Cartagena de Indias D. T y C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Acción	**OBSERVACIONES**
Radicado	**13-001-23-33-000-2017-00981-00**
Demandante	**GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR**
Demandado	**ACUERDO No. 17 DEL 31 DE AGOSTO DE 2017 DEL MUNICIPIO DE SAN CRISTÓBAL – BOLIVAR**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*Invalidez de la disposición que crea una estampilla Pro Deportes – aprobación de presupuesto.*

I.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda[1].

El Secretario del Interior de la Gobernación de Bolívar, presentó observaciones en contra del Acuerdo Nº 017 de 31 de agosto de 2017, "*SE CREA LA ESTAMPILLA PRO DEPORTES Y RECREACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN CRISTÓBAL BOLIVAR Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".*

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

Para el Secretario del Interior de la Gobernación de Bolívar, el Acuerdo demandado atenta contra lo preceptuado en el numeral 12 del artículo 150, el artículo 287, 313 y 338 de la Constitución Nacional, toda vez que incluyó, creo, para el Municipio, la estampilla Pro- Deportes, la cual carece de fundamento legal, puesto que el legislador no ha facultado a los Concejos Municipales para establecer tal tributo.

Invoca la aplicación de la sentencia C-891 de 2012, la cual consagra que el principio de legalidad en materia tributaria se encuentra consagrado en el numeral 12 del artículo 150 y en el artículo 338 de la Constitución Política: "*el primero consagra una reserva en el Congreso para establecer contribuciones parafiscales y, establezca la ley, mientras que en el segundo exige a la Ley, en*

[1] Folios 1-3

algunos casos en concurrencia con las ordenanzas y los acuerdos, la determinación de los elementos de los tributos. Este principio se funda en el aforismo "nullum tributum sine leges" que exige que un acto del legislador para la creación de es, el cual se deriva a su vez de la máxima según la cual no hay tributo sin representación, en virtud del carácter democrático de del sistema constitucional colombiano e implica que solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos"

II.- ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibido el expediente de la referencia, este Tribunal procedió a realizar el estudio de la misma, disponiéndose su admisión mediante auto del 2 de noviembre de 2017[2].

La anterior actuación, fue notificada al Agente del Ministerio Público y al Presidente del Concejo de San Cristóbal, surtiéndose la fijación en lista de la demanda entre los días 17 al 30 de noviembre de 2017[3].

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Control de legalidad

No se advierten irregularidades sustanciales o procedimentales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado, al observarse el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986. Se resalta que en el presente asunto no fue necesario agotar la etapa de pruebas, toda vez que no se solicitó la práctica de las mismas.

3.2. Competencia

Es competente este Tribunal para resolver en única instancia el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de observaciones formuladas por el Gobernador del Departamento de Bolívar acerca de la constitucionalidad y legalidad de un Acuerdo Municipal.

---

[2] Folio 30
[3] Folio 31-33

3.3. Problema Jurídico

De lo consignado en los antecedentes, se colige que el problema jurídico a resolver se contrae en establecer si ¿Es procedente declarar la invalidez del Acuerdo Nº 017 de agosto 31 de 2017, proferido por el Concejo Municipal de San Cristóbal - Bolívar, por ser violatorio de los artículo 150, 287, 313 y 338 de la Constitución Política, al crear, para el municipio, una estampilla que no cuenta con ningún soporte legislativo en Colombia?

3.4. Tesis

La Sala declarará la invalidez del Acuerdo Nº 017 de agosto 31 de 2017, mediante el cual "*SE CREA LA ESTAMPILLA PRO DEPORTES Y RECREACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN CRISTÓBAL BOLIVAR Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES",* por contrariar lo normado la Constitución Política, que establece que sólo el Congreso de la República es el ente facultado para crear impuestos.

La anterior tesis se soportará en los argumentos que a continuación se exponen:

3.5. Marco normativo

El argumento expuesto por el representante de la Gobernación de Bolivar, se refiere al hecho que el Acuerdo en estudio creó la estampilla Pro – Deporte en el Municipio de San Cristóbal, lo cual es improcedente, puesto que solo el Congreso de la República tiene competencia para la creación de este tributo, por lo que los Concejos Municipales solo tienen potestades para reglamentarlos.

En materia tributaria, la Constitución Política en sus artículos 287, 313, 338 y 150 preceptuó:

> ***"ARTICULO 287.*** *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*
> *(...)*
> *3.* ***Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones****.*
> *(...)"*
>
> ***ARTICULO 313****. Corresponde a los concejos:*
> *(...)*
> *4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales..."*

"ARTICULO 338. *En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*
(...)."

ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso* ***hacer las leyes****. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. ***Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones****.*
(...)
12. ***Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.***
(...)" (Subrayas y Negrillas fuera del texto).

3.6. Caso concreto

Se encuentra, a folio 9-19 del expediente, el texto del Acuerdo Nº 019 del 25 de noviembre de 2016 del Concejo Municipal de San Cristóbal – Bolívar "*SE CREA LA ESTAMPILLA PRO DEPORTES Y RECREACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN CRISTÓBAL BOLIVAR Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".*

Algunos de los apartes del Acuerdo acusado resaltan lo siguiente:

> *"ARTÍCULO PRIMERO.- CREACIÓN DE LA ESTEPILLA PRO DEPORTES Y RECREACIÓN: a partir de la vigencia del presente Acuerdo crease en el municipio de San Cristóbal Bolívar, la Estampilla Pro Deportes y Recreación, cuyo recaudo ingresará al patrimonio del Instituto Municipal de Deportes y Recreación – IMDER- del Municipio de San Cristóbal*
>
> *ARTÍCULO SEGUNDO.- HECHO GENERADOR: (...)*
>
> *ARTÍCULO TERCERO.- SUJETO ACTIVO (...)*
>
> *ARTÍCULO CUARTO.- SUJETO PASIVO (...)*
>
> *ARTÍCULO SEXTO.- BASE GRAVABLE (...)"*

Encuentra la Sala, que las observaciones formuladas por el Secretario del Interior de la Gobernador de Bolívar se circunscriben a que, el Concejo de San Cristóbal no tiene competencia para crear, a favor del municipio una estampilla, puesto que la misma no tiene soporte legal, ya que no fue creada por el Congreso de la República que es la entidad encarga de crear los tributos, de acuerdo con la constitución.

En ese orden de ideas, para efectos de analizar los anteriores argumentos, es necesario dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de las estampillas, pues dicho concepto ha sido objeto de algunas controversias, debido a que por sus particularidades pueden asemejarse a un impuestos, tasas o contribución.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1097/01[4], al decidir la demanda de constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 397 de 1997, hizo la siguiente precisión:

> *"Entonces, dentro de la órbita fiscal ¿cómo se podría definir la estampilla? Depende del rol que la misma desempeñe en la respectiva relación económica, esto es, ya como extremo impositivo autónomo, ora como simple instrumento de comprobación. Como extremo impositivo la estampilla es un gravamen que se causa a cargo de una persona por la prestación de un servicio, con arreglo a lo previsto en la ley y en las reglas territoriales sobre sujetos activos y pasivos, hechos generadores, bases gravables, tarifas, exenciones y destino de su recaudo. Como medio de comprobación la estampilla es documento idóneo para acreditar el pago del servicio recibido o del impuesto causad, al igual que el cumplimiento de una prestación de hacer en materia de impuestos Y en cualquier caso, la estampilla puede crearse con una cobertura de rango nacional o territorial, debiendo adherirse al respectivo documento o bien..."* (subrayas fuera del texto)

El Consejo de Estado también ha clasificado las estampillas como impuestos:

> *"Las asambleas departamentales pueden gravar con el impuesto denominado de estampilla, actividades del orden nacional, y entre ellas, la celebración de contratos suscritos por entidades descentralizadas de dicho orden, siempre que el hecho generador esté previsto directamente por la ley o autorizado por ella, y el mismo se realice en su jurisdicción." (subrayas fuera del texto)*[5]

El legislador también ha reconocido a las estampillas como un impuesto, así lo dispuso en el artículo 94 de la Ley 633 de 2000 en donde refiriéndose a la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, señaló que esta es un impuesto.

> "Ley 633 de 2000
> *"Art. 94. El Departamento del Atlántico en su calidad de Ente recaudador del producido del Impuesto denominado Estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico. (...)"*

[4] Corte Constitucional Dr. Jaime Araujo Rentería
[5] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. MP. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1678

Lo anterior nos permite concluir, que la estampilla es un gravamen, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 338 Constitucional, sólo puede ser creada por el legislador, quien permite a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales que ejerzan su facultad tributaria derivada estableciendo los sujetos pasivos, los hechos generadores, las tarifas y las bases gravables en el momento de la adopción del tributo.

Así las cosas, en virtud de lo normado en las disposiciones transcritas, se concluye que en tiempos de paz, el Congreso de la República es el único ente autorizado para la creación de contribuciones, es decir que el poder tributario recae en dicho órgano de elección popular, el cual debe sujetarse a los lineamientos establecidos por la Constitución y la Ley.

Cabe aclarar que cuando la Carta Política otorgó autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses y consagró como parte de sus actividades la de administrar los recursos, *"establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones",* entre otras, **no las autorizó para crear dichos tributos,** pues como ya se dijo, tal potestad recae exclusivamente en el Congreso de la República.

Significa lo anterior, que cuando la Carta Política consagra la facultad de "*establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones*" se refiere a que los entes territoriales, a través de sus Asambleas Departamentales y Concejos Municipales o Distritales tienen la potestad de fijar directamente los elementos esenciales de los tributos locales, **siempre que dichos tributos hayan sido creados previamente por el legislador o autorizados por él**[6].

Para este caso es importante resaltar que la Ley 181 de 1995 *"Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte",* en su artículo 75 estableció que *"Los entes deportivos municipales o distritales, contarán para su ejecución con: "3. Las rentas que creen los concejos municipales o distritales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre",* ahora bien, dicha ley no creó tributo alguno, ni fijó un esquema por el que los Municipios y/o Distritos

[6] Sentencia del 25 de marzo de 2010, radicación número: 2001-02173-01(16428), actor: FELIX MARTÍNEZ y JORGE ALBERTO REY ZAFRA, demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, Consejera ponente (E): MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

pudieran establecer las bases del mencionado gravamen[7], pues la norma en mención lo que hizo fue señalar los recursos con los que cuentan los entes deportivos para el cumplimiento de su labor.

Respecto a este tema, se pronunció el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al contestar un oficio suscrito por la Alcaldía Municipal de Cantagallo – Bolívar en el cual solicita los comentarios sobre el proyecto de acuerdo que crea una sobretasa deportiva en ese municipio, así:

> *"Así las cosas, resulta necesario efectuar brevemente algunas precisiones en torno a la facultad impositiva de las entidades territoriales, y para el caso concreto, de los municipios. De tal manera, nuestra constitución política en su artículo 150-12 establece la facultad para la creación de impuestos, tasas y contribuciones en cabeza del Congreso de la República mediante la expedición de leyes; es lo que en algún sector de la doctrina y en la jurisprudencia se conoce como el poder impositivo originario. Ahora bien, en lo que hace a los municipios, los artículos 287 y 313 numeral 4 superiores establecen la facultad para adoptar,* ***de conformidad con la constitución y la ley****, los tributos en su jurisdicción; es lo que de igual manera se conoce como la facultad impositiva derivada. Quiere decir lo anterior, que las entidades territoriales no están facultadas para la creación de ningún tipo de tributo, debiendo limitarse tan sólo a establecer aquellos previamente creados por el legislador.*
>
> *"En virtud de lo anterior, no le es dado a los municipios la creación de ningún tributo sin la previa y expresa autorización contenida en una ley de la República, expedida por el Congreso de la República, situación que no se presenta en relación con el artículo 75 numeral 3 de la Ley 181 de 1995, pues cuando esta norma hace mención a "Las rentas que creen los Concejos Municipales o Distritales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre", se está refiriendo a la creación de una destinación específica sobre rentas ya existentes en el municipio, más no está facultando a los municipios para la creación de tributo alguno. En este sentido, se ha pronunciado recientemente el Consejo de Estado a propósito de un tributo creado por una asamblea departamental con fundamento en el citado artículo 75 de la Ley 181 de 1995, dijo esa alta corporación:*
>
> *'[...] La disposición mencionada fue el fundamento legal para que la Ordenanza atacada creara una contribución con destino *al deporte, la recreación y el aprovechamiento al tiempo libre. Sin embargo, de la misma no se evidencia facultad alguna para la imposición de la contribución a los servicios que prestan los moteles, amoblados, residencias y hoteles, por lo que existe una falsa motivación del acto.*

[7] Debe tenerse en cuenta, que a partir de la ley en mención, muchos municipios procedieron a crear la denominada estampilla Pro- Deportes, frente a la cual este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia del 4 de junio de 2013. Observación con radicado: 13001-23-31-000-2013-00170-00, presentada por el Departamento de Bolívar en contra del Acuerdo No. 004 de febrero 25 de 2013 Municipio de Córdoba- Bolívar.

'Aunque el Departamento y el Tribunal afirmaron que hubo un error de trascripción del artículo que otorga la facultad para crear la contribución, ***tampoco se encuentra que del artículo 75 de la Ley 181 de 1995, se derive la posibilidad para imponer la contribución a los moteles, residencias, hoteles y amoblados.***

'Lo anterior, porque dicha norma señala que los entes deportivos departamentales contarán para su ejecución con las rentas que creen las Asambleas con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre. ***Sin embargo, esta norma no crea ni autoriza tributo alguno, pues, se refiere a los recursos de los entes deportivos de los departamentos.***

La Sala ha expresado en numerosas providencias que la facultad de establecer tributos a cargo de las entidades territoriales, se encuentra sometida al principio de legalidad tributaria, que incluye la participación del órgano de representación popular para el señalamiento de los tributos y la predeterminación de los elementos esenciales de los mismos.

'La representación popular implica que no puede haber impuesto sin que estén representados los eventuales afectados, y por ello la Constitución autoriza únicamente al Congreso, Asambleas y Concejos a establecer impuestos, contribuciones fiscales y parafiscales dentro de los marcos establecidos en el artículo 338 de la Constitución Nacional, conforme al poder originario y derivado.

'La predeterminación se refiere a que corresponde a esos órganos fijar sus elementos, por lo que deben indicar los sujetos activo y pasivo de la obligación tributaria, así como los hechos, las bases gravables y las tarifas salvo autorización respecto de tasas y contribuciones.

'Aunque los artículos 294, 317 y 362 de la Constitución Política reafirman la autonomía fiscal de las entidades territoriales y salvaguardan la propiedad de sus recursos tributarios, sus potestades tributarias no son ilimitadas, como se deriva del artículo 287[numeral 3] ibídem, y los artículos 300[4] y 313[4] de la Constitución, cuando disponen que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la Ley, y en tal virtud pueden administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

'Por ende, la creación de los tributos corresponde a la Ley, y a partir de ella, las Asambleas o los Concejos pueden ejercer su poder de imposición, siempre y cuando respeten el marco establecido por la disposición de rango legal.

'Así las cosas, la facultad impositiva de los entes territoriales no es originaria sino derivada, ya que la Constitución Política claramente determina que las Asambleas, decretan de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales (artículo 300 [num.4]).

'Del contenido de los artículos 74 y 75 de la Ley 181 de 1995, no es posible inferir la creación de un tributo *en cabeza de los moteles, residencias, amoblados y hoteles ni parámetros a partir de los cuales el ente territorial pueda establecerlo en su jurisdicción,*

pues, estas normas se limitan a enunciar que el ente territorial debe elaborar un calendario único y que uno de los recursos financieros de carácter estatal con que cuentan los entes deportivos departamentales para su ejecución, son las rentas creadas por las Asambleas, que constituyen fuente económica para el cumplimiento de las metas relacionadas con el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre.

'En consecuencia, la Asamblea desconoció los lineamientos constitucionales para el ejercicio de la actividad tributaria, específicamente el principio de legalidad, según el cual, corresponde al Congreso de la República la creación de los tributos del orden territorial y el señalamiento de los aspectos básicos de cada uno de ellos para que pudiera concretar los demás factores del tributo, dentro de los parámetros generales o restringidos que fije la correspondiente ley de autorización.

'Así las cosas, los artículos 74 y 75[numeral 2] de la Ley 181 de 1995 carecen de los requerimientos previstos en el artículo 338 de la Constitución Política, lo que impedía a la entidad territorial fundamentarse en dichos preceptos para implantar un impuesto a cargo de los hoteles, moteles, residencias y amoblados, pues, con tal actuación suplió la función legislativa asignada por la Carta Política al Congreso.[8] *[…]" (Negrillas ajenas al texto original)*

En orden a lo expuesto en la norma, en la consulta resuelta por el Ministerio de Hacienda y la jurisprudencia contenida en ella, no le es dado a los municipios crear o añadir al presupuesto, un tributo sin la previa y expresa autorización contenida en una ley. Así las cosas, deberá esta Corporación declarar la invalidez del Acuerdo Nº 017 de agosto 31 de 2017, del Concejo Municipal de San Cristóbal – Bolívar, "*SE CREA LA ESTAMPILLA PRO DEPORTES Y RECREACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN CRISTÓBAL BOLIVAR Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".*

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. - FALLA

PRIMERO: DECLARAR la invalidez del Acuerdo Nº 017 de agosto 31 de 2017, del Concejo Municipal de San Cristóbal – Bolívar, "*SE CREA LA ESTAMPILLA PRO DEPORTES Y RECREACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAN CRISTÓBAL BOLIVAR Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".*

[8] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil ocho (2008) Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ Radicación: 73001233100020040029201 Número Interno: 15498

SEGUNDO: COMUNICAR esta determinación al señor Alcalde Municipal de San Cristóbal – Bolívar, al Presidente del Concejo Municipal de dicho municipio y al Gobernador de Bolívar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta Sentencia fue considerado y aprobado en Sala de Decisión de la fecha, según Acta No. 07

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**