

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Auto Interlocutorio.

MAGISTRADO PONENTE: JHON ERICK CHAVES BRAVO

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD SIMPLE
EXPEDIENTE:	76001-23-33-000-2020-01492-00
DEMANDANTE:	ASOCIACIÓN DE APARTAHOTELES – MOTELES – AMOBLADOS Y RESIDENCIAS DEL VALLE DEL CAUCA – ASOMAR Correo Apoderado: nicamova@gmail.com nicamoya@gmail.com Correo Demandante: asoamardelvalledelcauca@gmail.com
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Correo: njudiciales@valledelcauca.gov.co
ASUNTO	ACCEDE MEDIDA CAUTELAR

Puesto a disposición del despacho el presente asunto el 14 de julio de 2022, se observa:

I. OBJETO DE LA DECISION

Procede el Despacho de conformidad con el artículo 125, literal h) de la ley 1437 de 2011modificado por la ley 2080 de 2021, a resolver la [solicitud de medida cautelar](#) formulada a través de apoderado judicial por la Asociación de apartahoteles – Moteles – Amoblados y residencias del Valle del Cauca - Asomar, con la que pretende se ordene al Departamento del Valle del Cauca la suspensión provisional de los artículos 239 a 249 del Libro Noveno de la Ordenanza nro. 474 del 22 de diciembre de 2017 por manifiesta violación de las disposiciones constitucionales y legales al momento de su expedición.

II. ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La parte demandante con fundamento en el artículo 231 del CPACA solicitó que se ordene al Departamento del Valle del Cauca la suspensión provisional de los artículos 239 a 249 del Libro Noveno de la Ordenanza nro. 474 del 22 de diciembre de 2017, por manifiesta violación de la constitución y la ley al momento de su expedición.

Como fundamento de lo anterior, presenta un cotejo de la Ordenanza con las normas invocadas como fundamento de la nulidad, así:

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES INFRINGIDAS	ORDENANZA 474 DE 2017 POR LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO TRIBUTARIO Y DE RENTAS DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
Artículo 287.	



<p>Artículo 313 – 4</p> <p>Artículo 338</p> <p>En el término del Honorable Consejo de Estado, aun cuando las disposiciones contenidas en los artículos 150-12, 287-3, 300-4 y 338 de la Constitución Política, reconozcan a las asambleas departamentales las facultad de establecer tributos, esa facultad debe ejercerse bajo los parámetros de la autónoma definida por la Constitución y la Ley, ya que solo el legislador tiene soberanía impositiva.</p> <p>DISPOSICIONES LEGALES</p> <p>Artículos 62 y 71 del Decreto 1222 de 1986, Código Régimen Departamental.</p> <p>“Artículo 62. Son funciones de las Asambleas:</p> <p>1. <i>Establecer y organizar los impuestos que se necesitan para atender a los gastos de la administración pública, <u>con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin agravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley.</u></i> (Subrayo)</p> <p>“Artículo 71. Es prohibido a las Asambleas Departamentales:</p> <p>(...)</p> <p>5.<i>Imponer gravámenes sobre objetos o industrial gravados por la ley, (...)</i>”</p> <p>Al establecer la Asamblea Departamental en el artículo 240 de la Ordenanza la imposición en un gravamen que se impone a los moteles, amoblados, residencias y afines, contraviene el numeral 5 del artículo 71 del Decreto Ley 1222 de 1986, toda vez que dicho gravamen se conjuga en similitud con el impuesto de industria y comercio de propiedad de los municipios y sobre el que, por competencia, no puede ser tratado en el ámbito departamental.</p> <p>Así lo denota la redacción del artículo 32 de la Ley 14 de 1983 al establecer:</p> <p><u>“El impuesto de Industria y Comercio renacerá, en cuanto al material imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedad de hechos, ya sea que se cumplan en forma</u></p>	<p><i>“en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en los artículos 300 numeral 4 y 338 de la Constitución Política”</i></p> <p>“Libro Noveno contribución para el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre”</p> <p>“Artículos 239- Fundamental Legal. Inciso 2 numeral 2, artículo 75 de la Ley 181 de 1995.</p> <p>Artículo 240. – Creación. Crease como renta para el Deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre en el Valle del Cauca, <u>la contribución Departamental a moteles, amoblados, residencias y afines.</u> (Subrayo)</p> <p>Artículo 241.- Hecho Generador. <u>Lo constituye la utilización de los servicios de alojamiento transito o temporal, que en los establecimientos comerciales cuya actividad económica consistía en prestar estos servicios, como moteles, amoblados, resistencias, y afines</u> (Subraya)</p> <p>Artículo 242.- Sujeto Activo. El sujeto activo de la contribución departamental para el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre es el Departamento del Valle del Cauca.</p> <p>Artículo 243.- Sujeto Pasivo. Los sujetos pasivos de la contribución departamental para el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, <u>según los usuarios de los servicios que prestan los establecimientos comerciales</u> ubicados dentro del territorio del Departamento del Valle del Cauca, cuya actividad económica está prevista en el hecho generador. <u>Son responsables de la contribución los establecimientos comerciales cuya actividad económica consista en prestar servicios de alojamiento transitorio o temporal, como moteles, amoblados, residencias y afines.</u> (Subrayado)</p> <p>Artículo 244.- Base Gravable. Esta constituida por el valor del servicio de alquiler o alojamiento transitorio o temporal de habitación en cualquiera de sus modalidades, sin incluir IVA y consumos.</p>
--	--



permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos”.

Este impuesto que ya se encuentra creado, impedida a la Asamblea en concordancia con lo definido en el artículo 71 del Decreto 1222/86, crear dicha renta.

Por otra parte, si no se trata de una similitud con el impuesto de industria y comercio cuya renta se define como indirecta, al variarse el sujeto pasivo de la obligación, es decir, aquel que debe asumir el pago de la contribución, según los términos de los artículos 243 y 244, de la citada ordenanza, se crea una renta similar al IVA, ya que el gravamen se impone por el servicio recibido y su costo, similitud que de una u otra forma igualmente limitaba la acción administrativa de la Asamblea para crear tal gravamen.

Ley 181 de 1995. Inciso 2, numeral 2 del artículo 75.

Artículo 75°.- *El Instituto Colombiano del Deporte, Colpensiones, como organismo del orden nacional, contará:*

(...)

Los entes deportivos departamentales, contarán para su ejecución con: (Resalto de origen)

1. (...)
2. Las rentas que creen las Asambleas Departamentales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre.

Ya en pronunciamientos anteriores el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha expresado, frente a lo dispuesto en la Ley 181 de 1995:

“En ese entendido, para la Sala es claro que la Asamblea Departamental de Norte de Santander no estaba siquiera autorizada para imponer un gravamen o contribución a la prestación del servicio de alojamiento transitorio o temporal en los establecimientos comerciales cuya actividad económica consistiera en prestar ese servicio, toda vez que la Ley 181 de 1995 no lo dispuso así” (Resalto es de origen)

“Revidada la contribución demandada se observa que efectivamente no existe una Ley que la cree o autorice a las Asambleas Departamentales para su creación y desarrollo.

4. De igual forma, esta Sala en una oportunidad anterior se pronunció sobre una contribución similar a la que se

Artículo 243. Tarifa. *La tarifa de la contribución para el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre será el tres por ciento (3%).*

Artículo 246. – *La subdirección de tesorería del Departamento transferirá a más tardar dentro de los primeros quince (15) días hábiles siguientes al recaudo, el 50% de los (...)*

Artículo 247.- *La ejecución de los recursos por concepto de la contribución para el Deporte, la Recreación y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, será (...).*

Artículo 248.- *Causación. Es el momento de expedición de la factura y/o documento equivalente y a falta de estos en el momento del pago.*

Artículo 249.- Periodo gravable, declaración y pago. *El periodo gravable de la contribución será mensual. Los responsables cumplirán mensualmente con la obligación de declarar y pagar ante la Unidad Administrativa Especial de Impuestos, Rentas y Gestión Tributaria, o quien haga sus veces, o en las entidades bancarias o financieras autorizadas para tal fin dentro de los diez (10) primeros días calendario siguientes al vencimiento de cada periodo gravable.*

La declaración deberá contener la liquidación privada de la contribución correspondiente a los servicios facturados y/o registrados en documento equivalente o en el libro fiscal”. (Subrayo).

En el presente articulado, define todos los elementos del sistema tributario, hecho generador base gravable, sujetos activo y pasivo, periodicidad, tarifa, procedimiento tributario, entidad recaudadora y beneficiaria de la renta, en fin, todos los elementos propios de una obligación tributaria, impuesta sobre una actividad de servicios de la economía no citada por el legislador en el inciso segundo, numeral 2 del artículo 75 de la Ley 181 de 1995.



<p><i>cuestiona, en el que se hizo un estudio a la Ley 181 de 1995 (...).</i></p> <p><i>Esta decisión confirmó la suspensión provisional decretada por el Tribunal de Santander, bajo los mismos criterios de la sentencia dictada contra ordenanza del Departamento del Norte de Santander, la que a su vez fue el fundamento tomado por el Tribunal de Santander para suspender allí dicha contribución.</i></p>	
--	--

III. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA

Dentro del término de traslado, la parte demandada se manifestó al respecto indicando lo siguiente:

“(…) De conformidad con el artículo 150 de la Constitución Política el cual reza que 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.

Artículo 151 de la Constitución Política el cual reza: El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio se establecerán los reglamentos del Congreso y cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación de mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

Artículo 154 de la Constitución Política: Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular de los casos previstos en la Constitución.

El artículo 305 de la Constitución Política: Son atribuciones del Gobernador:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las Asambleas Departamentales.
4. Presentar oportunamente a la asamblea departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos.
11. Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas las que sean objeto de transferencias, por la Nación.
14. Ejercer las funciones administrativas que le delegue el presidente de la República.
15. Las demás que señale la Constitución, las leyes y las ordenanzas.

El artículo 315 de la Constitución Política son atribuciones del alcalde:

1. Cumplir y hacer la constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del concejo.
5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes de programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime conveniente para la buena marcha del municipio.
10. las demás que la constitución y la ley señalen.

Artículo 4 de la Constitución Política es norma de normas donde es deber de los nacionales y de los extranjeros acatar la constitución y las leyes.

Del 345 de la Constitución Política y demás normas concordantes y vigentes.

De acuerdo a lo manifestado Honorable Magistrado la Gobernación del Valle del Cauca actúa conforme a la Constitución Política y a la Ley.”

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer si la solicitud cumple con los requisitos establecidos en la ley para su procedencia.

3.2. TESIS:

Se accederá a la medida cautelar solicitada, toda vez que luego de un análisis comparativo entre la Ordenanza 474 de 2007 y las normas constitucionales, legales y reglas jurisprudenciales, se evidenció que se acreditaría la presunción de buen derecho en orden a acreditar que los artículos demandados contenidos en la ordenanza violan las mismas, así como no existir una ley previa que otorgara facultad a la Asamblea Departamental para su creación y desarrollo.

3.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la C.P. y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a *“evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”*.¹

Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos el CPACA indicó que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015² y señaló que:

“(…) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro

¹ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (...)”.

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015³, en el cual subrayó lo siguiente:

“(…) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”.

Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“(…) Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (...)”* (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”⁴.

3.4. CASO CONCRETO:

En el proceso de la referencia, la parte demandante solicitó que se ordene a la entidad demanda suspender provisionalmente los efectos del libro noveno de la Ordenanza 474 2017 “*Estatuto Tributario y de Rentas del Departamento del Cauca*”, denominado Contribución para el deporte la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre y sus disposiciones contenidas en los artículos 239 a 249, por medio de los cuales la Asamblea

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

⁴ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que: ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarese del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negrillas fuera del texto).

Departamental creo y reglamento la contribución.

En este sentido, se aduce que, pese a no tener competencia, la Asamblea Departamental con fundamento en los artículos 300 numeral 4 y 338 de la Constitución Política y el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, expidió la Ordenanza 474, creando bajo la denominación de contribución una renta no autorizada por el legislador orientada a gravar a los usuarios de los servicios que prestan los establecimientos comerciales ubicados en el Departamento del Valle, cuya actividad corresponda a la utilización de los servicios de alojamiento transitorio o temporal, definidos como moteles, amoblados, residencias y afines.

Sostiene además, que con su actuar la Asamblea Departamental se asignó una facultad definida exclusivamente en el legislador, consistente en la creación de tributos y regulación de sus elementos, vulnerando de esta manera el principio de legalidad en materia tributaria, pues la Ley 181 de 1995 citada como fundamento legal en el artículo 239 de la ordenanza, no autorizó el gravamen de los establecimientos que presten el servicio transitorio o temporal de alojamiento, cualquiera sea su denominación.

A su criterio la Asamblea Departamental no podía establecer contribución o renta que previamente no hubiere sido creada y facultada por el legislador y en específico sobre dicho sector de servicios. Desconociéndose de esta manera lo contenido en el numeral 5 del artículo 71 del Decreto 1222 de 1986, donde se establece que no está permitido establecer gravámenes sobre objetos ya gravados por la Ley.

Concluye que, sustentar la expedición de la Ordenanza 474 de 2017, en el numeral 4 del artículo 300 y 338 de la Constitución Política deja de lado que previamente debía existir disposición superior, como se delimita en el artículo 287 ibidem.

Establecido lo anterior, tenemos que a esta Sala le corresponde determinar, si en el presente caso es procedente la suspensión provisional del acto demandado, como quiera que bajo los argumentos del demandante la Asamblea Departamental sobrepaso sus facultades como ente territorial al crear una contribución que no cuenta con un sustento legal.

Al respecto, en un caso similar el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*“(…) Ahora bien, la materia sobre la que versa la litis se encuentra regulada por normas de rango constitucional, que disponen que los departamentos —y demás entes subnacionales— cuentan con autonomía para la gestión de sus intereses, lo cual implica la potestad para administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (artículos 1.º, 287 y 300 de la Carta). **Por esa razón, el artículo 338 ibidem les reconoce potestad normativa para regular sus tributos propios, pero dicho poder no está desprovisto de límites, toda vez que el texto del mencionado artículo 338 debe interpretarse de manera concordante con la indicación hecha en los artículos 287 y 300, acerca de que el ámbito de autonomía de los departamentos se sujeta a «los límites de la Constitución y la ley».***

A partir de allí, se ha concluido que, en nuestro régimen constitucional, no pueden existir tributos territoriales sin una ley que les anteceda. Se requiere de una co-legislación en la que el régimen de cada figura tributaria territorial concreta se determine con la intervención del Estado, a través de la ley, y del ente territorial, mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso. Así, deben confluír la ley y la norma local para que el sistema tributario se acompace con la organización territorial prevista en el artículo 1.º del Texto Supremo, de conformidad con el cual Colombia está organizada en forma de República

unitaria, con autonomía de sus entidades territoriales.

En suma, constitucionalmente no es admisible que existan tributos territoriales regulados exclusivamente por normas locales. A esa conclusión llegó la Corte Constitucional en la sentencia C-517 de 1992, en la cual se adoptó como estricta regla de derecho uniforme, que se ha conservado hasta el presente, el planteamiento de que la creación ex novo de tributos es una competencia privativa del legislador; de suerte que las potestades tributarias atribuidas a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales deben entenderse circunscritas a lo que determine la ley.

Fue en esa providencia que la Corte Constitucional aclaró que la interpretación teleológica y sistemática de los mandatos superiores conduce a afirmar que, en materia tributaria, se estableció una competencia concurrente de regulación normativa de los niveles central, regional y local para «fijar las condiciones aplicables por igual en todo el territorio nacional, sin... cercenar o desconocer la facultad decisoria de que gozan las instancias regional y local».

En definitiva, los límites de la potestad tributaria de los entes territoriales les impiden crear tributos, en sentido estricto. Solo podrán establecerlos en sus respectivas jurisdicciones, a través de sus órganos de representación popular, cuando una ley los haya creado. La Sección ha recalcado ese mandato constitucional, entre otras, en las sentencias del 25 de marzo de 2010 (exp. 16428, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), del 07 de febrero de 2013 (exp. 18885, CP: William Giraldo Giraldo), del 05 de junio de 2014 (exp. 19945, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), del 05 de febrero de 2015 (exp. 20654, CP: ibidem), del 14 de mayo de 2015 (exp. 19548, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) y del 02 de mayo de 2019 (exp. 23258, CP: Milton Chaves García).⁵

De otra parte, respecto a la naturaleza impositiva, el Consejo de Estado, ha manifestado:

“(...) 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. (Art. 300.num.4º). En el caso en estudio, del contenido del artículo 75 de la Ley 181 de 1995, no es posible inferir la creación de un tributo en cabeza de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, ni parámetros a partir de los cuales el ente territorial pueda establecerlo en su jurisdicción. En efecto, la norma en comento se limita a enunciar uno de los recursos financieros de carácter estatal con que cuentan los entes deportivos departamentales para su ejecución, como 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. De tal forma, que el precepto legal no creó ningún tipo de tributo, ni contempló referencias, pautas o directrices que permitieran a la Asamblea Departamental del Valle del Cauca determinar mediante Ordenanza los respectivos elementos. (...)”⁶

Establecido lo anterior, tenemos que el artículo 287 de la Constitución Política de Colombia, consagra la autonomía que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, así:

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ (E). Sentencia del 30 de julio de 2020. Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00199-01(24117). Actor: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA. Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTROS. FALLO. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 20 de octubre de 2017 (ff. 217 a 219), que declaró la nulidad de las normas demandadas.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Consejera ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA. Sentencia del 17 de agosto de 2006. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-01085-01(15338). Actor: CLARA MARIA GONZALEZ ZABALA. Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA.

“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:*

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales.”*

Sin embargo, frente esta autonomía de las entidades territoriales, en materia tributaria existe una reserva legal, prevista en el numeral 12 del artículo 150⁷ y 338⁸ de la misma Constitución la cual consiste en que al Congreso le corresponde mediante una ley: 1) *“Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”* y, 2) determinar los elementos esenciales del tributo.

Se entiende entonces, que las entidades territoriales cuentan con una autonomía limitada en materia de tributos puesto que pueden establecer los elementos del tributo, siempre y cuando el mismo haya sido creado por el Congreso mediante la expedición de una ley.

En el presente asunto tenemos que la Ordenanza 474 de 2017 *“Por la cual se establece el estatuto tributario y de rentas del Departamento del Valle del Cauca”*, fue expedida con fundamento en el *“(…) uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en los artículos 300 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, y el artículo 59 de la Ley 788 de 2002.”*, **estableciéndose en ella la contribución para el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre.**

Ahora, de la simple lectura de la ordenanza acusada, es evidente que existiría presunción de buen derecho en torno a inferir que el tributo no prevé ventajas o beneficios individuales o colectivos para las personas que están obligadas a su pago, por lo tanto, es llamado por la entidad como *“contribución”* enmarcándose, así dentro de la concepción de un impuesto, el cual dada su naturaleza requeriría de una ley previa que autorizara a la Asamblea Departamental su creación y desarrollo; sin embargo, en este caso se trató de una creación exclusiva de la entidad territorial, contrariando las disposiciones constitucionales que regulan la potestad tributaria de las entidades territoriales, y en razón a ello es procedente suspender provisionalmente las disposiciones que regulan este tributo, el cual no se deduce del artículo 75 de la ley 181 de 1995.

Debe resaltarse que ésta decisión no constituye prejuzgamiento, dado que se emite previo análisis del material probatorio y del agotamiento de todas las etapas procesales, por lo que, tal como lo ha establecido el Consejo de Estado, lo decidido *“no impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de las actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuada al Juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó”*.

⁷ **“ARTICULO 150.** *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.”*

⁸ **“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.*

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.”

En consecuencia, el tribunal administrativo del Valle del Cauca en Sala Unitaria de decisión;

RESUELVE

ARTÍCULO ÚNICO: DECRETAR la suspensión provisional de los artículos 239 a 249 del Libro Noveno de la Ordenanza nro. 474 del 22 de diciembre de 2017 expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca *“Por la cual se establece el estatuto tributario y de rentas del Departamento del Valle del Cauca”*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JHON ERICK CHAVES BRAVO
Magistrado Ponente