

**LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL COBRO POR EL APROVECHAMIENTO
Y LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO EN EL MUNICIPIO DE
MANIZALES, A PARTIR DEL AÑO 2014**

**NATALIA RESTREPO GÓMEZ
PATRICIA VARELA CIFUENTES**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y CONTABLES
MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN
MANIZALES**

2016

**LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL COBRO POR EL APROVECHAMIENTO
Y LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO EN EL MUNICIPIO DE
MANIZALES, A PARTIR DEL AÑO 2014**

NATALIA RESTREPO GÓMEZ

PATRICIA VARELA CIFUENTES

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Tributación

Director

Dr. JAIRO SERNA

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y CONTABLES

MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN

MANIZALES

2016

Nota de aceptación:

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8.
CAPÍTULO I: DIAGNÓSTICO Y DISEÑO METODOLÓGICO	11.
1.1 Planteamiento del problema	11.
1.1.1 Formulación del problema	13.
1.2 Justificación	14.
1.3 Objetivo general	17.
1.3.1 Objetivos específicos	17.
1.4 Metodología	18.
1.4.1 Tipo de investigación	19.
1.4.2 Técnicas de investigación	19.
1.4.3 Procedimiento de investigación	20.

CAPÍTULO II

LA TENSIÓN ENTRE EL DISFRUTE AL ESPACIO PÚBLICO FRENTE A LA POTESTAD IMPOSITIVA DEL MUNICIPIO DE MANIZALES 22.

2.1 Marco teórico 22.

2.1.1 El concepto de espacio público 22.

2.1.2 El tributo, definición y elementos 37.

2.1.2.1 El hecho generador 41.

2.1.2.2 El sujeto activo 42.

2.1.2.3 El sujeto pasivo 43.

2.1.2.4 La base gravable 44.

2.1.2.5 La tarifa 44.

2.1.2.6 Elementos del tributo según la jurisprudencia 44.

2.1.3 Clases de tributos 48.

2.1.3.1 El concepto de compensación 51.

2.1.4. La potestad impositiva de los entes territoriales 56.

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL COBRO POR EL USO DEL ESPACIO PÚBL. 59.

3.1 Descripción de los hallazgos 59.

3.1.1 El proyecto de Acuerdo 843 de 2014	59.
3.1.2 Acuerdo 843 de 2014	62.
3.1.3 Los principios del derecho tributario	68.
3.1.3.1 Principio de seguridad jurídica en materia tributaria	69.
3.1.3.2 Principio de generalidad	70.
3.1.3.3 Principio de equidad	72.
3.1.3.4 Principio de progresividad	74.
3.1.3.5 Principio de eficiencia	75.
CAPÍTULO IV	
POTESTAD TRIBUTARIA PARA IMPONER EL COBRO POR EL USO DEL ESPACIO PÚBLICO	76.
4.1 Análisis y discusión de los resultados	76.
4.1.1 La posición de la Corte Constitucional en materia de tributos	79.
4.1.2 El Consejo de Estado ante el tributo	86.
CAPÍTULO V	
MEDIOS JURÍDICOS PARA LA ELIMINACIÓN DEL COBRO POR LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO	92.

5.1 Recomendaciones legales ante la inconstitucionalidad del Acu.	92.
5.1.1. Medios de control del Acuerdo 843	97.
5.1.1.1 La nulidad	99.
5.1.2 Protección de los derechos e intereses colectivos	103.
5.1.3. Responsabilidad patrimonial de la entidad territorial	107.
CONCLUSIONES	118.
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122.

INTRODUCCIÓN

Es una tendencia natural del ser humano el querer disfrutar del *aire libre*; concepto que está ligado a un espacio físico abierto, o sea, sin barreras físicas y sin contaminación visual ni auditiva; para lo cual se piensa instintivamente en parques, plazas, plazoletas, por ejemplo. Es más, idealmente, se esperaría igual disfrute de una vía pública bien sea por su entorno o por su ubicación siempre y cuando, claro está, esté libre de contaminación.

Sin embargo en muchas ocasiones este deseo no pasa nada más que de ser un ideal, ya que usualmente en espacios como los descritos nos encontramos con una alta contaminación visual, auditiva y en especial del aire generada principalmente por las emisiones de gases efecto invernadero por parte de los vehículos y fábricas.

Estas situaciones han dado lugar a regulaciones tanto nacionales como locales que se traducen en restricciones en el uso de este tipo de espacios, representadas generalmente por un cobro en forma de tributo ya sea por su aprovechamiento y/o utilización.

A nivel local, por ejemplo, normalmente cuando deseamos estacionarnos sobre una vía pública buscamos la seguridad para nuestros vehículos y tener la tranquilidad de estar al margen de acciones delincuenciales. Es así como se tiene la opción de estacionamientos públicos denominados *zonas azules*, creadas desde el año de 1993 por el Decreto Municipal 038 de 1992, delimitadas por la administración y dirigidas por una persona quien se encarga de hacer la vigilancia de los vehículos que allí se parquean recibiendo una mínima remuneración por el uso de dicha zona.

Más recientemente, también en Manizales, el Concejo Municipal reglamentó el cobro por los usos temporales del espacio público con fines económicos por medio del Acuerdo 843 de 2014; situación que se ha dado en otras ciudades como Bogotá (Decreto 456 de 2013) y Cali (Decreto 452 de 2001).

Se evidencia así, en la práctica, una tensión entre el derecho al uso y goce del espacio público garantizado constitucionalmente por el artículo 82 de la Constitución frente al aprovechamiento económico del mismo; esto último permitido por las administraciones municipales ya sea expresamente a través de regulación normativa (cobro por la ocupación de vías, parques, plazas, escenarios deportivos, por ejemplo) o tácitamente con la omisión en el control del espacio público; lo que ha dado cabida al desbordamiento en el uso desorganizado del mismo, principalmente, por las ventas ambulantes.

Es entonces la regulación del mencionado espacio público a través del cobro de un determinado tributo, lo que motiva el presente trabajo de investigación en el que se pretende determinar la constitucionalidad o no de las medidas adoptadas en la ciudad de Manizales desde el 2014 para su aprovechamiento. Así que se pretende analizar, a partir de la potestad tributaria territorial reconocida por la Constitución a las autoridades locales, si dentro de la misma se encuentra la facultad de establecer cobros por el uso y goce del espacio público.

Igualmente, este trabajo servirá como un ejemplo para todas las entidades territoriales, en tanto es una herramienta que permite determinar si la normatividad expedida por las corporaciones de elección popular de cada departamento o municipio cumplen con las exigencias constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para dicho tema. Es decir, esta monografía permitirá evidenciar si la función que cumplen las instituciones aludidas consulta la facultad tributaria y sus limitaciones, y como la inobservancia de la misma puede llevar a que cualquier ciudadano o contribuyente que se vea afectado por la imposición creada, adelante diferentes acciones judiciales, que posteriormente podrían perjudicar la estabilidad fiscal de la entidad pública.

CAPÍTULO I

DIAGNÓSTICO Y DISEÑO METODOLÓGICO

1.1 Planteamiento del problema

El artículo 82 de la Constitución señala que:

Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

A partir de esta norma, son muchos los instrumentos legales expedidos con el propósito de ordenar el espacio público para que efectivamente pueda ser disfrutado por la colectividad tal como lo es la expedición del Decreto 1504 de 1998 por medio del cual se reglamenta el manejo del espacio público en los Planes de Ordenamiento Territorial. Paralelo a ello, y en oportunidad muy reciente, hemos

encontrado que a nivel local se ha adoptado un instrumento normativo para regular el uso y aprovechamiento del espacio público; el cual es de contenido esencialmente económico, pues crea una contraprestación dineraria a favor del municipio por motivo del uso del espacio público.

Es por lo anterior que el problema que dará sustento al desarrollo de este trabajo de grado se centra en determinar la constitucionalidad o no, a partir del artículo 338 de la Constitución, de la decisión del Concejo Municipal de Manizales de establecer una contraprestación económica a cargo de los particulares que deseen utilizar el espacio público ya sea con fines de recreación (caso de escenarios deportivos) o de explotación económica (ventas ambulantes-promoción de marcas comerciales).

Lo anterior, con base en el artículo 1 de la Constitución de 1991 y del principio de legalidad que lo nutre; ya que es claro que toda normativa que se expida en Colombia debe fundarse válidamente en los preceptos constitucionales independientemente del tema que desarrolle tal como lo es, por ejemplo, el tema tributario; cuya base fundamental se encuentra principalmente en el artículo 338 de la Constitución.

Asimismo, además del estudio del pluricitado artículo 338, deben analizarse las facultades impositivas de las que gozan las entidades territoriales y los límites que

encuentran las mismas en la Constitución y la ley, además de la armonización de todos esos preceptos normativos en los diferentes pronunciamientos, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, para llegar a establecer si el cobro por el aprovechamiento del espacio público en Manizales cumple con los requisitos que el marco jurídico le exige.

Por tanto, es necesario determinar cada uno de los elementos que componen el cobro por la utilización y aprovechamiento del espacio público para contrastarlos con los elementos del tributo contenidos en la ley y desarrollados ampliamente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

Y una vez establecida la constitucionalidad del aludido cobro, también será analizado en esta monografía, las consecuencias jurídicas que conlleva la creación de gravámenes por parte de las entidades territoriales con inobservancia de la normativa que rige la materia.

1.1.1 Formulación del problema

¿Es constitucional que el Concejo Municipal de Manizales establezca un cobro por el aprovechamiento y la utilización del espacio público en el municipio de Manizales

desde el año 2014 sin atender a la facultad tributaria derivada del artículo 338 de la Constitución?

1.2 Justificación

Siendo el derecho al uso y goce del espacio público un derecho colectivo de origen y protección constitucional, el interés de este trabajo radica básicamente en determinar si el cobro por la utilización y el uso del espacio público en sus distintos componentes es de carácter constitucional no solo desde el punto de vista de la garantía del derecho sino, ante todo, desde el punto de vista tributario dados los elementos esenciales de dicho cobro; al igual que los distintos tipos de actos administrativos que se han expedido en la práctica para regularlo analizados a la luz del artículo 338 de la Constitución, el cual es la columna vertebral del sistema tributario colombiano.

Después de realizar algunas visitas a las páginas Web y a las diversas bibliotecas de la ciudad, no se encontró información relevante sobre el impacto que puede llegar a tener el cobro generado por el Acuerdo 843 de 19 de mayo de 2014 por el aprovechamiento del espacio público en la ciudad de Manizales. Por lo que se espera que este trabajo de grado sea innovador dado que analizaremos los primeros resultados de la aplicación del mencionado tributo.

Este proyecto de investigación es importante para la comunidad académica de la Maestría en Tributación de la Universidad de Manizales porque se enfoca en la realización de un estudio que permitirá describir y analizar las normativas locales que establecen el cobro por el uso y aprovechamiento del espacio público dentro del contexto del concepto del tributo.

Sumado a lo anterior, se pondrá de presente al lector las consecuencias de una medida como ésta, no sólo desde el punto de vista ciudadano contribuyente, sino además, desde la responsabilidad de los agentes públicos que toman medidas de este tipo, concretamente los señores concejales municipales que debaten, votan y aprueban decisiones recaudatorias sin observar el marco constitucional pertinente.

Es importante además, porque le otorga una herramienta sencilla al ciudadano para analizar en un momento dado la constitucionalidad o no de un tributo creado por el cuerpo administrativo local (vg. Concejo Municipal), y así eventualmente ejercer de manera directa las acciones jurídicas para retirarlo del ordenamiento jurídico, en caso de encontrarlo contrario a éste, haciéndose efectiva la democracia participativa con el ejercicio de acciones judiciales que el ordenamiento jurídico colombiano han reservado para todos los ciudadanos de manera directa, es decir, no requieren de apoderado judicial para entablarlas.

Se pretende entonces que este trabajo sea un marco de referencia para los ciudadanos manizaleños y en general para la comunidad académica como instrumento de conocimiento y de enseñanza práctica, que rompa el convencimiento que el tema tributario es sólo para expertos profesionales, cuando hay tópicos como éste que pueden ser aprehendidos con trabajos como el presente.

Por tanto, este trabajo le aporta a la comunidad académica al ser construido de manera teórico-práctica debido a que va más allá de una simple lectura y descripción de conceptos. No obstante, a pesar de que la metodología es de tipo empírico, para una adecuada interpretación de los hechos, es necesario recurrir también al método hermenéutico; así podremos conocer y articular lo que generalmente pasa desapercibido a simple vista y poder encontrar una solución al problema planteado de una manera más profunda (Gadamer, 2000). De esta forma, y de acuerdo con Sampieri et al. (2006), tanto la metodología como el método pueden ser mixtos; es decir, una investigación puede iniciarse de una forma y terminar como otra. Así, “el enfoque que el investigador le dé a su estudio determina cómo se iniciará éste. Si un investigador piensa en realizar un estudio sobre un tema ya estudiado previamente pero dándole un enfoque diferente” (2006, p. 70), es posible que el investigador pueda recurrir a otro método para hallar la respuesta correcta.

Una investigación de tipo mixto es el complemento acorde para vincular una investigación como la que tenemos entre manos; por tal motivo, servirá de base para futuros estudiantes o personas interesadas en el tema permitiéndoles tener claro la constitucionalidad de la medida analizada, así como los mecanismos legales procedentes para impugnarla.

1.3 Objetivo general

Analizar la constitucionalidad del cobro por el aprovechamiento económico y la utilización del espacio público en el municipio de Manizales establecido por el Concejo Municipal desde el año 2014, sin atender a la facultad tributaria derivada del artículo 338 de la Constitución.

1.3.1 Objetivos específicos

- Identificar la tensión entre el derecho al uso y goce del espacio público frente a la potestad impositiva del municipio.

- Establecer si el cobro por el aprovechamiento económico del espacio público puede ser clasificado como tributo a la luz del artículo 338 de la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina.
- Determinar la potestad con la cual las autoridades del municipio de Manizales han implementado el cobro por la utilización y aprovechamiento del espacio público.
- Analizar cuáles son las acciones constitucionales y legales procedentes frente a los actos administrativos que regulan el cobro por la utilización y aprovechamiento del espacio público.

1.4 Metodología

La investigación del presente trabajo de grado es de tipo descriptivo-interpretativo, ya que el propósito es el de analizar situaciones y eventos suscitados a raíz de la expedición del Acuerdo 843 por parte Concejo Municipal de Manizales. Desde lo descriptivo se enfoca: por un lado el espacio público y por el otro la constitucionalidad o no del cobro por el aprovechamiento del mismo, en la ciudad de Manizales.

Las variables asumidas se consolidan en: los elementos de la tributación nacional expuestos en el artículo 338 de la Constitución y la constitucionalidad o no del Acuerdo 843 expedido por el Consejo de Manizales en 2014 con motivo de generar un cobro por el aprovechamiento del espacio público.

1.4.1 Tipo de investigación

Al ser una investigación de tipo descriptivo la información se obtiene por medio de fuentes bibliográficas derivadas de la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina a través del análisis de contenido de diversos tratadistas del derecho tributario dado que estas son las fuentes principales que proporcionaron los elementos para discutir acerca del grado constitucional del Acuerdo 843; permitiendo inferir, por qué el cobro que se genera por el aprovechamiento del espacio público puede ser anticonstitucional a la luz de los postulados que, en materia tributaria, establece el artículo 388 de la Constitución.

1.4.2 Técnicas de investigación

La técnica de investigación empleada para la revisión bibliográfica consiste en el análisis de contenido, siendo una técnica sistemática y objetiva para hacer inferencias válidas y confiables de los datos con respecto a su contexto; esta

estrategia permite identificar el grado de constitucionalidad del problema objeto de estudio (cobro por el aprovechamiento y la utilización del espacio público). Asimismo, fue necesario categorizar y codificar la información obtenida con el propósito de identificar y separar las características relevantes de cada elemento.

El ejercicio de análisis y descripción lleva a definir los tributos como el universo a estudiar; el aprovechamiento del espacio público como categoría específica y la norma en particular (Acuerdo 843 de 2014) como unidad de análisis.

1.4.3 Procedimiento de investigación

Después de tener claridad sobre el problema a desarrollar, la estrategia metodológica y los otros elementos mencionados en los apartes anteriores, se identifican las fases seguidas en la investigación:

Fase 1: búsqueda bibliográfica para familiarizarnos con los conceptos de tributo, espacio público, grado de constitucionalidad, legalidad y poder tributario como conceptos fundamentales del debate de la norma emanada del Concejo Municipal de Manizales.

Fase 2: análisis del grado de constitucionalidad del cobro por el aprovechamiento del espacio público en la ciudad de Manizales desde el año 2014 a la luz del artículo 338 de la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina.

Fase 3: estimación del grado de anticonstitucionalidad del Acuerdo 843 del Concejo de Manizales; delimitando la potestad con la que las autoridades del municipio de Manizales han implementado dicho cobro.

Fase 4: determinación de las acciones constitucionales y legales procedentes frente a los actos administrativos que regulan el cobro por la utilización y aprovechamiento del espacio público.

CAPÍTULO II

LA TENSION ENTRE EL DISFRUTE AL ESPACIO PÚBLICO FRENTE A LA POTESTAD IMPOSITIVA DEL MUNICIPIO DE MANIZALES

2.1 Marco teórico

2.1.1 El concepto de espacio público

Si bien el objeto fundamental de este trabajo es establecer la constitucionalidad o anticonstitucionalidad del Acuerdo Municipal 843 de 2014, expedido por el Concejo de Manizales y por medio del cual se estableció el cobro por la utilización del espacio público bajo el término de una “compensación económica”, es necesario inicialmente describir este concepto dado que su significado será trascendental al momento de aplicar en el análisis los elementos del tributo.

Así que debemos partir del precepto de lo público, que en palabras de Nora Rabotnikof (1997) refiere a tres sentidos: el primero de ellos alude a lo que es de todos, de la comunidad, y se contrapone al concepto de individualidad, es decir, al ámbito privado; luego menciona lo que es conocido, contrario a lo que está oculto o

reservado; y, finalmente, lo público se relaciona con lo que está disponible para el uso común por lo que nadie puede reclamar un derecho determinado sobre aquello.

Por su parte Ricart y Remesar (2013) afirman que el concepto de espacio público no debe ser confundido con el de esfera pública acuñado por Habermas, la cual se entiende como “el ámbito donde se desarrolla la opinión pública en el marco de las democracias modernas” (p. 6); explicando, entonces, que el espacio público es la realidad física y tangible; mientras que la esfera pública es donde los integrantes de la sociedad interactúan. Asimismo, estos autores diferencian entre espacio público y el espacio de acceso público o espacio colectivo; especificando que el espacio colectivo contiene al espacio público, por lo que el concepto de espacio colectivo viene siendo un concepto más amplio.

Ahora bien, se puede afirmar que el espacio público envuelve un contenido físico y un contenido jurídico que están ampliamente ligados entre sí. En efecto, respecto al primer contenido, se hace alusión a un lugar o zona delimitada en la cual se propicia la convergencia ciudadana y por dicha razón se da origen al contenido jurídico del mismo. Es decir en el momento en que dicho lugar físico se hace favorable para el encuentro ciudadano es que surge la trascendencia jurídica del concepto; lo que se traduce en regulación a través de la expedición de normas que compaginen la manera de acceder, utilizar y conservar dicho espacio público.

Según Jean Marc Ferry,

en el contexto griego clásico, lo que hoy se llama “espacio público” remitía entonces a la plaza pública [...] o sea, el lugar concreto donde los ciudadanos deben reunirse para debatir sobre asuntos concernientes al gobierno de la ciudad. (1998, p. 13)

Se observa así, que el espacio público surgió de manera natural como producto de un hecho sociopolítico; esto es, la necesidad de reunir a los ciudadanos en torno a debatir un asunto de interés general. Igualmente, en el derecho romano se conocía a la *res publica* o propiedad universalmente accesible; mientras que la *res privada* concernía al actuar privado (Rabotnikof, 1997).

Por tanto, se puede decir que de este hecho social se desprenden las siguientes características del espacio público: (i) es un lugar físico; (ii) es un lugar donde el acceso puede hacerlo cualquier persona de la comunidad sin restricción y (iii) en dicho lugar se desenvuelven actividades de interés común o general.

De esta manera, y tal como lo expresó Orlando Parra Gómez (2010) el espacio público, el uso y disfrute del mismo, está ligado a los derechos conocidos como de tercera generación (los que atañen a la calidad de vida del individuo) y se entienden como “aquel espacio que aún pertenece al pueblo, que aún es público, lo cual nos hace comprender que calles, avenidas, parques, zonas verdes etc., son espacio público” (p. 10); siendo a este precepto que este trabajo apunta.

En suma, lo que se pretende en el presente capítulo es definir y analizar en todos sus aspectos el espacio público que corresponde al sentido físico y tangible, que es al fin y al cabo lo que el Acuerdo 843 de 2014 expedido por el Concejo de Manizales quiere regular.

En nuestro medio, antes de 1989, no existía una regulación específica del espacio público; aunque sí se contaba con normas tendientes a la protección de elementos que posteriormente la ley incluyó dentro de tal concepto. Por ejemplo, el Código Civil, en el Libro II, Título III, artículos 674 y subsiguientes se ocupó de garantizar el derecho al uso de las calles, caminos, puentes, plazas entre otros (art. 678); la prohibición de construir sobre dichos bienes (art. 679); el límite a las construcciones privadas para que no ocupen calles, plazas, puentes, caminos (art. 680).

A su turno, el Código Nacional de Policía contenido en el Decreto 1355 de 1970 exigió la autorización para efectuar reuniones o desfiles en lugares públicos (art. 105); la protección a monumentos históricos y lugares artísticos de interés general (art. 123) y de los bienes de uso público (art. 124), así como la restitución de vías públicas (art. 132).

Posteriormente el Código de Régimen Político y Municipal contenido en el Decreto Ley 1333 de 1986 consagró el deber de obtener autorización para la ocupación de calles con postes, cables, canalizaciones, rieles para ferrocarril (art. 40); se

consideró la ocupación permanente de vías, puentes y acueductos públicos como atentatoria a los derechos del común (art. 170).

Sin embargo, fue la Constitución de 1991 la que por primera vez consagró una regulación constitucional en materia de espacio público; pero sin definir el concepto en sí mismo, sino que solo se orientó por darle una especial prevalencia precisamente por el mero hecho de incorporarlo en su texto al darle una jerarquía normativa. Es así como el artículo 82, inciso primero, señala que: “es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”.

No obstante, debemos anotar que solo dos años antes, la legislación nacional sin necesidad de una consagración superior a través de la Ley 9 de 1989 ya se había ocupado de definir por primera vez el espacio público; no de manera directa en su sentido conceptual sino a partir de los elementos que hacen parte del mismo, su destinación y los mecanismos legales para su defensa; disposición que fue desarrollada por el Decreto 1504 de 1998, el cual se ocupó de descomponer sus elementos; en tanto la ley en su carácter general señaló:

Artículo 5. Entiéndase por espacio público 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.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.

A su turno, el artículo 2 del decreto reglamentario reiteró:

el espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Es del caso destacar, además, la importancia del espacio público dentro del

ordenamiento territorial; realce dado por la Ley 388 de 1997¹, ya que uno de los fines del ordenamiento territorial es el de “posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común [...]” (art. 3); lo anterior en concordancia con el artículo 7 del Decreto 1504 de 1998, conforme al cual:

el espacio público es el elemento articulador y estructurante fundamental del espacio en la ciudad, así como el regulador de las condiciones ambientales de la misma, y por lo tanto se constituye en uno de los principales elementos estructurales de los Planes de Ordenamiento Territorial.

Por tanto, a partir del origen del espacio público y de los elementos legales que lo caracterizan, se puede definir dicho concepto como aquellas áreas o zonas que motivan una apropiación colectiva por el interés general que envuelve su acceso, mantenimiento y disfrute.

La importancia de este concepto radica en su esencia, al ser un elemento de satisfacción colectiva, no necesariamente por el uso comunitario del espacio (v. gr., plazas, parques, playas) sino por su afectación a la satisfacción de necesidades colectivas prioritarias; es decir que puede tratarse de espacios de provisión de servicios públicos básicos por lo que es posible que su acceso no sea permitido (v.

¹ La cual modificó la Ley 9 de 1989.

gr., bocatoma para surtir un acueducto), sin embargo no por ello pierde su naturaleza de espacio público.

En lo que refiere a la jurisprudencia, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el alcance del espacio público; replicando la definición contenida en el artículo 5 del Decreto 1504 de 1998, pero extrayendo de dicha norma las características del mismo. Por ejemplo:

de acuerdo con este precepto, el derecho constitucional al Espacio Público, examinado en su dimensión autónoma es un derecho constitucional de carácter colectivo, que cuenta para su protección —también autónoma— con las acciones populares, para los fines concretos contemplados en el artículo 88 CP. Este derecho está instituido expresamente en el artículo 82 CP y se menciona en el Artículo 88 ídem.

Es pertinente, entonces, enunciar las dimensiones constitucionalmente relevantes del espacio público, conforme a los artículos 82 y 88 CP, así:

es deber del Estado, a través de sus autoridades, velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común.

Es deber de las autoridades hacer efectiva la prevalencia del uso común del espacio público sobre el interés particular.

Es deber de las entidades públicas ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común, entre otros.

Es un derecho e interés colectivo.

Constituye el objeto material de las acciones populares y es uno de los bienes jurídicamente garantizables a través de ellas. (Sección tercera. Rad. 25000-23-25-000-2003-02486-01(AP), enero de 2011. Consejera ponente: Olga Melida Valle)

En la misma línea de análisis, el Consejo de Estado ha puntualizado que:

además, por ser el Estado el representante legítimo del pueblo, tiene a su cargo la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a los bienes de uso público, los que hacen parte del espacio público, así como lo dispone el artículo 82 de la Carta Política. (Sección tercera. Rad. 52001-23-31-000-2002-1750-01(AP), marzo de 2004. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar)

Por su parte la Corte Constitucional se ha aproximado a una definición del espacio público por vía acción de tutela, cuando en sus primeros años le correspondió definir la tensión entre el derecho al trabajo y el derecho al espacio público. Este pronunciamiento se plasmó en la sentencia T-508 de 1992, haciendo referencia a los artículos 82 y 88 de la Constitución:

así las cosas, se tiene que estas disposiciones constitucionales redefinen la noción de Espacio Público y señalan las características especiales que permiten distinguirla en dicho nivel normativo, de la noción jurídica general y de los elementos materiales del espacio no público. En efecto, aquel concepto está compuesto por porciones del ámbito territorial del Estado que son afectados al uso común por los

intereses y derechos colectivos y de algunos otros de carácter fundamental cuya satisfacción permiten; además, comprender partes del suelo y del espacio aéreo, así como de la superficie del mar territorial y de las vías fluviales que no son objeto del dominio privado, ni del pleno dominio fiscal de los entes públicos. Cabe advertir que desde las más antiguas regulaciones legales sobre la permisión del uso y del goce público de las construcciones, hechas a expensas de los particulares en bienes que les pertenecen, es de recibo la figura del Espacio Público como comprensiva de los bienes afectados al uso o goce común de los habitantes del territorio.

El Espacio Público comprende, pues, aquellas partes del territorio que pueden ser objeto del disfrute, uso y goce de todas las personas con finalidades de distinta índole y naturaleza, que se enderezan a permitir la satisfacción de las libertades públicas y de los intereses legítimos que pueden radicarse en cabeza de todas las personas de conformidad con el orden jurídico; en principio, en dichas partes del territorio las personas en general no pueden ejercer plenamente el derecho de propiedad o de dominio, sea privado o fiscal.

No obstante lo señalado, por virtud de la naturaleza de la institución y por los altos fines a los que obedece su consagración constitucional, el Espacio Público es objeto de la regulación jurídica por virtud de la acción del Estado en sus diversos niveles que van desde las definiciones y prescripciones de carácter legal, hasta las disposiciones, reglamentos y ordenes administrativas.

Para tener un mejor entendimiento de la interpretación jurisprudencial del concepto de espacio público, a continuación se relacionan otros pronunciamientos que han tratado el tema. Veamos.

Sentencia	Ratio decidendi
<p>Corte Constitucional. Sentencia T - 034 del veintidós de enero de 2004. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.</p>	<p>En la Constitución el espacio público se plasma como un derecho de carácter colectivo que se rige por el principio de primacía del interés general, y en tal virtud está por encima del interés particular. Como derecho autónomo cuenta para su defensa con la vía judicial de la acción popular, la cual se torna como el mecanismo adecuado para su protección desde el punto de vista de los intereses de la comunidad.</p>
<p>Corte Constitucional. Sentencia C – 568 del 15 de julio de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.</p>	<p>El Constituyente de 1991 amplió el concepto de espacio público a todos aquellos bienes inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva.</p> <p>La protección constitucional de espacio público constituye una expresa limitación a la propiedad privada, así como a la posibilidad de que se excluyan algunas personas del acceso al espacio público o se</p>

	<p>establezcan privilegios a favor de determinados particulares en desmedro del interés general. En casos específicos, el espacio público puede ser objeto de alguna limitación transitoria y razonable como resultado de disposiciones que reconocen a los particulares ciertas garantías relacionadas con el derecho de propiedad, con la seguridad, con la prestación de servicios a la comunidad o con el libre desarrollo de actividades culturales o cívicas.</p>
<p>Corte Constitucional. Sentencia SU-360 del 19 de mayo de 2001. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.</p>	<p>Los Concejos Municipales son los encargados de fijar sus reglas en lo relacionado con el orden territorial, áreas del suelo que tienen el carácter de espacio público. Así mismo, los alcaldes al ser la primera autoridad de la entidad territorial tienen en su esfera de responsabilidades la de cumplimiento de lo dispuesto por el Concejo, con arreglo a la Constitución y la Ley.</p> <p>Con la Ley 9ª de 1989 se amplía el concepto de espacio público a todos aquellos bienes afectados al interés general, por lo que se excluyen de este precepto los bienes privados y los fiscales.</p>

	<p>Los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, es decir, son inapropiables y están fuera del comercio, además no pueden alegarse derechos adquiridos sobre ellos.</p> <p>Las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia, los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público.</p>
<p>Corte Constitucional. Sentencia T-084 del 1º de febrero de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.</p>	<p>El Estado es el encargado de proteger la integridad del espacio público y su destinación colectiva, en aplicación del principio de interés general sobre el particular.</p> <p>A partir de la Constitución de 1991 el espacio público adquiere un</p>

	<p>tratamiento constitucional y no solo legal.</p> <p>El espacio público, al tener esta connotación, es un área a la que todos los grupos sociales quieren acceder, y como no existe prohibición para ello, suelen presentarse abusos.</p> <p>Las reglas que sean adoptadas para la protección del espacio público no pueden ser tomadas como una restricción al disfrute del mismo sino como una garantía para su debido aprovechamiento, por lo que las autoridades que tienen a su cargo la regulación de este aspecto, deben adoptarlo como una prioridad en el desarrollo de sus funciones.</p> <p>En la primera autoridad municipal es en quien radica la competencia para determinar el uso restringido del espacio público por razones de interés general.</p>
<p>Corte Constitucional. Sentencia T-940 del 19 de noviembre de 1999. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.</p>	<p>Al espacio público no le son oponibles derechos de terceros, por su condición de inalienables, imprescriptibles e inembargables, es decir, inapropiables y no proceden los derechos adquiridos. Sin embargo, las autoridades administrativas pueden afectar los</p>

	bienes de uso público con el fin de lograr el bienestar general.
Corte Constitucional. Sentencia T-315 del 16 de marzo de 1995. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.	Las autoridades del orden municipal son las llamadas en virtud a la Constitución, a la conciliación de intereses contrarios en cuanto a espacio público se refiere, es decir, los intereses particulares y el interés general, sin que esto quiera indicar que el bien común pueda vulnerar derechos privados.
Corte Constitucional. Sentencia T-610 del 14 de diciembre de 1992. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.	La regulación constitucional del concepto de espacio público abarca los siguientes aspectos: es deber del Estado velar por su integridad y destinación común. Carácter común del espacio público sobre el uso privado. Facultad reguladora para garantizar el uso común. Es un derecho colectivo, que puede ser protegido a través de la acción popular. Por su especial naturaleza, el espacio público es objeto de regulación desde la Constitución y la Ley, llegando a reglamentos y actos administrativos.
Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección	El concepto de espacio público es de carácter amplio, pues comprende el

Primera. Sentencia del 1º de febrero de 2001. Número interno: AP-169.	espacio aéreo, la superficie del mar territorial y de las vías fluviales.
-----------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------

Se desprende, entonces, de la regulación legal y de la jurisprudencia, la especial importancia del espacio público en su carácter de derecho colectivo cuya protección y regulación está a cargo del Estado; por tanto, dentro de dicha función corresponde determinar si la creación de una compensación económica para facilitar su uso en ciertas actividades se ajusta a las disposiciones constitucionales.

2.1.2 El tributo, definición y elementos

En la teoría constitucional moderna se afirma que el papel fundamental de los Estados es el de proveer a los ciudadanos de los servicios de seguridad, justicia, salud y educación; por lo que para su financiamiento se requiere de los recursos económicos que el mismo Estado genera a través del ejercicio de ciertos monopolios (por ejemplo, producción de licores, explotación de juegos de suerte y azar), además de otras fuentes de ingresos que establezcan recursos (v. gr., las regalías), los cuales se complementan con la captación de aquello que se considera debe ser el monto con el que cada ciudadano tiene que contribuir para la financiación de los gastos para la prestación de los mencionados servicios. De ahí que el tributo tenga un carácter esencialmente dinerario.

La forma como los ciudadanos, entonces, contribuyen a la financiación de los gastos del Estado es por medio de la imposición de tributos por el órgano que señale la respectiva organización política para tal efecto.

Es así como, por ejemplo, el artículo 95 de la Constitución al consagrar los deberes de la persona y el ciudadano señala: “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad” (núm. 9).

El tratadista español Ramón Pérez de Ayala destaca este elemento justificador del tributo, al indicar que:

la doctrina moderna admite pacíficamente, siguiendo el concepto elaborado por Giannini, que el tributo se define por las siguientes características:

1. Son prestaciones debidas, por mandato de la ley, a un ente público. Es decir, la obligación de pagar el tributo es una obligación ex lege.
2. Encuentra su fundamento jurídico en el poder del imperio del Estado. Son ingresos de derecho público.
3. Se imponen con el fin de proporcionar medios con que cubrir las necesidades públicas. (Como se citó en Bravo, 2012, p. 18-19, subrayado por parte de las autoras)

De lo dicho, surge la aceptación de un gobierno por parte de los ciudadanos al igual que una arista de legitimación del mismo por el manejo eficiente de los recaudos;

los cuales apuntan realmente a la adecuada prestación de los servicios estatales. Por ejemplo, la Constitución, en el inciso primero del artículo 365, manda que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

La Constitución no trae una definición expresa de tributo, por lo que ha sido tarea de la jurisprudencia y la doctrina su elaboración. Es así como la doctrina ha dicho que:

el concepto de tributo se elabora a partir de las notas características que pueden inferirse de la normativa reguladora como un ingreso de naturaleza pecuniaria, de carácter público (obtenido por un ente público), titular de un derecho de crédito, como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho establecido en la ley por ser indicativo de capacidad económica y dirigido a satisfacer las necesidades financieras del Estado y demás entes públicos. (Piza Rodríguez et al., 2010, p. 269)

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Constitucional en sus inicios definió el tributo como “un aporte razonable que debe hacer toda persona, social por naturaleza, fundamentado en el conceso de la voluntad general por medio de la ley” (sentencia C-228 de 1993); asimismo, la Corte ha referido que:

los impuestos tienen un carácter obligatorio, se cobran de manera indiscriminada a todos los ciudadanos, no guardan relación directa ni

inmediata con un bien o servicio prestado por parte del Estado al ciudadano, e ingresan a las arcas del Estado sin que estén destinados a un servicio público específico. (Sentencia C-1067 de 2002. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño)

Y más recientemente aseveró:

aunque la Constitución hace referencia en distintas disposiciones al financiamiento del Estado y, en consecuencia, a los ingresos fiscales y parafiscales, no existe una definición constitucional expresa de lo que por tributo debe entenderse. Por esta razón, y con fundamento en la interpretación de las disposiciones constitucionales, la jurisprudencia de esta Corte ha concluido que los tributos son prestaciones que se establecen por el Estado en virtud de la ley, en ejercicio de su poder de imperio, destinados a contribuir con el financiamiento de sus gastos e inversiones en desarrollo de los conceptos de justicia, solidaridad y equidad. (Sentencia C-621 de 2013. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos)²

En el contexto de la Constitución, el artículo 338 señala:

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.

² Concepto consignado en sentencia C-776 de 2003 de la Corte Constitucional y reiterado en las sentencias C-927 de 2006, C-134 de 2009, C-402 de 2010 y C-704 de 2010.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen las tramas 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.

Con base en lo anterior puede decirse que el concepto de tributo en sentido estricto hace referencia al monto con el que cada ciudadano contribuye a la financiación de los gastos del Estado; concepto que envuelve elementos formales y sustanciales. Los primeros hacen relación a la forma; es decir que el tributo puede tomar la forma de impuesto, tasa o contribución; mientras que los elementos sustanciales apuntan a aquellos que le dan su razón de ser, lo relativo a la fuente que le da origen (hecho generador), la persona en que recae la obligación tributaria (sujeto pasivo) y el monto concreto de tal obligación a partir de la aplicación de un elemento de medición (tarifa).

Es así que, invariablemente cual sea la forma del tributo manifestada en sus diversas especies, debe estar compuesto de los siguientes elementos: hecho generador, sujeto activo, sujeto pasivo, base gravable y tarifa.

2.1.2.1 El hecho generador

Este es el elemento que se constituye en el alma del tributo, en su razón de ser, puesto que de la configuración material o no del mismo puede hablarse si nace o no la obligación tributaria. Sin hecho generador no hay tributo.

Tal es la importancia de este elemento, denominado también hecho imponible, que está contenido desde el acto de creación del tributo mismo; es decir que la ley que lo crea mínimamente debe contemplar el hecho hipotético o abstracto que se grava al margen de los demás elementos que se fijan en ese mismo acto de creación.

Juan Rafael Bravo Arteaga afirma que “el hecho gravado se puede definir como el tipo de conducta social, revelador de una capacidad económica y previsto en la ley, cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria” (2012, p. 238).

La ley señala entonces un presupuesto de hecho, cuya verificación en el plano material o fáctico da lugar al nacimiento del tributo, y a partir de ahí se activan los demás elementos que lo componen: sujetos activos y pasivos, base gravable, tarifa; y de la conjugación de estos aparece la cuantía previa aplicación de descuentos, deducciones y otros.

2.1.2.2 El sujeto activo

Es el acreedor de la obligación tributaria, es el ente jurídico que tiene la potestad de exigir el pago del tributo una vez se verifica el hecho generador, o sea es aquel que

percibe el monto del impuesto liquidado una vez aplicadas las reglas fijadas para tal efecto. Si se considera que la esencia de la tributación es participar en la formación de los recursos necesarios para atender los gastos del Estado, es claro que es él el sujeto activo en la relación jurídica tributaria. Sin embargo, el Estado en dicha relación puede tener una doble dimensión dependiendo del ámbito en el cual se cree el tributo, a saber: si el tributo lo crea la ley para que lo perciba directamente la Nación, será esta el sujeto activo; pero si la ley lo que hace es crearlo y autorizar a las entidades territoriales su adopción, serán estas las titulares del recaudo.

En lo que respecta a la Nación, esta ejerce la función de sujeto activo a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de una unidad administrativa especial denominada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la cual se encarga de todo lo relacionado con el recaudo y control de los tributos. Paralelo a esto, las entidades territoriales presentan similar estructura a nivel de las Secretarías de Hacienda con una función idéntica a la de la DIAN.

2.1.2.3 El sujeto pasivo

Se ha hecho referencia en párrafos anteriores a la *obligación tributaria*. Ahora bien, para que haya obligación en sentido estricto debe haber un sujeto o una parte dentro de la relación a la que le corresponde la carga de cumplir con la prestación contenida en la obligación misma. En materia tributaria dicha posición la asume el sujeto

pasivo, quien es el encargado de realizar el hecho generador y por lo tanto es el obligado ante el fisco (sujeto activo) del monto del tributo.

2.1.2.4 La base gravable

Esta es la medida del hecho generador, la cuantificación o magnitud económica de este.

El tributo persigue gravar una manifestación de capacidad económica; es necesario establecer unos criterios que permitan la medición de dicha capacidad económica, estas reglas constituyen la base gravable cuya función es justamente permitir una medición real de dicha capacidad, demostrada por el sujeto mediante la realización del hecho generador y, de esta manera, servir para que el tributo efectivamente sea conforme con la capacidad económica que se quiere gravar. (Piza Rodríguez et al., 2010, p. 384)

2.1.2.5 La tarifa

Esta es la medida en términos económicos que fija la ley para ser aplicada a la base gravable y así poder obtener la cuantía del tributo.

2.1.2.6 Elementos del tributo según la jurisprudencia

Por su parte, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha elaborado las siguientes definiciones:

[E]n la obligación tributaria, aparecen por un lado el sujeto activo, que es la entidad estatal con derecho para exigir el pago del tributo, el sujeto pasivo o persona en quien recae la obligación correlativa, el hecho gravado o situación de hecho indicadora de una capacidad contributiva a la cual la ley confiere la virtualidad de generar la obligación tributaria, y la base gravable y la tarifa, que son los elementos determinantes de la cuantía misma de la obligación.

Aunque para algunos resulta de fácil comprensión determinar el contenido de cada uno de ellos, una revisión más rigurosa demuestra cómo no siempre la cuestión es tan sencilla como parece.

Hecho generador. Sin duda constituye el parámetro de referencia a partir del cual un gravamen se hace identificable y puede ser diferenciado de otro. “[E]s el elemento que en general mejor define el perfil específico de un tributo, puesto que, como lo señala la doctrina, y lo ha precisado esta Corporación (Sentencia C-583/96), este concepto hace referencia a la situación de hecho, que es indicadora de una capacidad contributiva, y que la ley establece de manera abstracta como situación susceptible de generar la obligación tributaria, de suerte que si se realiza concretamente ese presupuesto fáctico, entonces nace al mundo jurídico la correspondiente obligación fiscal.

Sujeto activo. En no pocas ocasiones la determinación del sujeto activo de la obligación tributaria ha generado problemas hermenéuticos. Por tal motivo, para superar estos impases la jurisprudencia constitucional ha elaborado una distinción tripartita. Así, en la Sentencia C-987 de 1999, al analizar una norma que permitía gravar la explotación de minas de propiedad privada, acusada de

inconstitucional por no señalar los elementos del tributo, la Corte sostuvo lo siguiente³:

En efecto, conforme al anterior análisis, y de acuerdo a ciertas distinciones elaboradas por la doctrina tributaria⁴, es posible atribuir tres significados a la noción de sujeto activo de un tributo. Así, de un lado, es posible hablar del sujeto activo de la potestad tributaria, que es la autoridad que tiene la facultad de crear y regular un determinado impuesto. De otro lado, es posible hablar del sujeto activo de la obligación tributaria, que es el acreedor concreto de la suma pecunaria en que, en general se concreta el tributo, y quien tiene entonces la facultad de exigir esa prestación. Y finalmente, podemos hablar del beneficiario del tributo, que es la entidad que finalmente puede disponer de esos recursos.

Sujeto pasivo. Siguiendo la doctrina, la Corte ha distinguido los sujetos pasivos “de iure” de los sujetos pasivos “de facto”. A los primeros corresponde formalmente pagar el impuesto, mientras que los segundos son quienes en últimas deben soportar las consecuencias económicas del gravamen. “En los tributos directos, como el impuesto a la renta, en general ambos sujetos coinciden, pero en cambio, en los impuestos indirectos (...) el sujeto pasivo de iure no soporta económicamente la contribución, pues traslada su costo al consumidor final”.

³ En este sentido, la Corte concluyó que sí estaban determinados suficientemente cada uno de los elementos del gravamen.

⁴ Así, la distinción entre sujeto activo de la potestad tributaria y sujeto activo de la obligación tributaria es ampliamente aceptada en la doctrina.

Base gravable. Como lo ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación, la base gravable se define como “la magnitud o la medición del hecho gravado, a la cual se le aplica la correspondiente tarifa, para de esta manera liquidar el monto de la obligación tributaria”. En otras palabras, constituye el quantum del hecho generador sobre el que se aplica la tarifa.

Sin embargo, no es necesario que la ley, las ordenanzas o los acuerdos determinen en rigor sumas concretas o cantidades específicas a partir de las cuales será liquidado un tributo, por cuanto en algunas ocasiones hay razones de carácter técnico y administrativo que lo impiden. Por ejemplo, en la sentencia C-583 de 1996 la Corte analizó el punto y concluyó lo siguiente:

“De todo lo anterior puede concluirse que la ley no puede, por razones de tipo técnico que tienen que ver especialmente con la fluctuación de los valores de los distintos activos patrimoniales, entrar a determinar en cada caso concreto el valor de un bien. Debe entonces limitarse a indicar la manera como debe ser fijado ese valor. Así lo hace en el caso del impuesto predial y así también procede para la determinación del precio de la panela, base gravable de la cuota de fomento panelero, situaciones ambas que, como acaba de verse, han sido estudiadas por esta Corporación, que las ha encontrado avenidas al precepto constitucional consagrado en el artículo 338 superior”.

Tarifa. Es la magnitud o monto que se aplica a la base gravable y en virtud de la cual se determina el valor final en dinero que debe pagar el contribuyente. La regulación en cuanto al sistema y al método para fijar la tarifa en tasas y contribuciones especiales será objeto de un análisis en particular más adelante (ver fundamento jurídico 15 de esta

sentencia). (Sentencia C-155 de 2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett)

La importancia de destacar el contenido de estos elementos, radica en que serán fundamentales al momento de analizar los cobros por utilización del espacio público y poder determinar así la constitucionalidad o no de los mismos.

2.1.3 Clases de tributos

Pese a la generalidad del concepto, y de los elementos acabados de referenciar, dentro del género *tributo* se encuentran identificados según el artículo 388 de la Constitución tres especies del mismo, a saber: impuestos, tasas y contribuciones, a las que se les ha sumado el concepto de aportes parafiscales. Si bien los tres conceptos comparten la misma esencia y los principios que inspiran un régimen impositivo tales como legalidad, equidad, progresividad y eficiencia, cada una de estas especies tiene diversos enfoques en atención al hecho generador y a la función que cumple cada uno en el marco de los ingresos públicos. Vale la pena resaltar que el legislador no se ha ocupado de definir las mencionadas categorías, asunto del cual se han encargado tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Es así como el impuesto tiene un carácter general que refleja, en mayor medida, la esencia del tributo en tanto se estructura para medir la capacidad económica del ciudadano y a partir de esta determinar la proporción en que debe contribuir a sufragar los gastos del Estado en cumplimiento de los deberes que la Constitución

Política impone a los ciudadanos. No hay, pues, en principio, una contraprestación directa ni inmediata para quien lo paga; sin embargo, en términos generales dicho pago es proporcional a su capacidad económica como en el impuesto a la *riqueza*, aunque algunos impuestos son indirectos toda vez que no consultan la capacidad contributiva como en el caso del impuesto al *consumo nacional*; aunque si se observa desde el fin que cumple puede decirse que hay una contraprestación indirecta toda vez que el ciudadano contribuyente espera recibir mejores servicios e infraestructura para el diario vivir (seguridad, salud, desarrollo vial).

Los impuestos, a su vez, son directos si el hecho generador involucra directamente a la persona (renta); reales, si el hecho generador hace referencia a bienes (predial); periódicos, si el hecho generador se mantiene en un lapso de tiempo; instantáneos, si el hecho generador se materializa en un solo momento.

La tasa, por su parte, no mide la capacidad económica del sujeto sino que nace en el momento en que este requiere de manera voluntaria un servicio del Estado; caso en el cual surge la obligatoriedad del pago, elemento que lo asimila al impuesto. Mientras que la destinación de su producto, es financiar la prestación de dicho servicio; se destaca entonces que el valor de la tasa está dado por el costo del servicio que se cobra de manera uniforme para todo el que lo requiera, además de una contraprestación directa para aquel que lo toma.

Se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características: (i) la prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; (ii) la misma nace como recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o un servicio público; (iii) la retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido; (iv) los valores que se establezcan como obligación tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; (v) aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan solo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente; (vi) el pago por regla general es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos como ocurre con las tarifas diferenciales (Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 2010. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

La contribución se ha identificado con el efecto material y jurídico que la realización de una obra pública produce en un bien, es decir, su valorización. No hay tampoco una contraprestación directa, pero lo que se compensa con el pago de la misma es el aumento del valor de un inmueble al resultar beneficiado con dicha obra pública (v. gr., una mejor vía de acceso). En el caso de las contribuciones el valor de esta se fija en atención a dos variables que conjugan las propias del impuesto y de la tasa, son ellas: el costo de la obra y la capacidad económica del sujeto obligado.

Las contribuciones especiales se definen como un ingreso público ordinario, de carácter obligatorio y tasado proporcionalmente, que el Estado percibe de un grupo de personas con destino a un fin específico del cual resulta también una ventaja particular para los contribuyentes (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación 05001-23-31-000-2000-90041-01(19598) de 2014. Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz).

Por último, los aportes parafiscales hacen relación a la obligatoriedad de ciertos grupos de aportar en beneficio de un determinado grupo dado por el interés general y por disposición de ley.

2.1.3.1 El concepto de compensación

El artículo 5 del Acuerdo 843 del 19 de mayo de 2014, establece el cobro de una compensación por el uso temporal del espacio público siendo necesario aludir al concepto de tal expresión.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define a la compensación como la acción y efecto de compensar. A su vez, según la RAE, la palabra compensar está concebida como “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra” o “dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”.

En el ámbito jurídico, este concepto ha sido analizado por el tratadista Guillermo Ospina Fernández de la siguiente manera:

[...] de compensación se trata en distintos sentidos y con diferentes alcances: de compensación de culpas (art. 2357 c.c.), de compensatio lucro cum damno, y cuando se habla de compensación como modo extintivo de las obligaciones, inmediatamente viene a la definición de MODESTINO: debiti et crediti inter se contributio (D. 16, 2, 1): imputación de crédito al pago de una deuda. Como en la poesía: “nada me debes, nada te debo; vida, estamos en paz”. La compensación consiste, en principio, en la extinción simultánea de varias deudas diferentes cuando las partes son recíprocamente deudoras (art. 17414 c.c.), Compensación quiere decir una confusión de obligaciones, no por el aspecto subjetivo, como en la figura de la confusión propiamente dicha, sino en cuanto a su objeto. Así “se evita un doble pago, una doble entrega de capitales y de ese modo se simplifican las relaciones del acreedor y deudor, a la vez que asegura la igualdad entre las partes”. Si yo soy deudor de alguien, que a su turno me debe a mí de lo mismo, natural es la sugerencia de conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor. Por ello se dice que es un modo “satisfactorio” de extinción de las obligaciones, que “no implica la actuación de la relación jurídica, lo cual se traduce en una garantía, ni la satisfacción del crédito, pero sí la del acreedor”, y se agrega que es un subrogado del pago; todo ello cualquiera que sea la fuente de las obligaciones en juego. “La figura de la compensación presupone una realidad económico-social caracterizada por la multiplicidad e intensidad de relaciones obligatorias, en especial las pecuniarias, tales como para exigir una simplificación de los hechos extintivos, de modo de eludir el doble pago”.

En la compensación como modo extintivo, van juntos dos efectos: uno satisfactorio del acreedor, otro liberatorio del deudor. Por el primer aspecto, es incuestionable que cada acreedor, indirectamente que sea, no sólo asegura el logro de su interés, sino que lo alcanza, especialmente en la compensación legal, dada la exigencia de que las obligaciones compensadas tengan por objeto géneros homogéneos, al no tener que hacer erogación alguna, o sea al conservarlos en su poder o no estar compelido a conseguirlos. Hay allí una ventaja patrimonial cierta para él: no tener que desembolsar nada, que se complementa con la seguridad de la apropiación implícita o de la evitación de su pago, que se resalta al hablar de la garantía real del crédito que acarrea la posibilidad de compensación. De ahí su aproximación tradicional al pago: ficta solutio, por cierto confusa, pues en lo que se le asemeja es tan sólo en el carácter satisfactorio. Y por el aspecto liberatorio, este efecto de la figura significa un alivio definitivo para cada deudor, con la tranquilidad ya anotada en cuanto hace a la eliminación del riesgo de su propio crédito. (2002, p. 791-792)

De lo indicado por el doctrinante precitado usualmente cuando en el campo del derecho se habla de compensación el primer concepto que llega a la cabeza es el del modo de extinción de las obligaciones, cuando tanto el acreedor como el deudor tienen créditos a favor de cada uno por lo que sus deudas quedan saldadas.

Sin embargo, la compensación tiene otros usos jurídicos tal como el pago que se efectúa para reparar un daño o perjuicio; siendo precisamente esta la definición que debemos tener en cuenta cuando pensamos la cuantía que debe transferirse a la entidad territorial por la utilización del espacio público en determinadas actividades.

Bajo esta premisa, la *Guía metodológica de mecanismos de sostenibilidad y financiación del espacio público* del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial explica que el propósito de implementar un cobro por el aprovechamiento del espacio público se fundamenta en:

[...] i) El espacio público es el principal elemento articulador que representa la base para la movilidad, la recreación y las relaciones humanas en igualdad de condiciones para todos; y ii) Del reconocimiento de la necesidad de hacer sostenibles los espacios públicos generados como consecuencia del diseño urbano de la vivienda de interés social (VIS) con la congestión de la comunidad residente en estas viviendas y las autoridades locales, regionales y nacionales, en los diferentes municipios y distritos para mejorar la calidad de vida de sus habitantes.

Igualmente, la notable necesidad manifestada por diferentes municipios, de tener un manual de procedimientos que les permita implementar mecanismos claros y objetivos para la administración, mantenimiento, explotación y uso de su espacio público, y la falta de recursos de las administraciones municipales y distritales, son motivaciones expresas para la creación de esta guía.

Estas condiciones evidencian el mal estado de estas zonas, su invasión y deterioro. Para cambiar esta situación, algunas administraciones municipales y distritales han iniciado el diseño de programas de sostenibilidad, con el ánimo de aunar esfuerzos entre la administración y la comunidad para asegurar el mantenimiento y usos adecuados de los diferentes espacios urbanos así como de sus equipamientos comunales.

[...] En este documento se presentan opciones de gestión compartida para aquellos ciudadanos y gobernantes locales interesados en implementar mecanismos de protección y sostenibilidad de sus espacios públicos y fundamentalmente para aquellas zonas en las cuales se está dando un desarrollo creciente de proyectos de vivienda de interés social, donde, por sus características especiales, es de vital importancia incluir no solamente nuevos espacios comunes para el desarrollo personal y social de sus residentes y vecinos, sino también es indispensable dotar tales comunidades de herramientas que les permitan participar y disfrutar del espacio público de una manera responsable, armónica y sostenible.

Es así, como se pretende dar a conocer algunos instrumentos básicos para hacer del espacio público un elemento rentable social y económicamente para las ciudades que implementen las propuestas planteadas en esta guía; y ofrecer al mismo tiempo los elementos para que inicien la creación de una cultura de uso y apropiación de espacio público al interior de las comunidades. (2005, p. 5-6)

De esta manera es válido afirmar que la definición de compensación del Acuerdo 843 de 2014, expedido por el Concejo Municipal de Manizales, es la de exigir un pago por el aprovechamiento individual y la utilización de aquello que es comunitario; por lo que tal utilización se permite con el fin de hacer al espacio público sostenible financieramente, además de facilitar la administración del mismo. Así la compensación que se impone a los usuarios del espacio público es de naturaleza resarcitoria, por el desgaste que el uso del espacio colectivo provoca, con el objetivo de mantenerlo en óptimas condiciones para el disfrute de toda la comunidad.

Ahora bien, el análisis que debe efectuarse en las consideraciones siguientes tiene que determinar si el mecanismo adoptado por el Concejo de Manizales para la sostenibilidad del espacio público es constitucionalmente adecuado en tanto a la cimentación normativa que debió observar para la implementación de la referida compensación.

2.1.4. La potestad impositiva de los entes territoriales

El artículo 150 de la Constitución, en sus numerales 11 y 12, establece la prerrogativa para que la rama legislativa cree tributos y rentas de tipo nacional.

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Esta facultad se encuentra fundamentada en otra disposición constitucional: el artículo 338, que se citó en apartes precedentes, el cual establece que los concejos y las asambleas tienen también la potestad de implementar tributos; potestad, que está descrita en los artículos 300 (numeral 4º) y 313 (numeral 4º) de la Constitución.

Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

4. Decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales.

Artículo 313. Corresponde a los concejos:

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

Pues bien, esta potestad impositiva ha sido explicada por diversos doctrinantes; así para Gabriel Muñoz Martínez:

[...] en consecuencia, en Colombia, en virtud de la Constitución vigente tan originario es el poder tributario del Estado como el de los entes territoriales, ya que todos encuentran un reconocimiento expreso en el texto constitucional. Ahora, lo que sí no puede hacerse es equiparar pura y llanamente los dos poderes, dado que mientras el poder tributario del Estado no encuentra más límites que los derivados del texto constitucional, por el contrario el poder de los entes territoriales encuentra unos límites adicionales en la Ley expedida por el Congreso, la cual es dictada con el fin de encauzar jurídicamente el poder de estas entidades locales. Por ello, es posible afirmar que, más allá de una distinción entre poder tributario originario y derivado, lo que en realidad existe es una diferencia en los límites, razón por la cual propone hablar de un poder originario limitado por la ley, en cabeza de los entes locales, en contraste con el poder originario del Congreso, cuyo único límite es la Constitución. (Como se citó en Piza Rodríguez et al., 2010, p. 73-74)

En este orden de ideas, la potestad tributaria de las entidades territoriales es derivada de la competencia creada por el artículo 338 constitucional; no obstante, aunque tienen la autonomía para implementar ciertos tributos, dicha facultad está limitada por el principio de reserva de ley puesto que la creación de cualquier gravamen es una prerrogativa única del legislador por lo que los concejos y las asambleas deben ceñirse a una disposición normativa expedida por el congreso para que se puedan instituir impuestos, tasas y contribuciones a nivel local.

Este concepto es el punto de partida del presente trabajo de grado, ya que al ser el espacio público un bien de disfrute colectivo debe analizarse la constitucionalidad o no de la creación de un cobro para su utilización en determinadas actividades por parte del Concejo Municipal de Manizales; siendo parte esencial de dicho estudio los siguientes aspectos: (i) la naturaleza jurídica del mencionado cobro y (ii) la competencia a la luz de las disposiciones constitucionales y legales por medio de la cual la entidad territorial implementó el pago por el uso del espacio público. En suma, lo que se propone averiguar es la validez del cobro por la utilización del espacio atendiendo a la necesidad de la administración del nivel territorial de volverlo un componente sostenible para el aprovechamiento de toda la comunidad; sin embargo, efectuando un análisis a las facultades del municipio de Manizales para la creación de la compensación aludida desde la perspectiva del artículo 338 pluricitado.

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL COBRO POR EL USO DEL ESPACIO PÚBLICO

3.1 Descripción de los hallazgos

En este capítulo se hará el análisis concreto del Acuerdo 843 de 2014, a través del cual el Concejo Municipal dispuso del cobro por la utilización del espacio público en la ciudad de Manizales. Para tal efecto es necesario ubicar los fundamentos legales invocados tanto en el respectivo proyecto de acuerdo como en el acuerdo en sí mismo.

3.1.1 El proyecto de Acuerdo 843 de 2014

El alcalde de la ciudad, en asocio con los secretarios de despacho de las Secretarías de Planeación, Medio Ambiente, de Hacienda y Jurídica, presentó ante el Concejo de Manizales el proyecto de Acuerdo 843 (“por el cual se reglamenta la compensación por el aprovechamiento económico con usos temporales del espacio público en el municipio de Manizales”). Como propósito del mismo, se expuso lo siguiente:

de otro lado, la carencia y el deterioro del espacio público tienen efectos negativos para la competitividad y productividad urbana. El desarrollo de actividades económicas y la localización de empresas en las ciudades dependen en gran medida de su imagen urbana, aspecto que se traduce en espacios públicos atractivos, los cuales deben cumplir con diversas características, como suficiencia y disponibilidad para el uso y disfrute de actividades individuales y colectivas con diseños de calidad, de fácil accesibilidad, integrados a las actividades urbanas y con parámetros de diseños que mitiguen la inseguridad y los efectos de la contaminación.

Las personas que llegan a ocupar un espacio físico en un lugar medianamente estable dentro del espacio público, lo perciben como de su propiedad y si han obtenido un permiso temporal o permanente, afirman que es su derecho la posesión sobre esa zona. Sin embargo, al momento de distribuir las responsabilidades y obligaciones frente a ese espacio público ¿dónde se encuentran esas personas? ¿Asumen realmente alguna responsabilidad? Es por ello que la generación de proyectos de sostenibilidad del espacio público se fundamenta no solo en la legislación vigente, sino en los compromisos sociales de los actores participantes que generen responsabilidades claras para las partes y que a su vez obedezcan a un orden dentro de la comunidad en la que se encuentra.

[...] Manizales no es ajeno a este fenómeno pues con frecuencia se desarrollan actividades que generaron lucro para quienes ocupan el espacio público sin que se genere ningún beneficio para la ciudad pues no solo no cuidan el espacio que ocupan sino que no contribuyen a su mantenimiento.

Agregando, que durante los años 2011 y 2012 se tramitaron en la Secretaría de Planeación un promedio de quinientas (500) solicitudes mensuales para obtener la autorización de uso del espacio público de manera temporal con actividades lucrativas que no generaron ingreso alguno para la municipalidad.

De este primer referente se destaca lo siguiente: el proyecto fue concebido para *reglamentar*, término que jurídicamente significa darle alcance a otra norma (v gr. reglamentar la ley), o sea precisar con detalle los elementos necesarios para la aplicación de la misma.

Así las cosas, surge la pregunta: ¿qué norma superior establece la compensación por el aprovechamiento económico del espacio público que amerite su reglamentación por parte del Concejo Municipal?

En el caso concreto se observa que el municipio fundamentó su propuesta con base en la *Guía de mecanismos de sostenibilidad y financiación del espacio público* (2005), elaborada por el Ministerio de Vivienda, en la cual se establecen distintos mecanismos para la intervención y financiación del espacio público; incluyendo como uno de los mecanismos de gestión “los Acuerdos que expida el Concejo Municipal, en los que se definan las funciones de las entidades municipales, así como los tributos u otros valores que se pueden percibir en el espacio público” (p. 21).

Sin embargo, al leer con detenimiento dicho documento, se encuentra que este hace un desarrollo de los mecanismos de gestión del espacio público previstos en el Decreto 1504 de 1998 tales como el contrato de administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público, contrato de usos temporales de espacios públicos, contrato de concesión de espacios públicos y contrato de uso y manejo especial de antejardines en ejes comerciales. Empero, no se profundiza en dicha guía sobre el cobro de tributos que se puedan percibir por el uso del espacio público. Es decir la *Guía de mecanismos* solo desarrolla la forma jurídica del acuerdo de voluntades en modalidades distintas —pero todas contractuales— para la gestión, intervención y aprovechamiento económico del espacio público. No obstante, y a partir de allí, el municipio de Manizales adopta el cobro de una compensación por el aprovechamiento económico con usos temporales como una herramienta de financiación.

3.1.2 Acuerdo 843 de 2014

A través de este acto administrativo se desarrollan los siguientes aspectos: (i) autorizaciones temporales para la utilización del espacio público; (ii) compensaciones y (iii) condiciones para el uso temporal del espacio público; siendo el tema de las compensaciones el centro de análisis de este documento. En lo pertinente a las compensaciones reza así el acuerdo:

Artículo 5. El municipio de Manizales cobrará una cuantía como compensación por el uso temporal del espacio público, aplicando la siguiente fórmula, relación y zonificación:

$$C = B \times a \times t$$

C: Compensación a pagar al Municipio de Manizales por parte del beneficiario del permiso de Uso temporal en espacio público.

B: Porcentaje del Salario mínimo diario legal vigente a aplicar, según la siguiente zonificación:

Porcentaje del salario mínimo diario legal vigente a aplicar

Centro: 25%

Cable: 20%

Chipre-La Enea: 15%

Otros sectores: 10%.

Parágrafo. La zonificación anterior es la comprendida en las áreas delimitadas en los planos anexos y que hacen parte integrante del presente acuerdo.

Artículo 6. La realización de ferias artesanales, mercados persas, de las pulgas y/o afines en el Municipio de Manizales, se podrá autorizar para plazas parques y plazoletas a excepción de la plaza de Bolívar, parque Caldas, parque Ernesto Gutiérrez y parque Fundadores, su cobro se calculará según la siguiente fórmula y relación:

$$C = B \times a \times t$$

C: Valor a pagar al Municipio de Manizales por parte del beneficiario del permiso de uso temporal en espacio público.

B: Porcentaje del Salario mínimo diario legal vigente a aplicar, según la siguiente zonificación:

Porcentaje del salario mínimo diario legal vigente a aplicar:

Comuna Cumanday: 15%

Otros Sectores: 10%

A: Metros cuadrados de espacio público autorizado.

T: Número de días autorizados para la ocupación de espacio público.

Artículo 7. Se exceptúan del cobro, más no de Autorización Temporal, las siguientes actividades:

1. Actividades artísticas, culturales, deportivas, recreativas, organizadas y/o avaladas por Entidades Públicas del orden Municipal del municipio de Manizales.

2. Eventos de proselitismo político o de participación ciudadana que se desarrollen en el espacio público y que no generen ingresos económicos.

3. Obras y actividades de carácter social sin ánimo de lucro o con fines de caridad, solidaridad o beneficencia, debidamente acreditadas y autorizadas ante la Secretaria de Gobierno municipal con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la misma.

Artículo 8. Los recursos causados tendrán destinación específica dentro del presupuesto Municipal y una vez incluidos en los estados financieros del municipio solo podrán ser invertidos en la conservación, el mantenimiento, la construcción, y el buen uso del espacio público.

Ahora bien, la motivación legal del citado acuerdo se fundamenta en la siguiente normativa: de la Constitución, artículo 82 (uso y protección del espacio público), artículo 311 (funciones de los municipios como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado), artículo 313 numerales 4 y 7 (facultad de los concejos de votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales, así como reglamentar los usos del suelo); de la Ley 1551 de 2012⁵, artículo 6 (que modifica el artículo 3 de la Ley 136 de 1994, numeral 3: promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal); de la Ley 9 de 1989, el artículo 7 (facultad de los municipios de crear entidades para el manejo y administración del espacio público, así como la contratación con entidades privadas de la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico); del Decreto 1504 de 1998, el artículo 18 (los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio).

Con base en esta normativa la municipalidad básicamente sustenta el cobro de la compensación por el uso del espacio público en: la facultad legal de celebrar *contratos* para los fines indicados y la potestad de los concejos de votar, con sujeción a la ley, los tributos locales.

⁵ Por medio de la cual se dictan normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios.

Es de anotar además, que en el texto del acuerdo aludido, no se hace referencia a ninguna norma de orden nacional o ley expedida por el Congreso de la República que haya instituido a favor de las entidades territoriales de carácter municipal el cobro por el aprovechamiento económico del espacio público, o en su defecto, que haya autorizado a las corporaciones de elección popular de los municipios para la creación de tal compensación.

Es evidente que la administración municipal tuvo la voluntad, y en efecto la materializó, de establecer un tributo municipal del cual pueden identificarse los elementos que lo componen a partir de las definiciones conceptuales elaboradas en el capítulo precedente como son:

Sujeto activo: el municipio de Manizales, ente a cuyo favor se estableció la *compensación*.

Sujeto pasivo: se trata de un sujeto pasivo calificado, es decir, personas jurídicas interesadas en realizar actividades comerciales con fines de lucro en el espacio público de la ciudad.

Hecho generador: lo constituye el uso temporal del espacio público, es decir, el hecho material cuya realización produce el efecto jurídico de dar nacimiento a la obligación de pago frente al ente municipal. Para que nazca esta obligación, conforme al artículo 2 del Acuerdo 843, se requiere que

concurran simultáneamente tres elementos: uno referido al tipo de actividad, a saber, actividades comerciales con fines de lucro; otro de tipo espacial en tanto dichas actividades se realicen en plazas, parques y plazoletas; y, finalmente, un aspecto temporal que delimita el uso del espacio público solo de manera transitoria.

Base gravable: según las fórmulas contempladas en los artículos 5 y 6 del citado acuerdo, la base gravable se determina en función de dos aspectos: número de metros cuadrados de espacio público autorizado y número de días autorizados para la ocupación del espacio público. Se trata de una base gravable no monetaria puesto que la cuantificación del tributo surge no de unidades monetarias, sino de unidades distintas al dinero tales como los metros y los días.

Tarifa: se determina, según el acuerdo, por la aplicación de una fórmula que conjuga (i) un porcentaje del salario mínimo en función del sector de la ciudad donde se expida la autorización, (ii) el número de metros cuadrados ocupados y (iii) el número de días de ocupación temporal. Se trata, entonces, de una cuota variable porque requiere la combinación de varios elementos para obtener el monto de la *compensación*.

Adicionalmente, y conforme al estudio efectuado en el capítulo anterior, el mencionado tributo puede ser clasificado como una tasa dado que tiene todos los

elementos configurativos de este tipo de gravámenes. La compensación tiene una destinación específica que es la conservación, el mantenimiento, la construcción y el buen uso del espacio público en el municipio de Manizales, por lo que los recursos recaudados tienen como finalidad la recuperación de los costos en los que debe incurrir el ente territorial para lograr dicho objetivo; además, de que el valor pagado por el sujeto pasivo tiene una relación directa con la utilización del espacio colectivo toda vez que si no concurre el pago de la tasa no se podrá usufructuar el bien público, teniendo en cuenta que también existe una contraprestación para el contribuyente que es la de llevar a cabo su actividad una vez cumpla con el pago de la compensación.

Desentrañada la estructura de la *compensación* creada mediante al acto administrativo objeto de estudio, procede el análisis de la figura bajo las perspectivas de los principios del derecho tributario y la facultad legal para su creación.

3.1.3 Los principios del derecho tributario

En este apartado se hará el análisis de los principios de seguridad jurídica, generalidad, equidad, progresividad y eficiencia puesto que lo relativo al principio de reserva de ley se observará con detenimiento en el acápite de la facultad legal para su creación.

3.1.3.1 Principio de seguridad jurídica en materia tributaria

Este principio refiere al conocimiento claro por parte del ciudadano de la norma impositiva (su existencia y alcances) y de los efectos que una norma de este tipo genera en su quehacer cotidiano; a su vez, está íntimamente relacionado con el principio de confianza legítima que consiste en que,

el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten sus comportamientos a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en unas acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración Pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. (Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2004. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas)

También está ligado este principio al de irretroactividad de la ley tributaria, el cual impone a la nueva norma la no afectación de situaciones jurídicas consolidadas.

Al tenor de lo dicho se observa que el acuerdo en cuestión no consagra un cobro de *compensación* para ocupaciones puntuales del espacio público anteriores a su vigencia, lo cual resulta lógico considerando que se trata del cobro por ocupaciones

temporales del espacio público dado que su ocupación de manera permanente está prohibida por mandato constitucional y legal.

3.1.3.2 Principio de generalidad

Este principio tiene fundamento en el artículo 95, numeral 9, de la Constitución conforme al cual es deber de todos los ciudadanos contribuir a las cargas fiscales del Estado bajo conceptos de justicia y equidad. Por ende, en la distribución de las cargas tributarias no puede tenerse en cuenta consideraciones que desconozcan el principio de igualdad: raza, nacionalidad, religión, por ejemplo.

En el Acuerdo 843, tal como se ha explicado, se fijó una contribución a favor del municipio a título de *compensación* por el uso temporal del espacio público; esto se entiende a partir de la exposición de motivos, los cuales buscan fundamentalmente racionalizar el uso de dicho espacio y obtener una fuente de financiamiento para el ente territorial.

Sin embargo, en el artículo 7 se establece una excepción a dicho cobro para las siguientes actividades: (i) actividades artísticas, culturales, deportivas, recreativas, organizadas y/o avaladas por entidades públicas del orden municipal de Manizales; (ii) eventos de proselitismo político o de participación ciudadana que se desarrollen en el espacio público y que no generen ingresos económicos; (iii) obras o

actividades de carácter social sin ánimo de lucro o con fines de caridad, solidaridad o beneficencia, autorizadas por la Secretaría de Gobierno Municipal.

En cuanto a la primera excepción se requiere del aval municipal a través de sus entidades descentralizadas para que la actividad a desarrollar en el espacio público no genere el cobro de la *compensación*, de tal manera que si no se logra dicho aval haya lugar a la causación de esta. No obstante, se observa que la norma no plantea cuál sería el procedimiento y cuáles los requisitos que debe acreditar el interesado para lograr dicho aval, lo que se dejaría al libre arbitrio de cualquier funcionario —pues tampoco se indica en cabeza de qué autoridad municipal está el otorgar el aval— respaldar o no la iniciativa, contrariándose así al principio de seguridad jurídica.

En lo que se refiere a eventos políticos “que no generen ingresos económicos”, la norma no consagra de qué manera se verifica tal condición para garantizar la aplicación equitativa del no pago de la *compensación*; además, es conocido que en épocas electorales el espacio público es ampliamente utilizado por las campañas políticas en aras de obtener el favor popular y con ello réditos importantes tanto en lo personal como en lo económico, lo cual no justifica que sean exoneradas del pago de la *compensación*.

Estos mismos cuestionamientos son pertinentes para la tercera excepción que prevé la norma, pues no explica las condiciones objetivas para su aplicación, dejando un amplio margen de discreción en la calificación del tipo de actividad.

Así las cosas, y ante la ambigüedad de la norma, sin duda alguna se lesiona no solo el principio de generalidad sino también el de seguridad jurídica.

3.1.3.3 Principio de equidad

Este principio tiene su fundamento en el artículo 363 de la Constitución, conforme al cual “el sistema tributario se funda en principios de equidad, eficiencia y progresividad”; en este sentido, la Corte Constitucional tiene el siguiente contenido:

el principio de equidad (artículos 95 num. 9 y 363 CP.) ha sido entendido como un desarrollo específico del principio de igualdad en materia tributaria. Incorpora el mandato de generalidad de la tributación, en tanto parte de asumir que la carga tributaria se distribuye entre todas las personas con capacidad de pago, pero va más allá, al fijar criterios sobre la forma en que debe llevarse a cabo dicha distribución de las cargas fiscales, en función de la capacidad contributiva de los sujetos llamados a soportarlas. En este orden de ideas, la equidad tributaria ha sido entendida por este Tribunal como “un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado

cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el mandato de equidad incluye una exigencia de equidad horizontal según la cual el sistema tributario debe tratar de idéntica manera a las personas que, antes de tributar, gozan de la misma capacidad económica, de modo tal que queden situadas en el mismo nivel después de pagar sus contribuciones. También postula un mandato de equidad vertical, identificado con la exigencia de progresividad, que ordena distribuir la carga tributaria de manera tal que quienes tienen mayor capacidad económica soporten una mayor cuota de impuesto. (Sentencia C-833 de 2013. Magistrado ponente: María Victoria Calle)

Si se considera que el propósito de la *compensación* es el de racionalizar el uso del espacio público —y de contera generar recursos para su mantenimiento—, no se tiene en cuenta en la fijación de la misma la capacidad económica de aquellos que utilizarán el espacio público con fines de lucro. Por ejemplo: no es lo mismo que un grupo de emprendedores deseen publicitar y ofrecer sus productos en la plazoleta de El Cable, a que la marca Coca Cola pretenda en el mismo espacio lanzar un nuevo producto. Además se tienen en cuenta los metros de espacio ocupado y el número de días de la actividad, sin consideración alguna de la capacidad económica de la persona que va a utilizar el espacio público. Por tanto, el acuerdo parte de la consideración general de que se trata de una actividad de lucro y bajo dicho criterio impone el pago de la *compensación* sin reparar más allá de ella.

3.1.3.4 Principio de progresividad

Con el mismo fundamento constitucional citado en el acápite anterior, este principio tiene una íntima relación con el de equidad; en la medida en que implica que la consideración de la capacidad económica del contribuyente es determinante para fijar el monto del aporte a los ingresos del Estado: entre mayores sean los ingresos mayor será la contribución. Según la Corte Constitucional:

el principio de progresividad, que es expresión de la equidad vertical, a través del cual se busca que el sistema tributario sea justo, para lo cual el legislador debe tener en cuenta la capacidad contributiva de las personas y por ello quienes tienen mayor capacidad deben asumir obligaciones mayores y su cuantía sea más proporcional a esa mayor capacidad (art. 363 C.P.). Al respecto la Corte ha manifestado que este principio “compensa la insuficiencia del principio de proporcionalidad en el sistema tributario pues como en este ámbito no basta con mantener en todos los niveles una relación simplemente porcentual entre la capacidad económica del contribuyente y el monto de los impuestos a su cargo, el constituyente ha superado esa deficiencia disponiendo que quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente”. (Sentencia C-1003 de 2004. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño)

Sin embargo, con base en lo anterior, la fijación de la *compensación* contenida en el Acuerdo 843 no establece el valor de la misma en función de los ingresos que se

perciban por la respectiva actividad lucrativa que se desarrolla en el espacio público; desconociendo de tajo el principio de progresividad.

3.1.3.5 Principio de eficiencia

Su contenido tiene dos aspectos: por un lado, que el recaudo de los tributos cumpla con la finalidad de contribuir eficazmente al sostenimiento de las cargas del Estado; y, por otro, que dicho recaudo no resulte siendo una tarea más gravosa para el Estado frente a lo que realmente obtiene.

A la luz de este postulado, se tiene que conforme al acuerdo en análisis, el recaudo por concepto de la *compensación* estará destinado al mantenimiento del espacio público de la ciudad; lo cual guarda correspondencia con la actividad que la genera en la medida en que son recursos que permiten optimizarlo. Sin embargo encontramos dos inconvenientes al respecto: (i) que el recaudo no sea el esperado dadas las excepciones que contempla la norma y (ii) las actividades exentas del pago de la *compensación* pueden generar un deterioro del espacio público sin otorgar carga alguna a aquel que se beneficie de su uso, por lo que no estará obligado a reparar dicho deterioro.

CAPÍTULO IV

POTESTAD TRIBUTARIA PARA IMPONER EL COBRO POR EL USO DEL ESPACIO PÚBLICO

4.1 Análisis y discusión de los resultados

Como ya se ha analizado, la compensación creada por el Acuerdo 843 de 2014 por el uso del espacio público en el municipio de Manizales es una tasa. Además, se identificaron sus elementos esenciales y se examinó el contenido del tributo a la luz de los principios del derecho tributario; por tanto, en este momento, es necesario dilucidar si el Concejo Municipal de Manizales tenía la facultad de crear o no dicho gravamen.

En el capítulo II de este trabajo se explicó de forma preliminar que las entidades territoriales tienen la facultad de imponer tributos de conformidad con los artículos 300 (numeral 4), 313 (numeral 4) y 338 de la Constitución; aunque dicha prerrogativa no es absoluta debido a que encuentra limitaciones en otras disposiciones constitucionales, la ley y la jurisprudencia, tal como se pasará a explicar a continuación.

En primera instancia se debe hacer referencia al concepto de poder tributario, el cual ha sido definido por el tratadista Juan Rafael Bravo Arteaga de la siguiente manera:

como sujeto del poder tributario, el Estado representa una soberanía que mantiene bajo su sujeción a los particulares, no simplemente como una manifestación de fuerza política y jurídica, sino con la finalidad fundamental de realizar el bien común de los asociados. Por virtud de ese poder encaminado al bien común, el Estado puede y debe establecer los tributos necesarios para proveer los recursos destinados al cumplimiento de sus fines. En tal virtud, produce las leyes tributarias, mediante el ejercicio de la potestad legislativa. Así lo dice el artículo 150 de la Constitución, en sus ordinales 11 y 12, cuando consagra la facultad del Congreso de establecer por medio de leyes las rentas y los tributos fiscales y parafiscales. (2012, p. 213-214)

En este sentido el poder de imposición tributaria consiste en la facultad de crear tributos y hacerse de recursos para la consecución de los objetivos, fines y demás responsabilidades que la Constitución le ha asignado al Estado; facultad, que recae principalmente en el Congreso de la República (Piza Rodríguez et al., 2010, p. 68).

Mientras que para Bravo Arteaga, bajo su criterio, las tres formas en que una entidad territorial puede ser sujeto activo de un tributo son:

[...] Por autorización genérica dada por ley expedida por el Congreso Nacional, para que los respectivos organismos departamentales,

distritales o municipales puedan establecer, cuando a bien lo tengan y dentro de ciertos límites cuantitativos, determinados tributos.

[...] Por creación directa, mediante ley expedida por el Congreso Nacional, con atribuciones a las entidades territoriales para que, mediante actos de carácter general expedidos por las Asambleas Departamentales o Concejos Distritales o Municipales, señalen las tarifas aplicables dentro de determinados límites.

[...] Por cesión hecha por la Nación a los departamentos y distritos o municipios, mediante ley expedida por el Congreso Nacional. En este caso, la ley ha creado con todos sus elementos jurídicos necesarios el correspondiente tributo y, posteriormente, lo ha cedido a las entidades territoriales. (2012, p. 216-217)

Aunado a lo anterior, se tiene que el artículo 1 de la Constitución organiza al Estado colombiano como una república unitaria y descentralizada dotando de autonomía a los departamentos, municipios y territorios indígenas para poder encargarse de sus propios asuntos; es decir de establecer sus prioridades y necesidades, así como la forma de satisfacerlas; siendo la consecución de recursos el primero de los intereses para poder gestionar los otros; por tanto, la imposición de tributos es una de las modalidades con la que los mencionados entes cuenta. Bajo este entendido deben armonizarse los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la Constitución con el contenido de los artículos 300 (numeral 4), 313 (numeral 4) y 338 de la misma, ya que estas disposiciones constitucionales son herramientas para materializar la autonomía territorial.

Sin embargo en un Estado social de derecho —como es el caso colombiano— ningún poder, en especial el de la imposición tributaria, es absoluto; así, conforme lo determina el artículo 287 de la Constitución, las entidades territoriales están limitadas tanto por los preceptos constitucionales como legales.

Teniendo en cuenta este panorama, hay que agregar que la discusión sobre el poder de imposición de los departamentos y municipios no ha sido pacífica; toda vez que la coexistencia de diversas normas dentro del texto constitucional que permiten la creación de tributos tanto al congreso como a los entes territoriales ha originado diversas interpretaciones que sugieren una facultad moderada de las entidades locales para imponer gravámenes o la sujeción total de dichas entidades a la expedición de leyes por parte del congreso.

Es por ello que se torna necesario revisar la posición que han adoptado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado sobre la cuestión anterior, ya que es sobre el precedente fijado por estas corporaciones que los jueces deben decidir sobre la legalidad de los tributos que se impongan por parte de asambleas y concejos.

4.1.1 La posición de la Corte Constitucional en materia de tributos

El supremo tribunal de lo constitucional ha trasegado por varias posiciones desde la más rotunda negación de la autonomía tributaria territorial hasta el

reconocimiento de cierta independencia impositiva, siempre y cuando exista una autorización legal.

En uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, la Corte estimó que:

la Corte juzga necesario poner de presente que la denominada tesis de la “soberanía fiscal” de las entidades territoriales no tiene asidero constitucional. Así se infiere de manera clara e inequívoca no solo del contexto sistemático de la Carta y en particular de los artículos citados, sino además de la misma historia de dicha iniciativa.

La propuesta de consagrarla fue derrotada en la Asamblea Constitucional. Esos mismos elementos permiten sin reticencias afirmar que en la nueva Carta el Constituyente en esta materia conservó los lineamientos básicos del régimen anterior pues les reconoció una autonomía fiscal limitada. Es decir, su ejercicio se subordina a los términos que señale la ley.

En efecto, pese a que la Carta del 91 incrementó notablemente la capacidad tributaria de las entidades territoriales, sin embargo, en materia impositiva mantuvo la subordinación de su poder normativo a la ley, según claramente lo estipulan los artículos 300-4 y 331-4 de la Carta. En otros términos, la facultad impositiva de las entidades territoriales continúa supeditada a la ley y ha de ejercerse con estricta sujeción a los parámetros que en ella se fijen. (Sentencia C-517 de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón)

En esta providencia se deja claro que las entidades territoriales deben ceñirse estrictamente a la ley y a las pautas señaladas en la misma para la adopción de

tributos en cada uno de sus entes, eliminando desde todo punto de vista la independencia fiscal de los departamentos y municipios.

Posteriormente, en la sentencia C-467 de 1993, aludió que:

dentro del reconocimiento de autonomía que la Constitución les otorga a los municipios en diferentes campos, en materia impositiva éstos no cuentan con una soberanía tributaria para efectos de creación de impuestos, ya que dicha facultad se encuentra limitada o subordinada no sólo a la Constitución sino también a la ley, tal como lo ha expresado esta Corporación. (Ver sentencia C-04, enero 14-93, Ponente Dr. Ciro Angarita Barón) Sin embargo no se puede desconocer su total autonomía en lo que se refiere a la administración, manejo y utilización de los recursos tributarios que recauden por concepto de impuestos directos e indirectos.

[...] para efectos de establecer un impuesto municipal se requiere de una ley previa que autorice su creación, la que como es obvio debe adecuarse a la preceptiva constitucional. Una vez creado el impuesto, los municipios adquieren el derecho a administrarlo, manejarlo y utilizarlo en las obras y programas que consideren necesarias y convenientes para el municipio y la comunidad en general de acuerdo con una política preconcebida, sin que pueda el Congreso injerir en su administración, ni recortarlo, ni conceder exenciones, ni tratamientos preferenciales, ni extenderlo, ni trasladarlo a la Nación, en esta última hipótesis salvo el caso de guerra exterior.

Aquí, la Corte solo reconoce la autonomía territorial de departamentos y municipios para la administración de los recursos tributarios que sean de su gestión y manejo;

es decir que los entes locales podrán adoptar el tributo una vez el congreso expida una ley que los autorice para tal fin; separando todo poder de imposición a tales entes y otorgándole esta facultad de forma exclusiva a la rama legislativa. En otras palabras, son independientes en la administración de sus rentas en tanto que los tributos de los que se derivan las mismas solo pueden ser creados por medio de la ley.

Luego, en la sentencia C-537 de 1995 con ponencia de Hernando Herrera Vergara, expone una tesis más flexible:

por voluntad del constituyente de 1991, el artículo 338 de la Carta Fundamental estableció la potestad para el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales, de imponer en tiempo de paz, contribuciones fiscales o parafiscales, dejando a la ley, las ordenanzas y los acuerdos, la atribución para fijar en forma directa los sujetos activos y pasivos, así como los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

A juicio de la Corte, los elementos requeridos para la fijación de las contribuciones fiscales o parafiscales, pueden estar determinados no sólo en la ley sino también en las ordenanzas departamentales o en los acuerdos municipales, de manera que al no señalar el legislador directamente dichos elementos, bien pueden en forma directa hacerlo las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales o Municipales, como se desprende del contenido e interpretación del mismo texto constitucional -artículo 338 CP.-, que claramente dispone 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”, lo que indica que la atribución de los entes territoriales para la fijación de los elementos mencionados, la concede el mismo ordenamiento superior en el precepto constitucional enunciado.

Bajo esta premisa se permite a las asambleas y concejos la fijación de los elementos esenciales del tributo, a saber: sujetos, hecho imponible, base gravable y tarifa, si la ley que ha creado el gravamen no los ha especificado; ya que si la norma expedida por el congreso no determina todas las pautas para la adopción del tributo, las entidades territoriales pueden hacerlo en aplicación de lo descrito en el artículo 338 de la Constitución.

Por su parte, la sentencia C-1097 de 2001 advirtió sobre el poder tributario compartido entre el congreso y las asambleas departamentales y concejos municipales:

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.

[...] En todo caso, cuando quiera que la ley faculte a las asambleas o concejos para crear un tributo, estas corporaciones están en libertad de decretar o no el mismo, pudiendo igualmente derogar en sus respectivas jurisdicciones el tributo decretado. Hipótesis en la cual la ley de facultades mantendrá su vigencia formal a voluntad del Congreso, al paso que su eficacia práctica dependerá con exclusividad de las asambleas y concejos. De lo cual se concluye que mientras en los tributos de linaje nacional el Congreso goza de poderes plenos, en lo tocante a los tributos territoriales su competencia es compartida con las asambleas y concejos, a menos que se quiera soslayar el principio de autonomía territorial que informa la Constitución.

En esta posición jurisprudencial la autonomía de las entidades territoriales reside en la posibilidad de fijar los elementos esenciales del tributo y en la prerrogativa de asambleas y concejos de adoptar o no los gravámenes decretados por la ley en cada una de sus jurisdicciones, sin que medie la voluntad del legislativo en la toma de dicha decisión.

A su turno, la sentencia C-538 de 2002 apuntó que:

si bien es cierto que en relación con los tributos nacionales el legislador debe fijar todos los elementos, esto es, sujeto activo, sujeto pasivo, hechos y bases gravables y tarifas; también lo es que frente a los tributos territoriales el Congreso no puede fijar todos sus elementos porque estaría invadiendo la autonomía de las entidades territoriales. De este modo, la fijación de los parámetros básicos implica reconocer que ese elemento mínimo es la autorización que el legislador da a las entidades territoriales para la creación del tributo.

No obstante la Corte también adujo que el congreso, en la ley que autoriza a los departamentos y municipios para establecer el tributo, podría determinar la destinación de los recursos obtenidos por la imposición del gravamen. Evidenciándose con esta providencia una posición más favorable ante la autonomía territorial, pues no solo autoriza a los entes locales a definir los elementos del tributo sino que radica exclusivamente esta competencia en asambleas y concejos; provocando que el congreso solo sea el responsable de emitir leyes que autorizan el tributo, así como en casos justificables señalar la destinación de los recursos obtenidos.

Finalmente, la C-035 de 2009 puntualizó que la norma que expida el congreso para la creación de un tributo territorial debe seguir dos criterios: (i) la autorización del gravamen y (ii) la delimitación del hecho gravado. En tanto que,

la autonomía tributaria de los entes territoriales exige al legislador reservar un espacio para el ejercicio de sus competencias impositivas, de manera que el Congreso no puede determinar todos los elementos de la obligación tributaria, porque produciría un vaciamiento de las facultades de las asambleas y concejos.

[...] En otras palabras, la jurisprudencia ha aceptado que la sola autorización del tributo constituye un parámetro mínimo constitucionalmente aceptable, a partir del cual puede admitirse que las ordenanzas y los acuerdos puedan fijar los elementos de la obligación tributaria. Sin embargo, también ha puesto de presente que “debido a que la identidad del impuesto se encuentra íntimamente ligada al hecho

gravable, es claro que la ley debe delimitar los hechos gravables que son susceptibles de ser generadores de impuestos territoriales”.

4.1.2 El Consejo de Estado ante el tributo

En la sentencia del 16 de marzo de 2001, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró:

la autonomía de los entes territoriales en materia impositiva, sólo puede desarrollarse dentro del marco fijado por la ley, como quiera que la facultad impositiva originaria se encuentra sólo en cabeza del Congreso de la República y la facultad de las entidades territoriales es derivada de ésta y por tanto no puede remplazarla o extralimitarla.

Como lo dispone la Constitución Política, las asambleas departamentales son corporaciones que cumplen funciones administrativas, de suerte que en ningún caso pueden ejercer la función legislativa de establecer los elementos esenciales de la obligación tributaria, sin que medien parámetros legales previamente establecidos, conforme a los principios que orientan el derecho tributario. Cosa distinta sería, que con sujeción a la ley que fijara los parámetros sobre los cuales la entidad territorial, pudiera determinar los elementos de la obligación tributaria, pero sin la mínima orientación del legislador al respecto, ello no es posible, porque tal proceder equivaldría a delegar la competencia legislativa del Congreso en una corporación que cumple funciones administrativas. (Radicación número: 66001-23-31-000-1999-0439-01(10669). Consejero ponente: Germán Ayala Mantilla)

En un sentido similar tenemos los pronunciamientos del 11 de marzo de 2004 (13576), del 17 de julio de 2008 (16170) y del 04 de septiembre de 2008 (16850), en los cuales sostiene que la determinación de los elementos esenciales del tributo se efectúa por el legislador directamente o por las entidades territoriales subordinadas a los parámetros fijados por el mandato legal expedido por el congreso.

En la providencia del 09 de julio de 2009, el Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa modificó la línea decisoria que venía adoptando al anotar lo siguiente:

de acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el artículo 338 de la Constitución Política señala la competencia que tienen los entes territoriales para que, a través de sus órganos de representación popular, determinen los presupuestos objetivos de los gravámenes de acuerdo con la ley, sin que tal facultad sea exclusiva del Congreso, pues de lo contrario se haría nugatoria la autorización que expresamente la Carta les ha conferido a los Departamentos y Municipios en tales aspectos.

No obstante, debe advertirse que la mencionada competencia en materia impositiva de los municipios, para el caso, no es ilimitada, pues no puede excederse al punto de establecer tributos ex novo, pues la facultad creadora está atribuida al Congreso, pero a partir del establecimiento legal del impuesto, los mencionados entes territoriales, de conformidad con las pautas dadas por la Ley, pueden establecer los

elementos de la obligación tributaria cuando aquélla no los haya fijado directamente.

[...] Así las cosas, la Sala concluye que la norma que autoriza el tributo en cuestión, determina el hecho generador del mismo y a partir de este los Municipios, con fundamento en el artículo 338 de la Carta, bien pueden fijar los demás elementos del impuesto, sin que se aprecie que la norma creadora del mismo impida a los entes territoriales ejercer sus facultades impositivas. (Radicación número: 17001-23-31-000-2006-00404-02 (16544). Consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia)

Como se colige del análisis jurisprudencial efectuado tanto de los pronunciamientos de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, las altas corporaciones han trasegado entre diversas posiciones: desde una posición en la que no se reconocía de ninguna forma la facultad impositiva de las entidades territoriales, pasando por un enfoque moderado, hasta llegar a una perspectiva en la cual —en virtud del artículo 338 de la Constitución— las asambleas y concejos tienen la competencia para fijar los sujetos, base gravable y tarifa de los tributos que hayan sido creados por parte del congreso.

Es importante resaltar que ambas instituciones judiciales coinciden en indicar que en cabeza de la rama legislativa radica la potestad de crear cualquier clase de tributos, por lo que al tratarse de gravámenes territoriales debe expresarse el hecho generador de los mismos. Por su parte el poder impositivo de las asambleas y concejos consiste, en primera medida, en decidir sobre el decreto o no del tributo y

del tiempo por el cual estará vigente; al igual que, en segundo lugar, debe establecer los demás elementos del tributo en desarrollo de los principios de autonomía territorial y descentralización.

El precedente jurisprudencial analizado ha sido resumido por Omar Alfonso Ochoa Maldonado (2011) de la siguiente manera:

basta la creación del mismo (tributo) y la delimitación del hecho generador, para que surja la competencia de las citadas corporaciones administrativas (asambleas departamentales y concejos municipales), la competencia para decretar dentro del ámbito de su jurisdicción, vía ordenanza o acuerdo, los elementos integrantes del tributo, sin que ello implique arrogarse competencias privativas de reserva de ley.

[...] las corporaciones de representación popular de las entidades territoriales, están facultadas para decretar en el ámbito de su jurisdicción, contribuciones fiscales y parafiscales que previamente hayan sido creadas por el legislador; en esos eventos, la ley de creación puede dejar un amplio margen de maniobra para que los elementos configurantes de la obligación tributaria sean determinados en forma específica por la entidad territorial respectiva. (p. 82)

De la misma forma, Julio Roberto Piza Rodríguez (2010) analiza las bondades de la posición tomada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; recalcando que las mismas son el resultado de una interpretación sistemática de los principios de república unitaria, igualdad, legalidad y reserva de ley, ya que es posible identificar quién ostenta la prerrogativa única de crear los tributos y las pautas que

deben seguir las entidades territoriales al ejercer el poder tributario que les entrega la Constitución. Ahora bien, debe analizarse si la compensación económica por el uso del espacio público en el municipio de Manizales implementada por el Acuerdo 843 del 19 mayo de 2014 atiende la potestad de imposición tributaria que el artículo 338 de la Constitución ha otorgado a los órganos de representación popular de las entidades territoriales.

Conforme a lo planteado la mencionada compensación puede ser clasificada como un tributo y específicamente como una tasa al ser posible la identificación de todos los elementos esenciales de la misma (sujetos, hecho generador, base gravable y tarifa), así como la naturaleza jurídica del cobro; es decir el pago de un determinado valor que permita la recuperación de los costos en los que incurre la administración municipal para la conservación y el mantenimiento del espacio público.

Con base en los planteamientos legales, jurisprudenciales y de doctrina, el Concejo Municipal de Manizales al expedir el acuerdo aludido quebrantó las disposiciones constitucionales que preceptúan que la facultad para la creación *ex novo* de cualquier tipo de tributo ya sea nacional o territorial está reservada al congreso y que el poder de imposición de las entidades locales está limitado por tal regla; en tanto su prerrogativa de decretar un gravamen está ceñida a una ley que autorice la creación del impuesto, tasa o contribución y a la determinación del hecho generador del tributo por parte del órgano legislativo.

Este acto administrativo, entonces, vulnera el principio de reserva de ley tributaria; el cual es definido como el mandato constitucional que establece que la creación y regulación de los tributos debe realizarse por medio de una ley; fundamentado en la voluntad de autonormación de una colectividad que no reconoce otros poderes que los que emanan del conjunto de los ciudadanos que forman parte de ella (Piza Rodríguez, 2010, p. 120), lo cual está consagrado en el artículo 338 de la Constitución.

De tal suerte que la implementación de la compensación que debe pagar la persona jurídica que pretenda hacer uso del espacio público del municipio de Manizales para adelantar una actividad económica no está cimentada por ningún soporte constitucional o legal; toda vez que constitucionalmente el concejo no era el competente para imponer tal gravamen, ni tampoco legalmente debido a que el congreso no ha expedido hasta el momento una ley en la que se fije la compensación ni en la cual autorice a la entidad territorial poder decretarla al señalar el hecho generador del tributo.

Empero, si bien es cierto que la compensación está infringiendo las disposiciones superiores, el cobro fue creado a partir de un acto administrativo que hasta el momento goza de presunción de legalidad; por lo tanto si no se deroga el acuerdo por parte del Concejo Municipal de Manizales o se declara la nulidad del mismo por parte de un juez competente seguirá surtiendo efectos; razón por la cual deben examinarse las vías existentes para lograr su eliminación del mundo jurídico.

CAPÍTULO V

MEDIOS JURÍDICOS PARA LA ELIMINACIÓN DEL COBRO POR LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

5.1 Recomendaciones legales ante la inconstitucionalidad del Acuerdo 843

Establecida la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 del Acuerdo 843 de 2014, es del caso determinar la continuidad o no de dichas disposiciones dentro del ordenamiento jurídico.

La Constitución en el artículo 1 afirma que Colombia es un Estado social de derecho, constituyéndose esta premisa en la introducción del contenido dogmático de la misma, determinando el marco jurídico y político de actuación tanto de las autoridades como de los ciudadanos; la cual se puede descomponer en dos contenidos íntimamente ligados: el Estado de derecho y el Estado social.

Por Estado de derecho ha de entenderse que la vida del Estado se erige sobre un sistema jurídico que es el referente de actuación de las autoridades, donde estas deben sujetarse a las normas jurídicas en todas y cada una de sus actuaciones. Es la norma la que determina a las autoridades sus competencias, señalándoles qué

pueden hacer y de qué manera ejercerlas a efectos de intervenir en la vida de los ciudadanos en sociedad.

El Estado social de derecho amplía de manera significativa dicho concepto puesto que hace trascender el fin del Estado como garante de la libertad y la igualdad, pilares de una vida en sociedad, a la dirección de los diferentes campos de la vida en comunidad para garantizar el pluralismo y derechos sociales tales como educación, salud, vivienda, seguridad social, acceso a los servicios públicos entre otros. Se pasa así, de una concepción individualista, a un concepto de bienestar colectivo.

De la consagración del Estado social de derecho se desprende otra premisa básica que soporta el orden jurídico. Se trata del contenido del artículo 4, conforme al cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. De lo anterior surge para el Estado colombiano la jerarquía normativa, es decir, la escala de valores en materia jurídica como punto de referencia para la validez de cualquier disposición que tomen las autoridades.

Siendo esta la razón de determinar la constitucionalidad de los artículos 5 y 6 del Acuerdo 843 de 2014, expedido por el Concejo Municipal de Manizales, pues es claro que esta corporación como autoridad constituida democráticamente debe atender los mandatos superiores para el ejercicio de sus competencias;

principalmente contenidas en el artículo 313 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012) entre otros.

Tal como pudo concluirse en el capítulo anterior, la implementación del cobro por la utilización del espacio público en el municipio de Manizales no tiene fundamento legal puesto que vulnera flagrantemente el artículo 338 de la Constitución; además de carecer de cimentación legal, pues no se ha expedido ley alguna que cree el mencionado cobro y que determine a la vez el hecho generador del mismo.

En concordancia con lo esbozado se propone en este capítulo definir las vías jurídicas para recomponer el ordenamiento jurídico lesionado con el Acuerdo 843 de 2014.

En este punto se precisa que a la par de las acciones o mecanismos legales tradicionales instituidos por los códigos, la Constitución de 1991 introdujo otras figuras de rango constitucional a través de cuyo ejercicio por parte de los ciudadanos se pretende materializar el concepto de Estado social de derecho. Por tanto, se partirá de las acciones de orden legal para luego determinar si dentro de las llamadas acciones constitucionales hay cabida a demostrar la ilegalidad de la norma municipal objeto de estudio.

No obstante, antes de entrar en materia, debe precisarse que los acuerdos municipales tienen la naturaleza de actos administrativos; actos que de manera

general y sin excepciones nacen para producir efectos jurídicos; constituyendo verdaderas decisiones jurídicas para actuar en el mundo real de los administrados bien sea de manera positiva o negativa; de ahí las condiciones de validez que prevé la ley en cada caso particular tales como la competencia de la autoridad para su expedición, la forma, el contenido y el aspecto temporal. La reunión de estos requisitos “permiten que el acto administrativo constituya un instrumento de actuación de la administración a través de la utilización de prerrogativas propias del poder político” (Sánchez, 2004, p. 95).

Dada la trascendencia jurídica del acto administrativo, la ley ha previsto revestirla de un atributo denominado *presunción de legalidad*; presunción que, hoy en día, se encuentra establecida en el inciso primero del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 en los siguientes términos:

pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre la finalidad y consecuencias de la presunción de legalidad, el tratadista Carlos Ariel Sánchez Torres puntualiza:

el principio de la presunción de legalidad y legitimidad persigue afianzar la posibilidad de que el acto surta efectos y que se presuma válido, legítimo y legal una vez se ha perfeccionado y se ha dictado,

para que así pueda cumplirse la finalidad del procedimiento. (2004, p. 97)

En cuanto a las consecuencias que se derivan de dicha presunción, precisa:

una vez en firme la decisión administrativa, se crea una situación jurídica nueva.

La presunción de legalidad debe desvirtuarse jurisdiccionalmente y le corresponde la carga de la prueba a quien lo afirma.

Los recursos jurisdiccionales no son suspensivos.

La decisión administrativa produce efectos hasta el momento en que el juez declara la nulidad.

En este sentido, los actos administrativos tienen la fuerza de cosa decidida.

Se explica que el acto administrativo fue expedido por funcionarios que tiene que actuar de acuerdo con la ley y en beneficio de la función administrativa.

Desde luego que es una presunción que admite prueba en contrario, que opera cuando el particular ejerce las acciones ante los tribunales de lo contencioso administrativo, porque no cuentan con los elementos que los estructura, es decir, que no está de acuerdo con la ley, o que fue expedido por un funcionario incompetente, o porque busca una finalidad diferente o porque tienen un motivo falso. (Sánchez, 2004, p. 97)

Conforme a lo anterior, el Acuerdo 843 de 2014 se presume ajustado a la Constitución y a la ley mientras no haya un pronunciamiento por parte de la autoridad judicial competente previo al ejercicio del medio de control que se ajuste a la naturaleza del acto y a las pretensiones anulatorias.

5.1.1. Medios de control del Acuerdo 843

En primer lugar —y a manera de ilustración— es importante destacar dos mecanismos legales de control de actos administrativos que, aunque en este momento ya no aplican para el Acuerdo 843 de 2014, hacen parte de los mecanismos legales objeto de este capítulo.

Es así como existe un control de legalidad de los actos de orden municipal cuando están en proceso de formación, a manera de saneamiento de cualquier vicio de forma o de fondo del que puedan adolecer, el cual se surte a través del mecanismo de objeción por parte de los alcaldes cuando le es remitido un acuerdo aprobado por el concejo para su respectiva sanción⁶.

Igualmente, y si se mantiene el acto, el Decreto Ley 1333 de 1986 —que contiene el Código de Régimen Municipal— en los artículos 119 y subsiguientes regula la

⁶ Según el artículo 315, numeral 6, de la Constitución, es atribución de los alcaldes entre otras: “sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico”.

acción de validez de los acuerdos municipales; pues una vez expedidos deben ser enviados en copia al gobernador y en caso de encontrar que sean contrarios a la Constitución o a la ley debe remitirlo dentro de los veinte (20) días siguientes al respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que allí se resuelva sobre la validez o no del acuerdo. Esta atribución de los gobernadores se mantiene en la actual Constitución, pues en el artículo 305 —numeral 10, sobre atribuciones de los gobernadores— establece: “revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al tribunal competente para que decida sobre su validez”.

En el acto administrativo objeto de análisis es claro que no se ejerció ninguno de estos mecanismos de control de legalidad puesto que su vigencia todavía se mantiene.

Continuando, con el estudio propuesto, se debe acudir a la Ley 1437 de 2011 —que contiene el “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”— que regula en su parte primera⁷ las normas a las cuales debe sujetarse la administración en sus actuaciones y la manera cómo los ciudadanos se pueden dirigir a la misma. Mientras que en la parte segunda se encuentra todo lo correspondiente a la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sus funciones jurisdiccionales y de consulta⁸.

⁷ Del artículo 1 al 102.

⁸ De los artículos 103 al 309.

Es en esta segunda parte donde van a encontrarse los mecanismos legales para mantener el orden jurídico ante posibles lesiones derivadas de las actuaciones de las autoridades de cualquier orden tal como reza el inciso primero del artículo 103, cuando establece el objeto y los principios de la jurisdicción contencioso administrativa: “los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley y la preservación del orden jurídico”.

Y a reglón seguido el artículo 104 indica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

está instituida para conocer, además de los dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que están involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Descendiendo de manera concreta a los medios de control, tenemos los siguientes: la nulidad, los mecanismos de protección de los intereses colectivos y la responsabilidad patrimonial de la entidad territorial.

5.1.1.1 La nulidad

Consagrada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en cuyos incisos primero y segundo se señala:

toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

Se trata de una acción para cuyo ejercicio está legitimada cualquier persona y su objeto recae frente a actos administrativos de carácter general —como es el caso del Acuerdo 843—; toda vez que el mismo no se dirige a un sujeto determinado o determinable, sino que recae de manera general y abstracta sobre cualquier ciudadano que pretenda la utilización del espacio público en los términos que allí se regulan.

Mientras que, según se desprende del análisis efectuado en el capítulo IV de este trabajo, al ser los artículos 5 y 6 contrarios a la Constitución la nulidad resulta como medio de control idóneo para atacar los mismos. De esta manera ha explicado el Consejo de Estado:

las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos

administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. A diferencia de la acción de simple nulidad, que puede ser ejercida por cualquier persona, en cualquier tiempo y sin necesidad de agotar vía gubernativa, la de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ejercerla la persona que crea que se le ha causado un perjuicio, esto es, aquella que es la titular del derecho supuestamente desconocido por el acto administrativo y, por ende, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar. El interesado, asimismo, debe probar que agotó la vía gubernativa y ejercer la acción oportunamente, esto es, dentro del plazo previsto en la ley. Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiera causado. A contrario sensu, si el acto es de carácter general, la acción de simple nulidad sería la adecuada para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en el último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto. (Radicación número: 52001-23-31-000-2008-00060-01(18671) de 2013. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas)

El objeto mismo y contenido de este medio de control, por su naturaleza, puede interponerse en cualquier tiempo (art. 164, Ley 1437 de 2011); es decir que no existe un término de caducidad para impetrarla; de tal manera que la misma procede no

solo mientras el acto este vigente, produciendo plenos efectos jurídicos, sino además habiendo sido derogado por la misma administración; pues en estos casos de normas derogadas es viable el control de legalidad por los efectos que se hayan producido o se sigan produciendo en la esfera de actuación de los ciudadanos.

De manera concreta se está, pues, frente a un tributo en la modalidad de tasa creado por el Concejo Municipal de Manizales sin que el mismo haya sido previamente creado de forma legal; presupuesto constitucional indispensable para revestir de legalidad, al menos en un principio, cualquier tributo que se desee implantar en el territorio colombiano.

En efecto, conforme al artículo 313 (numeral 4) es atribución de los concejos entre otras: “votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”; de tal manera que al haber creado el Concejo Municipal de Manizales un tributo que no nació por medio de la ley —es decir, que no fue credo por el legislador— se muestra una clara incompetencia que se traduce en las causales de *falta de competencia y desviación de las atribuciones propias de quien las profirió*; por tanto, se hace procedente el medio de control de nulidad para eliminar las disposiciones que lo contienen del ordenamiento jurídico.

En cuanto al funcionario judicial competente para conocer del medio de control de nulidad procedente en contra de los artículos 5 y 6 del Acuerdo 843 de 2014, lo es el juez administrativo en primera instancia (art. 155, Ley 1437 de 2011);

correspondiéndole la segunda instancia al respectivo Tribunal Administrativo (art. 153, Ley 1437 de 2011).

En este acápite no puede pasarse por alto la posibilidad que desde la presentación de la demanda sea posible petitionar la medida cautelar de *suspensión provisional de los efectos del acto administrativo* (art. 229, 230 y 231, Ley 1437 de 2011) por violación de las normas de derecho invocadas; caso en el cual corresponde al juzgador confrontar tales normas con el acto en cuestión. Así, de encontrar contradicción entre normas, podrá ordenar la suspensión del acto administrativo de manera previa y provisional a la sentencia hasta que se decida de fondo el proceso.

5.1.2 Protección de los derechos e intereses colectivos

De conformidad con el artículo 88 de la Constitución:

la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Esta disposición fue reglamentada por la Ley 472 de 1998 (por medio de la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones) y procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan

violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos; toda vez que, y tal como se estableció en el capítulo II, el espacio público contiene un derecho a su uso y goce por parte de toda la colectividad; por lo tanto resulta pertinente analizar si ante las restricciones al uso del mismo, al no pagarse la *compensación económica*, ello se traduce o no en una violación a este derecho colectivo.

Así las cosas, y considerando que la mencionada compensación económica se estableció por el Concejo Municipal de Manizales sin ninguna atribución constitucional ni legal, se puede afirmar que con dicho cobro se vulnera el mencionado derecho colectivo puesto que representa una restricción a su uso y goce por lo que se itera de manera antijurídica.

Por tanto, se considera jurídicamente procedente que frente a los artículos 5 y 6 del acuerdo en estudio se pueda interponer por cualquier ciudadano la acción popular en aras de la defensa del espacio público; máxime que la causa de dicha violación la constituye, en este caso concreto, un acto administrativo.

En efecto, esta posibilidad la contempló de manera precisa el artículo 144 de la Ley 1437 al hacer referencia al medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos:

cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto

administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Abriéndose así la posibilidad, en este caso concreto, de acudir al juez administrativo en ejercicio de la acción popular para petitionar la protección del derecho colectivo al espacio público para que tome las medidas necesarias para el cese de tal vulneración; medida que, en este caso, sería la suspensión provisional de los artículos 5 y 6 del Acuerdo 843 para que estos no produzcan efectos jurídicos. Sin embargo, se considera a la par con lo anterior, debe impetrarse de todas maneras la nulidad en contra de los mismos puesto que la suspensión es meramente provisional (temporal) por lo que no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo; siendo necesario buscar la eliminación definitiva de dichas normas del ordenamiento jurídico.

En este punto se resalta que antes de la expedición de la Ley 1437, que tal como se indicó restringió de manera puntual y concreta la posibilidad de anular actos administrativos vía acción popular, la jurisprudencia del Consejo de Estado tuvo dos vertientes, a saber: algunas veces sostenía la procedencia de la anulación a través de este mecanismo constitucional, mientras que en otras ocasiones negaba tal posibilidad. Por ejemplo, la sección cuarta sostiene:

si bien la acción popular no es una acción residual, ni resulta improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial,

tampoco se ha querido con ella instituir un sistema paralelo, que desconozca las acciones judiciales ordinarias, con mayor razón cuando estas protegen adecuada y oportunamente la supremacía de la Constitución. La discusión sobre la aplicación y la legalidad de la exención no es asunto que pueda resolverse a través de la acción popular, salvo que resulte evidente, la vulneración de derechos colectivos, pero mientras se mantiene la presunción de legalidad de los actos administrativos y no se demuestre la ilegitimidad del comportamiento de la sociedad Compesar SA tampoco puede concluirse la vulneración del derecho a la protección del patrimonio público. (Sentencia del 28 de agosto de 2003. Expediente 25000 2324 000 2002 90178 01)

La misma sección, ya había razonado en sentido contrario:

los antecedentes legislativos señalan que es procedente la acción popular contra los actos administrativos que amenacen o vulneren los derechos colectivos, al indicar que la sentencia debe contener:

“El contenido de la sentencia es diferente, según se trata de una acción popular o de grupo. Para las primeras (acción popular) , la sentencia puede contener una orden de hacer o no hacer, ordenar la revocatoria de un acto administrativo, ordenar el cumplimiento de un acto administrativo, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo, en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible y el incentivo para el actor” (Gaceta No. 227 del 5 de septiembre de 1995. P. 16).

Se tiene entonces, contrario a lo expuesto por el Tribunal, que el artículo 88 de la Constitución Política permite el ejercicio pleno para prevenir o hacer cesar la vulneración a los derechos colectivos, es procedente la acción popular contra acciones, ya sean estos actos, hechos u omisiones de la autoridad pública o de los particulares, así no hayan sido suspendidos ni anulados por la jurisdicción. (Sentencia del 26 de junio de 2003. Expediente: 25000 2326 000 2002 0249 01)

En suma, y conforme a lo ilustrado, bien se podría por la vía de la acción popular peticionarse la suspensión de las normas municipales objeto de análisis por ser constitutivas de manera directa de una violación al derecho colectivo al uso y goce del espacio público; violación materializada en el cobro ilegal de una tasa para poder ejercer tal derecho.

5.1.3. La responsabilidad patrimonial de la entidad territorial.

Dentro de este análisis cobra especial importancia la determinación de la responsabilidad del ente territorial a raíz de la expedición de una norma contraria a la Carta Política.

En aras de definir lo anterior, es del caso citar el artículo 90 de la Constitución que consagra la regla general a partir de la cual se establece la responsabilidad del Estado por la actuación de sus agentes:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Es este el marco de referencia a partir del cual se han desarrollado por la doctrina y por la jurisprudencia los distintos regímenes de imputación que permiten en cada caso concreto determinar si el Estado a través de sus agentes causó un daño antijurídico, bajo supuestos de responsabilidad bien sea subjetiva esto es, la falla del servicio, u objetiva como lo sería el caso del daño especial y del riesgo excepcional.

El Consejo de Estado ha explicado lo siguiente cuando se trata de establecer la responsabilidad del Estado derivada de sus actuaciones u omisiones:

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En cuanto a los elementos para que proceda la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de: (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado –o determinable–, (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente

imputable a la administración y (iii), cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

Así, entonces, el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad dice relación con la existencia del daño; en este sentido, el daño –a efectos de que sea indemnizable– requiere estar cabalmente estructurado, razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

Respecto del estudio del daño antijurídico esta Corporación ha sostenido:

“en términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público.

La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión.

Con anterioridad, el examen judicial de estas controversias, por lo general, enfocaba inicialmente la comisión de una falla del servicio, conducta consecuente con el concepto de daño que tradicionalmente

se había venido manejando, según el cual la antijuridicidad del daño se deducía de la ilicitud de la causa” (se resalta).

En época más reciente, sobre el mismo aspecto señaló:

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, (sic) es la existencia del daño, puesto que (sic) si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencias ... se ha señalado tal circunstancia precisándose que ‘es indispensable, en primer término, determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo (sic) puede o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado ...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado” (se resalta).

Así, pues, como quiera que la antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración; al respecto, la doctrina ha sostenido: “La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene

porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término –el daño– es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”. (Sentencia del 23 de septiembre de 2015. Expediente: 76001-23-31-000- 2008-00974-01(38522). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera)

En este punto del análisis es necesario entonces establecer el alcance del concepto de daño, según la doctrina citada por el tratadista Juan Carlos Henao:

Hechas las anteriores precisiones es oportuno recordar algunas definiciones de daño, so sin advertir que, como ya es usual en el tema, se considera que el daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de cosas existente.

Veamos algunas definiciones sobre el punto: Para De Cupis, “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”. Para el tratadista Hiestrosa, “daño es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebrando económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”. Para Javier Tamayo, “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”. A su turno Escobar Gil escribe que “en el lenguaje corriente la expresión “daño” significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio, que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano,

inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”. Para Bustamante Alsina, daño “significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”.

Se puede extraer el elemento común de lo hasta aquí expresado, para llegar a la siguiente definición: daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima. (1998, p. 57)

Conforme a la jurisprudencia y la doctrina, es entonces imprescindible determinar la existencia del daño como primer elemento sobre el cual se funda la responsabilidad del Estado.

Dentro de este contexto puede afirmarse que se produce daño, con la expedición de normas contrarias a la Constitución que lesionan económicamente al ciudadano, es decir, que menoscaban el patrimonio individual a partir de cobros sin soporte legal, como es el caso del cobro de tributos que posteriormente son excluidos del ordenamiento jurídico por violación a las normas superiores.

Si nos remitimos al contenido del artículo 90 de la Carta mencionado, no se observa distinción alguna en cuando a la causa del daño ni del agente autor del mismo, por lo que puede entenderse al tenor del artículo 6 ídem conforme al cual “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión o

extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, que las competencias normativas ejercidas por fuera del marco de la Constitución y la ley, acarrearán responsabilidad. Es así como ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha perfilado la responsabilidad del legislador, a partir de lo cual se puede considerar que la misma responsabilidad se predica de las autoridades seccionales o locales encargadas de disponer las normas a las cuales debe sujetarse la administración departamental o municipal, en su orden.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó al Congreso de la República reparar al demandante bajo la consideración de que la sola expedición de una norma viciada de inconstitucionalidad configuró una falla en el servicio por parte del legislador que generó un daño antijurídico:

En una muy reciente sentencia con la que se desató un caso en el que se discutía la responsabilidad patrimonial del Estado por los mismos hechos que se ventilan en la demanda que ahora se decide en segunda instancia, tras realizar un extenso recuento de la jurisprudencia de la Corporación en torno a la relación existente entre la responsabilidad del Estado y las situaciones jurídicas consolidadas, esta Subsección declaró patrimonialmente responsable al Congreso de la República por los perjuicios causados con ocasión del pago de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, generados con ocasión de la declaratoria de inconstitucional de los artículos que la crearon; en aquella ocasión se realizaron algunas consideraciones que por su evidente pertinencia para el caso concreto se transcribirán in extenso, así:

“5.3.- Los argumentos que permiten abrir paso a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el sub lite.

[...] “Los razonamientos que llevaron a la Sala a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en el fallo que se acaba de transcribir resultan perfectamente aplicables al caso que se examina en esta oportunidad; las líneas generales de dicha postura jurisprudencial pueden resumirse en los siguientes puntos: i) Ninguna autoridad o sus actuaciones escapan a los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, es decir al estudio que deba realizarse en cada caso concreto acerca de si la conducta –activa u omisiva– de las autoridades públicas pudo haber causado un daño antijurídico que les resulte imputable; ii) La eventual modulación de los fallos de nulidad o de inexecuibilidad en nada puede afectar o incidir en la declaratoria de responsabilidad de la entidad emisora de la norma de carácter general que a la postre resulta contraria a mandatos superiores, legales y/o constitucionales, según corresponda; iii) Los ciudadanos no se encuentran en el deber de soportar la carga que les impone un conjunto normativo que ha debido ser expulsado del ordenamiento jurídico, razón por la cual se entiende configurado un daño antijurídico; iv) Considerar que el deber de cumplir las obligaciones impuestas por normas que posteriormente resultan declaradas ilegales o inconstitucionales constituye una carga que los ciudadanos están en el deber de soportar, comportaría ‘enviar un mensaje completamente equivocado a la ciudadanía, en el sentido de que le puede resultar más rentable y conveniente evadir o no cumplir las obligaciones tributarias –o cuestionar su conformidad a Derecho, administrativa o judicialmente, con o sin fundamento, a fin de evitar que la situación jurídica individual se consolide–, que atenderlas cabalmente’; y, v) El régimen de responsabilidad aplicable para este tipo de eventos lo constituye la falla del servicio, imputable a la

autoridad emisora de la disposición normativa de carácter general que haya sido objeto de expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la autoridad judicial competente.

[...] “En este orden de ideas, para la Sala existen argumentos suficientes para considerar que procede el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio del Estado legislador por la declaratoria de inexecutable de una ley, por cuya virtud se haya creado un tributo, siempre y cuando, se reitera, se verifiquen los demás elementos que integran dicho régimen jurídico”. (Sentencia del 16 de julio de 2015. Expediente: 25000-23-26-000-2003-00198-01(29601). Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón)

En este contexto puede afirmarse que además de la sanción de ilegalidad que cubre al acto administrativo creador de un tributo sin autorización legal, de ello se derivan unos efectos particulares al materializarse el daño en el ciudadano que paga el tributo creado en tales circunstancias, es decir, en el menoscabo a su patrimonio al asumir una carga que no es legítima.

En estos casos, la ley tributaria contempla la devolución por el pago de lo no debido en los términos del artículo 850 del Estatuto Tributario, y ante la negativa de la administración, se abre la posibilidad de demandar el acto que negó a devolución, demanda que se debe entablar bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con la que se pretende no sólo anular los actos administrativos ilegales sino además, la reparación del daño.

De accederse entonces por la vía administrativa o judicial a la devolución de los tributos pagados sin causa jurídica, ello apareja el pago de intereses en los términos de los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario, lo que representa un mayor gasto en términos del presupuesto.

Y como consecuencia de cualquier condena, se impone a la entidad estudiar la viabilidad de entablar la acción de repetición en contra de los agentes del Estado que tomaron la decisión que causó el daño, conforme lo ordene al inciso segundo del artículo 90 ya citado. El propósito de dicha acción es que ante una condena a una entidad estatal, y luego de pagada, a través de la acción de repetición que debe iniciar la entidad en contra del agente que causó el daño, se recupere el monto de la condena que debió asumir la entidad. Es decir, que el agente responsable del daño, devuelva a la entidad condenada el valor que ésta debió sufragar por la condena. Pero para la viabilidad de la acción de repetición, debe demostrarse en el proceso el dolo o la culpa grave en el proceder dañino de dicho agente estatal.

En el caso que concierne a este estudio, bien cabría una responsabilidad por culpa grave, que en los términos del artículo 60, inciso primero del Código Civil, “es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”. Lo dicho, toda vez que es uniforme, pacífica y prolija la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en cuanto a la facultad derivada tributaria de los Concejos Municipales,

jurisprudencia que además está al alcance de cualquier persona a través de los respectivos sitios web y puede ser perfectamente estudiada por los concejales o sus asesores jurídicos.

Así las cosas, la expedición de normas tributarias con violación a la Constitución no es asunto de poca monta, pues una decisión como estas compromete no sólo los recursos públicos, sino además, la responsabilidad personal y pecuniaria de quien las toma.

CONCLUSIONES

El concepto de espacio público refiere a un derecho de carácter colectivo, entendido como un área destinada al acceso de todos los grupos sociales; además de ser inalienable, imprescriptible e inembargable, ya que el mero hecho de su utilización requiere que las entidades estatales que tienen a su cargo su mantenimiento o recuperación implementen mecanismos para hacer que dichas obligaciones sean sostenibles.

Los tributos son prestaciones que se establecen a favor del Estado con el fin de lograr su financiamiento y se componen de cinco elementos esenciales: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa, sin los cuales no pueden ser exigibles al contribuyente. Asimismo, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones.

La definición de compensación que está contenida en el Acuerdo 843 de 2014, alude a la exigencia que hace el municipio de Manizales de un pago por la utilización del espacio público cuando se trata de determinadas actividades económicas.

La mencionada compensación tiene también el carácter de tasa, en tanto que tiene una destinación específica; es decir la conservación, mantenimiento y buen uso del espacio público; adicionalmente el valor pagado tiene una relación directa con el espacio público y una contraprestación para el contribuyente, pues se permite su utilización. Igualmente, el Concejo Municipal de Manizales determinó todos los elementos esenciales del tributo, como son: sujeto activo (la entidad territorial), sujeto pasivo (personas jurídicas interesadas en realizar actividades comerciales con fines de lucro en el espacio público de la ciudad), hecho generador (lo constituye el uso temporal del espacio público y deben concurrir tres elementos: i) realización de actividades comerciales con fines de lucro, ii) dichas actividades se lleven a cabo en plazas, parques y plazoletas, iii) uso del espacio público solo de manera transitoria), base gravable (la base gravable se determina en función de dos aspectos: número de metros cuadrados de espacio público autorizado y número de días autorizados para la ocupación del espacio público) y tarifa (aplicación de una fórmula que conjuga (i) un porcentaje del salario mínimo en función del sector de la ciudad donde se expida la autorización, (ii) el número de metros cuadrados ocupados y (iii) el número de días de ocupación temporal).

Al confrontar las disposiciones consagradas en el artículo 338 de la Constitución y el principio de autonomía territorial, con las posiciones jurisprudenciales adoptadas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, se evidencia que la tasa creada por el Acuerdo 843 de 2014 del Concejo Municipal de Manizales vulnera flagrantemente los preceptos superiores normativos debido a que no se

encuentra dentro del ordenamiento jurídico colombiano una ley que implemente el cobro de tributos por el uso del espacio público; así las cosas, el concejo no tenía la competencia para imponer dicho gravamen.

Este acto administrativo, vulnera el principio de reserva de ley tributaria; el cual es definido como el mandato constitucional que establece que la creación y regulación de los tributos debe realizarse por medio de una ley. De tal suerte que la implementación de la compensación que debe pagar la persona jurídica que pretenda hacer uso del espacio público del municipio de Manizales para adelantar una actividad económica no está cimentada por ningún soporte constitucional o legal; toda vez que constitucionalmente el concejo no era el llamado para imponer tal gravamen, ni tampoco legalmente debido a que el congreso no ha expedido hasta el momento una ley en la que se fije la compensación ni en la cual autorice a la entidad territorial poder decretarla al señalar el hecho generador del tributo.

Los medios de control que pueden impetrarse para desvirtuar la presunción de legalidad del Acuerdo 843 de 2014 son: la acción de nulidad consagrada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y la acción popular descrita en el artículo 88 de la Constitución y reglamentada por la Ley 478 de 1998. Además, puede solicitarse la devolución por el pago de lo no debido en los términos del artículo 850 del Estatuto Tributario, lo que apareja el pago de intereses según los artículos 863 y 864 ibídem; y finalmente, se podría demandar la entidad territorial por los

eventuales perjuicios causados por haber incurrido en el pago de un cobro evidentemente inconstitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, F. y Calderón, J.J. (2006). *Temas de derecho tributario contemporáneo*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Bravo Arteaga, J.R. (2012). *Nociones fundamentales de derecho tributario*. Bogotá, Colombia: Editorial LEGIS.

Delgado, F. y Muñiz, M. (2005). *Cuadernos de hacienda pública. Teoría de los impuestos*. Oviedo, España: Universidad de Oviedo.

Escobar, J.F. (2000). *De la ciudad y su espacio público*. Manizales, Colombia: Universidad Nacional de Colombia sede Manizales.

Ferry, J.-M. (1998). *El nuevo espacio público*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Gadamer, H.-G. (2000). *Verdad y método II*. Salamanca, España: Sígueme.

- Guzmán, J., Cárdenas, D. y Joven, O. (2011). *Descentralización y autonomía tributaria de los entes territoriales en Colombia* (tesis de maestría). Universidad Libre, Bogotá, Colombia.
- Henao, J.C. (1998). *El Daño*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Joseph, I. (1999). *Retomar la ciudad: el espacio público como lugar de la acción*. Medellín, Colombia: Universidad Nacional de Colombia sede Medellín.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2005). *Guía metodológica 4. Mecanismos de sostenibilidad y financiación del espacio público*. Bogotá, Colombia: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Murillo, G. y Gómez, V. (2005). *Redefinición del espacio público. Eslabonamiento conceptual y seguimiento de las políticas públicas en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Ochoa Maldonado, Ó.A. (2011). Reflexiones en torno a la autonomía tributaria de las entidades territoriales en el contexto del Estado social de derecho. *Revista Jurídicas*, 8 (2), 73-90.

Parra Gómez, O. (2010). *Espacio público y comercio en calle “ventas informales” experiencias Pereira-Colombia 2008-2010*. Pereira, Colombia: Universidad Católica Popular de Risaralda, Alcaldía de Pereira.

Penagos, G. (1998). *Los bienes de uso público*. Cundinamarca, Colombia: Doctrina y Ley.

Piza Rodríguez, J. et al. (2008). *Régimen impositivo de las entidades territoriales en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Piza Rodríguez, J. et al. (2010). *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Rabotnikof, N. (1997). *El espacio público y la democracia moderna*. Ciudad de México, México: UNAM.

Ricart, N. y Remesar, A. (2013). Reflexiones sobre el espacio público. En Remesar, A. (Dir.), *Espacio público* (pp. 5-35). Barcelona, España: Universidad de Barcelona.

Rodríguez, C.E. (2005). Poder tributario y entidades territoriales. El caso colombiano en la Constitución de 1991. *Estudios Socio-jurídicos*, 7 (2), 173-190.

Romero, C.A. (2011). *Apuntes sobre tributos territoriales*. Medellín, Colombia: Universidad EAFIT.

Sampieri, R., Fernández-Collado, C. y Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Ciudad de México, México: McGraw-Hill.

Sánchez Torres, C.A. (2004). *Acto administrativo. Teoría general*. Bogotá, Colombia: Editorial LEGIS.

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Radicación 5504 de 2000. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta.

Consejo de Estado. Radicación 12966 de 2002. Consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.

Consejo de Estado. Radicación 8296 de 2003. Consejero ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2003. Expediente 25000 2324 000 2002 90178 01. Consejera ponente: María Elizabeth García González.

Consejo de Estado. Sentencia del 26 de junio de 2003. Expediente 25000 2326 000 2002 0249 01. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación 52001-23-31-000-2002-1750-01(AP) de 2004. Consejera ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. Radicación 15165 de 2007. Consejero ponente: María Inés Ortiz Barbosa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Radicación 17001-23-31-000-2006-00404-02 (16544) de 2009. Consejera ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación 25000-23-25-000-2003-02486-01(AP) de 2011. Consejera ponente: Olga Melida Valle de La Hoz.

Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación 52001-23-31-000-2008-00060-01(18671) de 2013. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2015. Expediente: 25000-23-26-000-2003-00198-01(29601). Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 23 de septiembre de 2015. Expediente: 76001-23-31-000-2008-00974-01(38522). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. C-228 de 1993. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. C-1067 de 2002. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. C-155 de 2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. C-776 de 2003. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. C – 568 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. C-1003 de 2004. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional T - 034 de 2004. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. C-131 de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. C-621 de 2013. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.