

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO: 130012331000200800006 01 (19074)

ACCIÓN: SIMPLE NULIDAD

DEMANDANTE: SURTIDORA DE GAS DEL CARIBE S.A. E.S.P.-SURTIGAS-

DEMANDADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA

ASUNTO: IMPUESTO POR LA OCUPACIÓN Y ROTURA DE VÍAS
PÚBLICAS

Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

FALLO

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

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el Distrito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de los artículos 141, 206 y 207 del Acuerdo No. 041 de 2006, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archivar el expediente”

I. DEMANDA

SURTIDORA DE GAS DEL CARIBE 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 141, 206, 207 y 208 del Acuerdo No. 041 de 2006, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, cuyos textos son los siguientes:

“Acuerdo No.041

(21 de diciembre de 2006)

“Por el cual se dictan disposiciones en materia de impuestos de Cartagena D.T.y C., se armoniza su administración, procesos y procedimiento con el Estatuto Tributario Nacional, se expide el Estatuto de Rentas Distrital o cuerpo jurídico de las normas sustanciales y procedimentales de los tributos distritales y se dictan otras disposiciones de carácter tributario”

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en particular las otorgadas por el artículo 313 de la Constitución Nacional, la Ley 136 de 1994 y, el Decreto 1333 de 1986.

ACUERDA:

[...]

CAPITULO II.

[...]

3. IMPUESTO DE OCUPACIÓN DE VÍAS Y ESPACIO PÚBLICO.

ARTÍCULO 141. IMPUESTO DE OCUPACIÓN DE VÍAS Y ESPACIO PÚBLICO. La ocupación de andenes y vías con materiales destinados a las obras, así como los campamentos provisionales causarán el impuesto de ocupación de vías que corresponde a 2 salarios mínimos diarios legales vigentes por día. El permiso de ocupación de vías no se entiende como el permiso para mantener materiales en la vía pública y los andenes, sino como la ocupación temporal mientras se hace el descargue y se introducen a la obra.

El permiso debe ser tramitado ante la Secretaría del Interior de Cartagena D.T.y. C.

[...]

CAPITULO III.

[...]

2. ROTURA DE VÍAS Y ESPACIO PÚBLICO.

ARTÍCULO 206. HECHO GENERADOR. Es el valor que se cancela por el derecho a romper las vías o espacio público con el fin de instalar redes primarias y secundarias de servicios públicos.

ARTÍCULO 207. TARIFAS. La tarifa por metro lineal de rotura de vía será, de uno punto cinco (1.5.) salarios mínimos diarios legales vigentes.

ARTÍCULO 208. OBTENCIÓN DEL PERMISO. Para ocupar, iniciar y ejecutar trabajos, u obras que conlleven la rotura de vías por personas naturales o jurídicas sin excepción en Cartagena D.T.y C. se debe obtener el permiso de rotura correspondiente ante la Oficina de Planeación Distrital o la oficina que haga sus veces y se debe dejar el sitio en el mismo estado en que se encontró.

[...]"



Estimó la demandante como violados los artículos 150-12, 287-3 y 313-4 de la Constitución Política, y 32-7 de la Ley 136 de 1994.

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 positiva 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.

En concordancia con lo anterior, los artículos 5 y 24 de la Ley 142 de 1994, que establecen la competencia de los municipios en cuanto a la prestación de servicios públicos y el régimen tributario, respectivamente, no contemplaron la creación del referido tributo.

Por las razones expuestas, no se encuentra vigente la norma de rango legal que facultaba a los concejos municipales para crear el impuesto por el uso y excavación de vías públicas.

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 tarifas a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, esta disposición no puede servir de fundamento para establecer el tributo, en tanto fue modificada por el Decreto 796 de 1999, que no contempló dicha facultad.

En ese entendido, el Concejo Distrital de Cartagena no tiene competencia para establecer el tributo en las normas demandadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena se opuso a las pretensiones de la parte accionante, con los siguientes argumentos:

El sustento legal de las normas demandadas lo constituyen los artículos 5 y 24 de la Ley 142 de 1993.

El artículo 5 le otorga competencia a los municipios para i) asegurar que los servicios públicos se presten de manera eficiente y, ii) la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos, iii) disponer el otorgamiento de subsidios, iv) estratificar los inmuebles residenciales, v) establecer la nomenclatura y, vi) apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta ley a las empresas de servicios públicos.

Por su parte, el artículo 24 determinó que, para efectos tributarios, las entidades prestadoras de servicio público están sometidas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales.

De la Ley 142 de 1994 no se desprende la prohibición expresa del cobro por el uso del espacio público, contrario a ello, se resalta la sujeción de las empresas de servicios públicos frente a la autonomía de los municipios.

Excepciones

Legalidad y validez del acto acusado

El Concejo Distrital de Cartagena, al expedir las normas demandadas, obró de conformidad con la Constitución y la ley. La competencia impositiva está contenida en los artículos 313 y 338 de la Constitución Política, en el Decreto Ley 1333 de 1986 y las Leyes 136 de 1994, 383 de 1997 y 142 de 1994.

Falta de congruencia entre el petitum, el libelo de la demanda y la acción impetrada.

En el libelo de la demanda se adujo como pretensión la nulidad de los artículos 141, 206, 207 y 208 del Acuerdo 41 de 2006. Sin embargo, en el acápite de los hechos se hizo referencia a la Resolución 1180 de 2007, mediante la cual se concedió a SURTIGAS S.A. E.S.P. una licencia para intervenir el espacio público, y al acto presunto por no haberse resuelto el recurso interpuesto contra la citada resolución.

En ese entendido, el actor pretende debatir un acto administrativo de carácter particular en una acción de nulidad simple.

III. LA SENTENCIA APELADA



El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 24 de junio de 2011, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y la nulidad de los artículos 141, 206 y 207 del Acuerdo No. 041 de 2006, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La excepción denominada de legalidad y validez del acto acusado atañe al problema jurídico central, por lo que se decidirá con el asunto de fondo.

No prospera la excepción denominada falta de congruencia entre el petitum, el libelo de la demanda y la acción impetrada, porque el hecho de que se hubieren mencionado actos particulares en los hechos de la demanda no desconoce que la pretensión que sustenta la acción es la nulidad de los artículos 141, 206, 207 y 208 del Acuerdo 41 de 2006.

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, el Consejo de Estado ha señalado^[1] que 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.

A su vez, señaló que los artículos 20 y 23 del Decreto 1504 de 1998, que permitían el cobro de tarifas a las empresas de servicios públicos domiciliarios por la ocupación y utilización del espacio público, fueron derogados expresamente por el Decreto 796 de 1999.

En ese entendido, los concejos municipales y distritales no tienen competencia para establecer el tributo. Por tanto, debe declararse la nulidad de los artículos 141, 206 y 207 del Acuerdo No. 041 de 2006.

Sin embargo, no se declarará la nulidad del artículo 208 de la citada normativa puesto que regula aspectos distintos al impuesto de rotura de vías y espacio público que, además, no fueron desarrollados en el concepto de la violación.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

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

El Concejo Distrital de Cartagena, para expedir las normas demandadas, se fundamentó en los artículos 313 y 338 de la Constitución Política, en el Decreto Ley 1333 de 1986 y, en la Ley 136 de 1994, que le otorgan facultades impositivas a los concejos municipales y distritales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público rindió concepto en los siguientes términos:



Los artículos demandados 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 1333 de 1986, que fue derogado expresamente por el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

Por tanto, los municipios no cuentan con autorización legal para establecer el referido tributo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 24 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que declaró la nulidad de los artículos 141, 206 y 207 del Acuerdo No. 041 de 2006, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

1.1. Corresponde a la Sala establecer si el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena tenía competencia para establecer en los artículos 141, 206 y 207 del Acuerdo No. 041 de 2006 el impuesto de ocupación y rotura de vías públicas y espacio público.

1.2. La Sala no se pronunciará respecto de la legalidad del artículo 208 ibídem, en tanto la parte demandante no interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal de negar la nulidad de dicha norma.

2. PRECISIÓN PREVIA. SOBRE EL ESPACIO PÚBLICO.

2.1. 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 inembargables^[2].

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^[3].



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^[4].

2.2. 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.

2.3. 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.

2.4. 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.

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

3.1. 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) ^[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".

3.2. 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.

3.3. 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 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".

4. VIGENCIA DEL TRIBUTO CON FUNDAMENTO EN NORMAS URBANÍSTICAS.

4.1. Sobre la vigencia del tributo por la ocupación y roturas de vías, la Sala^[6] 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.

4.2. 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 el uso de espacios públicos, es más frecuente el uso de la expresión derecho^[7].

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.

4.3. 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:

4.3.1. 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 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.

4.3.2. 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 desestimen 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.

4.3.3. 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.

4.3.4. 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 Estado⁸ 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 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 facultad^[9].

Luego, el Decreto 796 de 1999 fue derogado por el Decreto 1600 de 2005^[10], que a su vez, fue derogado por el Decreto 564 de 2006^[11].

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.

4.4. 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.

4.5. 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.

4.5.1. 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 municipio^[12].

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.

4.5.2. 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 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.

4.6. 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.

4.7. 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.

4.8. 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.

4.9. Por las anteriores razones, la Sala confirmará la nulidad de los artículos 141, 206 y 207 del Acuerdo No. 041 de 2006 que establecieron el impuesto de ocupación y rotura de vías y espacio público en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

4.10. En consecuencia, confirmará la sentencia apelada.



Finalmente, se advierte que si bien para la decisión del presente proceso se había designado conjuez, por existir empate entre los Magistrados que integraban la Sala, una nueva discusión del asunto, permite decidir sin necesidad de la intervención del Dr. Luis Fernando Uribe Restrepo, por lo que, procede su desplazamiento.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 24 de junio de 2011 del Tribunal Administrativo de Bolívar.

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

^[1] Sentencias del 28 de enero de 2000. C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán, expediente No. 9723 y del 12 de abril de 2007, C.P. Dra. Ligia López Díaz, expediente No. 15556.

^[2] Artículo 63 de la Constitución Política.

^[3] Artículo 313, numeral 7, de la Constitución Política.

^[4] Artículo 7 de la Ley 9 de 1989.

^[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.

^[6] 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.

^[7] 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.

^[8] Sentencias del 10 de junio de 1999 expediente No. 5029 y del 7 de octubre de 1999, expediente No. 5487.

^[9] 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”.

^[10] 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.

^[11] 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.

^[12] 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 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.