, dicha sentencia fue objeto de aclaración mediante providencia de 20 de septiembre de 1999, en la cual se enfatizó en la necesidad de la existencia de una LEY que expresamente permita el cobro del impuesto. Consecuente con lo precedentemente expresado, debe la Sala confirmar la sentencia de primera instancia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.**

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007).

**Radicación número: 2000-03360.**

**Actora: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN.**

**Demandado: Municipio de Bello (Antioquia).**

**Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 25 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.**

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del Municipio de Bello (Antioquia) contra la sentencia de 25 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual declara la nulidad de los artículos 7o y 8o del Acuerdo núm. 042 de 10 de diciembre de 1998 ; y 1o a 3o, 3o bis y 4o del Acuerdo 041 de 9 de diciembre de 1999, expedidos por el Concejo Municipal de Bello (Antioquia).

## **I-. ANTECEDENTES**

**I.1-. EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN**, a través de apoderada, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los Acuerdos Municipales núms. 042 de 10 de diciembre de 1999 y 041 de 9 de diciembre de 1999, expedidos por el Concejo Municipal de Bello (Antioquia).

**I.2-** En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1º: Falta de competencia del Concejo Municipal de Bello para establecer el impuesto municipal por el uso del subsuelo en las vías públicas.

Explica que el impuesto establecido inicialmente en la Ley 97 de 1913 lo fue exclusivamente para Bogotá; posteriormente, para todos los municipios del país con autorización de las Asambleas Departamentales, por disposición expresa de la Ley 84 de 1915; y por último, se estableció en el literal c) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986, sin la exigencia de la autorización previa de la Corporación Departamental.

Pero que dicho impuesto desapareció del ordenamiento jurídico por disposición expresa de la Ley 142 de 1994, que dio lugar a la expedición de licencias o permisos concedidos por las autoridades municipales, sin perjuicio de que las

Empresas de Servicios Públicos, cualesquiera que sea su naturaleza jurídica, estén sujetas a las normas generales sobre planeación urbana y circulación y de que las autoridades municipales puedan exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen.

Destaca que las Asambleas y Concejos pueden decretar tributos y contribuciones, pero siempre **de conformidad con la Ley**, como lo prevén los artículos 300 y 313, numeral 4, de la Constitución Política.

Que, así mismo, los artículos 287 y 288 de la Carta circunscriben a los límites de la Constitución y de la Ley la autonomía de las entidades territoriales.

Finalmente, aduce que el numeral 24.1 de la Ley 142 de 1994 consagra la facultad que tienen las entidades territoriales para gravar a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios; pero con impuestos, tasas y contribuciones QUE SEAN APLICABLES A LOS DEMÁS CONTRIBUYENTES QUE CUMPULSAN FUNCIONES COMERCIALES E INDUSTRIALES y no como en este caso, donde los Acuerdos acusados van dirigidos únicamente a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, excluyendo a los demás contribuyentes.

2º: Considera que se violan los artículos 150, numeral 12, 287, 313, numerales 4 y 7 y 338 de la Constitución Política; 24, 26 y 186 de la Ley 142 de 1994; 41, numeral 3 y 32, numeral 7 de la Ley 136 de 1994.

Destaca que un tributo no guarda relación con el ejercicio de funciones administrativas, sino con el uso de potestades legislativas, por medio de las cuales se crean obligaciones ex lege a cargo de un sujeto que exterioriza una relativa capacidad para contribuir con las cargas públicas de la Nación, reportando un ingreso que utiliza el Estado para el cumplimiento de sus fines.

## **II- LA SENTENCIA RECURRIDA**

El a quo accedió a las pretensiones de la demanda, en esencia, por lo siguiente:

Que la falta de competencia de los Concejos Municipales para imponer esta clase de tributos tiene su razón de ser en la ausencia de norma legal que expresamente los autorice.

Que conforme al artículo 338 de la Constitución Política, en tiempo de paz y por regla general solo las Corporaciones de elección popular están autorizadas para crear tributos; y como complemento de esta norma el artículo 287, ibídem, señala que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución Política y la Ley.

Así mismo, resalta el contenido del artículo 313, numeral 4, ibídem, según el cual les corresponde a los Concejos votar de conformidad con la Ley los tributos y gastos locales.

Colige de lo anterior, que los Concejos Municipales gozan de relativa autonomía tributaria, limitada por los ordenamientos jurídicos de naturaleza superior.

Trae a colación apartes de la sentencia C-489 de 2 de noviembre de 1995, Magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se afirma que la facultad de las Asambleas y Concejos para imponer contribuciones no es originaria sino subordinada a la Constitución y a la Ley.

Frente al tema relativo a la competencia de los Concejos para imponer tributos respecto de la utilización del espacio público por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones para la prestación de estos servicios, se dispone de los artículos 233, literal c), del Decreto 1333 de 1986, que autorizó a los Municipios para crear entre otros, el “impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas”; 186 de la Ley 142 de 1994 que suprimió expresamente la norma anterior.

Explica que con posterioridad a estas disposiciones no existe en el orden jurídico otra con fuerza de ley que faculte de nuevo a las células municipales para imponer tributos sobre el espacio público.

Resalta un pronunciamiento del Consejo de Estado (sentencia de 28 de enero de 2000, Expediente 9679, Consejero ponente doctor Daniel Manrique Guzmán), conforme al cual el artículo 186 de la Ley 142 de 1994, derogó expresamente el artículo 23, literal c) del Decreto 1333 de 1986, que autorizó a los Concejos para crear y administrar un impuesto por el uso del subsuelo; y que, del mismo modo, los artículos 20 y 23 del Decreto 1504 de 1998, por el cual se reglamentó el

manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial, fueron también derogados por el Decreto 796 de 1999.

Igualmente, trae a colación la sentencia de 7 de octubre de 1999 de la Sección Primera del Consejo de Estado, que frente a los artículos 20 y 23 del Decreto 1504 de 1998, expresó que no pueden ser sustento jurídico del tributo porque no existe ley que establezca la facultad.

Concluye que al momento de la expedición de los Acuerdos demandados no existía disposición expedida por el Congreso, que facultara a los Concejos para imponer estos gravámenes.

### **III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

El Municipio de Bello, a través de apoderada, manifestó su inconformidad con la decisión de primer grado, resaltando que la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1996 precisó que “la autonomía de la que gozan las entidades territoriales no es un mero traspaso de funciones y responsabilidades del centro a la periferia, sino que se manifiesta como poder de dirección política que le es atribuido a la comunidad a través del principio democrático y en especial al Municipio que se constituye en la entidad territorial fundamental de la división político administrativa del Estado. De esta manera se busca la gestión eficiente de los intereses propios, ya que el Municipio es el ente idóneo para solucionar los problemas locales en la medida que conoce realmente las necesidades a satisfacer y tiene el interés para hacerlo”.

Destaca que la Carta Política en el artículo 82 le impone al Estado la obligación de velar por la protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común; y que en cumplimiento de este precepto y del artículo 313, numeral 7, ibídem, los Municipios regulan el uso del suelo y del espacio público, por lo cual el Municipio de Bello estaba facultado para regular el uso del espacio público fundado en la facultad impositiva de los Concejos.

Que si se impone el deber de proteger el espacio público debe permitirse el cobro de su uso a las empresas prestadoras de servicios públicos, como lo consagra el numeral 24.1 de la Ley 142 de 1994.

Explica que los Acuerdos acusados consagran específicamente todos los elementos de validez del tributo, a saber: hecho generador, sujeto pasivo, sujeto activo, base gravable y tarifa.

Manifiesta que acoge los planteamientos de la sentencia de 7 de octubre de 1999 de la Sección Primera del Consejo de Estado (Expediente 5487); y los de la sentencia de 23 de marzo de 2000 (Expediente 5504).

#### **IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

#### **V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El Acuerdo núm. 042 de 10 de diciembre de 1998 facultó al Alcalde Municipal de Bello para reglamentar el cobro del espacio público utilizado por las empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios.

El Acuerdo 041 de 9 de diciembre de 1999, modificó algunas disposiciones del Acuerdo 042 de 1998 y previó en sus artículos acusados que las empresas públicas y privadas y las personas que utilizan permanente o transitoriamente el subsuelo de las vías públicas haciendo excavaciones en ellas, deberán pagar un impuesto cuya tarifa equivaldrá al 3.5% de la base gravable, base esta que se determina por el valor total de los ingresos percibidos por la prestación del servicio o actividad que se realice en el Municipio de Bello durante el año inmediatamente anterior o proporcional en el evento de la utilización de manera transitoria o por fracción inferior a un año.

Que dicha tarifa deberá cancelarse de manera proporcional cada mes dentro de los 10 primeros días.

Que en caso de que el sujeto pasivo del impuesto no facture en el Municipio pagará el 2% del servicio que preste, como consecuencia de la utilización del subsuelo; si solo utiliza el subsuelo pero no presta servicio alguno, pagará el equivalente al 2% de la telefonía domiciliaria.

Básicamente, la inconformidad del Municipio recurrente descansa en el hecho de que el Concejo Municipal de Bello tiene competencia para establecer el impuesto a que aluden los actos acusados.

Al respecto, estima la Sala que no le asiste razón al recurrente, pues, conforme lo advirtió la Sección Cuarta de esta Corporación, en sentencia de 6 de marzo de 2003 (Expediente 1999-0997 (12246) Consejera ponente doctora Ligia López Díaz), que ahora se reitera, “la potestad tributaria de los municipios es derivada, en el entendido que las entidades territoriales en materia impositiva solo pueden establecer aquellos tributos creados en la ley en la medida y condiciones en ella previstos, es decir, su facultad impositiva no es originaria y está necesariamente referida a la LEY. En ejercicio de dicha facultad no pueden crear impuestos, toda vez que la facultad impositiva corresponde, al Congreso de la República, por disposición del artículo 338 de la Constitución Política”.

En efecto, el artículo 150, numeral 12 de la Carta Política, consagra que corresponde al Congreso establecer las contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 338, ibídem, determina que sólo el Congreso puede crear o autorizar la creación de tributos y fijar directamente los elementos esenciales de los impuestos **o autorizar su determinación por parte de las Asambleas Departamentales o de los Concejos Distritales o Municipales**, pero dentro de los precisos límites que al efecto señale la Ley.

De ahí que el artículo 300 de la Carta Política prevé en su numeral 4 que las Asambleas Departamentales pueden decretar tributos y contribuciones **DE CONFORMIDAD CON LA LEY**; y el 313, numeral 4, ibídem, autoriza los Concejos para “Votar **DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY**” los tributos y los gastos locales (Negrilla fuera de texto).

Los actos acusados se fundamentan para su expedición, entre otras normas, en el Decreto 1333 de 1986; la Ley 97 de 1913; la Ley 142 de 1994 y la sentencia de 7 de octubre de 1999 de la Sección Primera del Consejo de Estado (Expediente 5487).

Al respecto, la Sala advierte lo siguiente:

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 76 de la Ley 11 de 1986, expidió el Decreto 1333 de 1986, que en su artículo 233 concedió autorización a los Municipios para crear el impuesto materia de esta acción, 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”.*

Esta norma tiene el mismo contenido del literal j) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913, que dispuso:

*“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.”*

Por su parte, la Ley 84 de 1985 extendió a los demás municipios la autorización antes transcrita, así:

**“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...”*

La Ley 142 de 1994, en su artículo 186 derogó expresamente el literal c) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986, y, conforme se advirtió en la sentencia de la

Sección Cuarta citada ab initio de estas consideraciones no ha sido revivido por ningún precepto posterior, de tal forma que el Municipio de Bello (Antioquia) carecía de atribución legal para expedir los actos acusados a través de los cuales creó el impuesto en cuestión.

Ahora, en lo referente a la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, proferida el 7 de octubre de 1999 (Expediente 5487), conforme lo hizo ver el a quo, dicha sentencia fue objeto de aclaración mediante providencia de 20 de septiembre de 1999, en la cual se enfatizó en la necesidad de la existencia de una LEY que expresamente permita el cobro del impuesto.

Consecuente con lo precedentemente expresado, debe la Sala confirmar la sentencia de primera instancia.

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

#### **F A L L A**

**CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 6 de diciembre de 2007.

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN**

**Presidenta**

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA    MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**