

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00
Riohacha distrito especial, turístico y cultural, treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	Nulidad
Radicado	44-001-33-40-004-2021-00039-00
Demandante	Manuel José Delgado Domínguez
Demandado	Municipio de Barrancas La Guajira
Auto interlocutorio No	208
Asunto	Resuelve solicitud de medida cautelar

I. ANTECEDENTES

1. En el cuerpo de la demanda de la referencia, el accionante Manuel José Delgado Domínguez solicitó que se suspendieran provisionalmente las normas acusadas, contenidas en el acuerdo número 024 de 22 de diciembre de 2020 expedido por el concejo municipal de Barrancas La Guajira.

2. En efecto, solicitó el accionante la suspensión provisional del aparte acusado del acuerdo, el cual reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 107. TARIFAS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Establecer las siguientes tarifas del impuesto de Industria y Comercio, según el Código Industrial Internacional Uniforme (CIIU), revisión 4:

<i>Código de Actividad Mill CIUU a Declarar</i>	<i>Agrupación por código</i>	<i>DESCRIPCIÓN ACTIVIDAD ECONÓMICA CIUU</i>	<i>Tarifa por</i>
<i>ACTIVIDADES INDUSTRIALES</i>			
0510	103	Extracción de hulla (carbón de piedra)	7,0
0520	103	Extracción de carbón lignito	7,0”

3. Luego de repartida la demanda a esta judicatura (Fl. 191 cuaderno principal), la secretaría ingresó el proceso al despacho con informe secretarial visto a folio 194 del cuaderno ibídem, dando cuenta, entre otras cosas, de que había sido presentada solicitud de suspensión provisional de las normas acusadas.

4. El 3 de junio de 2021, fue proferido auto corriendo traslado de la solicitud de suspensión provisional presentada, por el término de 5 días, y se dispuso que vencido el término se reingresara el proceso al despacho para continuar su trámite. Se dispuso también en el auto que por secretaría se abriera cuaderno aparte de la cautela (Fl. 1-5 del cuaderno de cautela y Fl. 200-204 del cuaderno principal).

5. El 11 de junio de 2021 el órgano accionado recorrió el traslado de la medida cautelar, oponiéndose por escrito, a la misma (Fl. 25-31 cuaderno cautelar).

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

6. El 16 de junio de 2021, la secretaría de esta judicatura ingresó al despacho, el cuaderno de medida cautelar, informando sobre la respuesta allegada por la entidad demandada.

Revisados los antecedentes de rigor, advierte el juzgado procedente decretar la medida cautelar solicitada, conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

2.1. Sobre la regulación normativa de la suspensión provisional.

El artículo 229 de la ley 1437 de 2011, que regula de manera genérica la procedencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo, preceptúa en concordancia con el artículo 231 *ibídem*, que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, el juez podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias para evitar que los efectos de la sentencia sean nugatorios o para evitar que se cause un perjuicio irremediable.

En efecto, el artículo 229 antes mencionado, textualmente reza:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”.

Ahora, en tratándose del artículo 231 también citado, al versar sobre la suspensión provisional de los actos administrativos demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa, condiciona la declaratoria de la suspensión, a la probanza de los siguientes aspectos:

- a) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión provisional, lo cual debe surgir del ejercicio de confrontar el acto acusado con las normas que se dicen violadas o, surgir del estudio de las pruebas existentes.
- b) existencia del derecho reclamado, el cual debe demostrarse por lo menos con prueba sumaria.

Respecto de lo anterior, reza el artículo 231 *ibídem*, que:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

2.1. Sobre la solicitud de suspensión provisional.

Pide el actor la suspensión de las normas acusadas, alegando que ellas violan el artículo

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

231 del código de minas que expresamente prohíbe que la explotación de minera, la exploración minera y los minerales que se obtengan en boca o al borde de mina, sean gravados con impuestos departamentales y municipales.

2.2. Sobre la oposición a la solicitud de suspensión provisional.

Al momento de descorrer el traslado, la parte accionada se opuso a la prosperidad de la solicitud de medida cautelar, argumentando, esencialmente y en resumen, lo siguiente:

- a) Alega que es necesario considerar el principio de autonomía territorial, consagrado en los artículos 287 y 288 de la constitución nacional, y las funciones asignadas por esta a los municipios en el artículo 311 y a los concejos en el artículo 313.
- b) Afirma que las normas acusadas fueron expedidas con apoyo en lo dispuesto en el artículo 39, numeral 2°, literal b, de la ley 14 de 1983, reproducido en el artículo 259, numeral 2°, literal b, del decreto 1333 de 1986.

Agrega en consecuencia, que las disposiciones acusadas no contravienen la disposición de gravar artículos de producción nacional destinados a la exportación, y se limita a gravar la actividad extractiva que no acredite la respectiva exención nacional y/o territorial según el caso, o sea realizada para uso, comercialización y distribución doméstica, lo cual puede ser corroborado con la simple lectura de la actividad demandada.

- c) Arguye que los números de códigos o actividades incluidas en el contenido de los apartes normativos acusados obedecen a los códigos y actividades previstas en la resolución número 00139 de 2012, expedida por la DIAN.

2.3. Solución a la solicitud de suspensión provisional y su oposición.

2.3.1. Incompatibilidad del tributo creado con ley de regalías.

La ley 685 de 2001¹, al referirse al tópico de “DEFINICIONES TÉCNICAS” en materia minera, radicó en el gobierno nacional, y en los siguientes términos, la tarea de expedirlas a través de un glosario de obligatorio cumplimiento:

“ARTÍCULO 68. DEFINICIONES TÉCNICAS. El Gobierno Nacional adoptará un glosario o lista de definiciones y términos técnicos en materia minera que serán de obligatorio uso por los particulares y por las autoridades y funcionarios en la elaboración, presentación y expedición de documentos, solicitudes y providencias que se produzcan en las actuaciones reguladas por este Código”.

En observancia a esa facultad-deber, el 4 de agosto de 2003, el presidente de la República expidió el decreto No. 2191, “Por el cual se adopta el Glosario Técnico Minero”, definiendo entre otros conceptos, a los de “carbón”, “hulla”, “lignito”, “recursos naturales”, “recursos naturales no renovables” y “recursos naturales renovables”, así:

“Carbón

¹ Código de minas.

Radicado No. 44–0001-33-40-004-2021-00039-00

Roca sedimentaria, de color negro a negro pardo, de fácil combustión, que contiene más del 50% en peso y más del 70% en volumen de material carbonoso incluida la humedad inherente. Formada a partir de la compactación y el endurecimiento por calor y presión, de restos de plantas químicamente alteradas y carbonizadas, durante el tiempo geológico. Las diferencias en los materiales de las plantas (tipo), el grado de metamorfismo (rango) y la cantidad de impurezas (grado) son características del carbón y se usan en su clasificación. En general, su principal uso es en la producción de energía, pero el carbón también tiene aplicaciones industriales: es usado en calderas en la fabricación del cemento, papel, ladrillos, cerámica, vidrio, caucho; industria metalúrgica; ingenios de azúcar, entre otros, y como materia prima para la fabricación de pilas, lámparas de arco, aparatos eléctricos y carbón activado.

(...)

Hulla

1. Roca sedimentaria orgánica con alto contenido en carbón que se forma cuando se somete al lignito a presiones muy elevadas. Es dura, frágil y con capas brillantes. Pueden contener restos vegetales. El tamaño del grano es muy fino y deja mancha al tocarla. Presenta fractura en cubos. No contiene agua.

2. Variedad de carbón mineral con un contenido en carbono del orden del 80%. Su poder calorífico es superior de 6.900 kcal/kg en condiciones húmedas y libre de cenizas (menor que el de la antracita, pero mayor que el del lignito). Se utiliza como combustible y para la formación de coque siderúrgico, gas ciudad y alquitrán.

(...)

Lignito

Carbón de bajo rango con un alto contenido de humedad inherente y materia volátil e impurezas, de color pardo, poco compacto y deleznable. Los lignitos tienen un contenido en carbono menor que la hulla y mayor que la turba, por lo que se la considera de baja calidad. Los lignitos se pueden dividir en lignito negro, lignito café; o lignito A (con poder calorífico entre 6.300 Btu (14,65 MJ/kg) y 8.300 Btu (19,31 MJ/kg), no aglomerante) y lignito B (con poder calorífico inferior a 6.300 Btu (14,56 MJ/kg), no aglomerante).

Recursos naturales

Son elementos de la naturaleza susceptibles de ser utilizados por el hombre para la satisfacción de sus necesidades o intereses económicos, sociales y espirituales. Los recursos renovables se pueden renovar a un nivel constante. Los recursos no renovables son aquellos que forzosamente perecen en su uso.

Recursos naturales no renovables

Son los recursos que no tienen capacidad de recuperarse o regenerarse después de ser aprovechados, posiblemente se regeneren en escalas de tiempo geológico grandes.

Recursos naturales renovables

Son aquellos cuya fuente es abundante y se generan a una velocidad tal, que pueden ser utilizados repetidas veces por el hombre, sin arriesgar su agotamiento” (Negritillas del texto original).

Del estudio integral a las definiciones ofrecidas por el gobierno nacional, se avizora que el carbón es un recurso natural no renovable, características que le son propias, al ser: (i) *de origen geológico*, ya que es una roca sedimentaria formada a partir de la compactación y el endurecimiento por calor y presión, de restos de plantas químicamente alteradas y, además, (ii) *es de fácil combustión*, lo que permite su extinción definitiva.

Radicado No. 44–0001-33-40-004-2021-00039-00

Las características de recurso natural no renovable además de ser de la esencia del carbón como género también pertenecen a la “hulla” y al “lignito”, por ser éstas, dos especies de “carbón”. A partir de ello, la explotación de esos recursos genera a favor del estado una contraprestación económica a título de regalía, según el contenido del artículo 360 constitucional, que reza:

“ARTICULO 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías”.

En virtud de lo anterior, el beneficio económico que recibe el estado –lo que incluye al municipio de Barrancas La Guajira- con ocasión a la explotación del carbón de hulla y del carbón lignito, **es la regalía**. Ahora bien, en principio podría pensarse que como el artículo 360 de la constitución preceptúa que la regalía la percibe el estado “*sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte*”, entonces la regalía puede coexistir con **cualquier impuesto** que sobre la misma actividad (explotación de recurso natural no renovable) fije la entidad territorial respectiva.

La conclusión a la que podría llegarse en los términos enunciados sería inatente a la luz de la jurisprudencia de la honorable corte constitucional que regula la materia, pues de esa jurisprudencia lo que se desprende es que **la creación o establecimiento de un tributo que grava una actividad afectada por regalía, es compatible siempre y cuando se disponga por voluntad del legislador y no por voluntad del ente territorial**. En efecto, dijo el alto tribunal en sentencia C-669 de 2002, lo siguiente:

“Sobre este último aspecto, si bien en las Sentencias C-221/97 y C-987/99 se señaló la imposibilidad de que coexistieran impuesto y regalía y que en ellas se dijo que “la explotación de las minas de propiedad privada, que pueden existir en nuestro ordenamiento jurídico (CP art. 332), no implica obligatoriamente una regalía en favor del Estado, por cuanto el Estado no es propietario de tales recursos, por lo cual bien puede la ley sujetarla a contribuciones tributarias, la Corte debe retomar dicha jurisprudencia para precisar, de una parte, que lo que genera la regalía es la explotación misma del recurso y no la propiedad sobre el mismo, y de otra que regalía y tributos bien pueden coexistir en este campo, toda vez que la Constitución no impone la incompatibilidad a que aluden esas decisiones, por lo que será al Legislador, en el marco de su potestad de configuración y en consideración a la política que más convenga en su entender a los intereses del Estado a quien corresponderá establecer o no junto con la regalía, que siempre deberá cobrarse, cargas tributarias sobre la misma explotación”.

En tales términos, si el tributo lo crea una entidad de orden territorial o local como un concejo municipal, éste sería irregular al ser incompatible dicha función con las asignadas jurisprudencialmente para el concejo en la materia.

Así las cosas, como la norma impositiva que grava la explotación de carbón de *hulla* y *lignito*, acusada, fue proferida por el concejo municipal de Barrancas La Guajira en su condición de órgano coadministrador y no por el congreso de la república en su calidad de órgano legislador, entonces a *prima facie* y para este momento procesal, **resulta incompatible el**

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

tributo creado con la ley que establece regalía para la misma actividad afectada por el tributo, cuya ley es la 756 de 2002 -por la cual se modifica la Ley 141 de 1994- que en su artículo 16 reza lo siguiente:

“Artículo 16. Monto de las regalías. El artículo 16 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

“Artículo 16. Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional², sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla:

Carbón (explotación mayor a 3 millones de toneladas anuales) 10%

Carbón (explotación menor a 3 millones de toneladas anuales) 5%

(...)³.

Al ser incompatible el impuesto creado por el concejo municipal de Barrancas La Guajira con las normas jurisprudenciales y legales que regulan la materia, se genera como conclusión que el concejo creó el tributo sin competencia para ello, pues no existe autorización normativa que permita a la corporación ejercer funciones que son incompatibles con su naturaleza y finalidad o que son del resorte y ámbito funcional de otro órgano como lo es el congreso de la república.

2.3.2. Falta de competencia del concejo municipal de Barrancas La Guajira, para crear impuesto a la explotación del carbón de hulla y del carbón lignito.

El concejo municipal de Barrancas La Guajira, creó el impuesto bajo examen, en los términos que a continuación se transcriben:

“ARTÍCULO 107. TARIFAS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Establecer las siguientes tarifas del impuesto de Industria y Comercio, según el Código Industrial Internacional Uniforme (CIU), revisión 4:

<i>Código de Actividad Mill CIU a Declarar</i>	<i>Agrupación por código</i>	<i>DESCRIPCIÓN ACTIVIDAD ECONÓMICA CIU</i>	<i>Tarifa por</i>
<i>ACTIVIDADES INDUSTRIALES</i>			
0510	103	Extracción de hulla (carbón de piedra)	7,0

² La expresión “de propiedad nacional”, fue declarada exequible por la honorable corte constitucional en sentencia C-628 de 2003, en el entendido de que, para los efectos de ese artículo, el vocablo “nacional” es equivalente a la palabra “estatal”.

Como fundamento para la declaratoria de exequibilidad concluyó el alto tribunal que:

“Siendo claro que con arreglo al artículo 332 superior el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, la discusión sobre la diferencia entre Nación y Estado resulta irrelevante. De suerte que la palabra Nación debe tomarse como equivalente de la palabra Estado para estos efectos. Asimismo, recordando que de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte los destinatarios de las regalías son las entidades territoriales y no el Estado, cualquier discusión al respecto no tiene cabida frente a la expresión examinada, dada la equivalencia existente entre los términos Nación y Estado, según se ha visto.

Por lo tanto, la expresión demandada será declarada exequible en el entendido de que el vocablo “nacional” es equivalente a la palabra “estatal”.

³ Negrillas del despacho.

La forma en la que está proferida la disposición, a *prima facie* viola la prohibición contenida en el artículo 231 de la ley 685 de 2001, "*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*", que reza:

“ARTÍCULO 231. PROHIBICIÓN. La exploración y explotación mineras, los minerales que se obtengan en boca o al borde de mina, las maquinarias, equipos y demás elementos que se necesiten para dichas actividades y para su acopio y beneficio, no podrán ser gravados con impuestos departamentales y municipales, directos o indirectos” (Negrillas fuera del texto original).

Nótese que la disposición transcrita, prohíbe que los municipios graven con impuestos, lo siguiente:

- a)- La exploración y explotación mineras.
- b)- Los minerales que se obtengan en boca o al borde de mina.
- c)- Las maquinarias, equipos y demás elementos que se necesiten para dichas actividades y para su acopio y beneficio.

Lo anterior conduce a revisar los significados técnicos de los ingredientes normativos mencionados, a fin de determinar si la extracción de carbón de hulla y de carbón *lignito*, gravada con las normas acusadas, corresponden a actividades sobre las cuales está legalmente prohibido que los municipios creen impuestos.

Al respecto, el gobierno nacional en el decreto 2191 de 2003, "*Por el cual se adopta el Glosario Técnico Minero*", incluyó entre otras, a las siguientes definiciones:

“Bocamina

1. La entrada a una mina, generalmente un túnel horizontal.
2. Sitio en superficie por donde se accede a un yacimiento mineral.

(...)

Explotación (industria minera)

1. Proceso de extracción y procesamiento de los minerales, así como la actividad orientada a la preparación y el desarrollo de las áreas que abarca el depósito mineral.
2. Es la aplicación de un conjunto de técnicas y normas geológico-mineras y ambientales, para extraer un mineral o depósito de carácter económico, para su transformación y comercialización.
3. El Código de Minas (artículo 95 de la Ley 685 de 2001) define la explotación como "el conjunto de operaciones que tienen por objeto la extracción o captación de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo del área de la concesión, su acopio, su beneficio y el cierre y abandono de los montajes y de la infraestructura".

(...)

Mina

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

1. *Excavación que tiene como propósito la explotación económica de un yacimiento mineral, la cual puede ser a cielo abierto, en superficie o subterránea.* 2. *Yacimiento mineral y conjunto de labores, instalaciones y equipos que permiten su explotación racional.* 3. *El Código de Minas define "mina" como el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útil y aprovechable económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo.*
(...)

Mineral

1. *Sustancia homogénea originada por un proceso genético natural con composición química, estructura cristalina y propiedades físicas constantes dentro de ciertos límites.*

2. *Individuos minerales que se caracterizan por una estructura cristalina determinada y por una composición química, que pertenecen a un rango de variaciones continuas y que se encuentran en equilibrio bajo unas condiciones termodinámicas determinadas.*

3. *El Código de Minas define el mineral como la sustancia cristalina, por lo general inorgánica, con características físicas y químicas propias debido a un agrupamiento atómico específico".*

Concordante con lo anterior, el artículo 10° de la ley 685 de 2001, define *mina* y *mineral* en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 10. DEFINICIÓN DE MINA Y MINERAL. *Para los efectos de este Código se entenderá por mina, el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útil y aprovechable económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo. También para los mismos efectos, se entenderá por mineral la sustancia cristalina, por lo general inorgánica, con características físicas y químicas propias debido a un agrupamiento atómico específico".*

Seguidamente, en su artículo 95 la ley en cita, define a la *explotación* minera, así:

"ARTÍCULO 95. NATURALEZA DE LA EXPLOTACIÓN. *La explotación es el conjunto de operaciones que tienen por objeto la extracción o captación de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo del área de la concesión, su acopio, su beneficio y el cierre y abandono de los montajes y de la infraestructura. El acopio y el beneficio pueden realizarse dentro o fuera de dicha área.*

El beneficio de los minerales consiste en el proceso de separación, molienda, trituración, lavado, concentración y otras operaciones similares, a que se somete el mineral extraído para su posterior utilización o transformación".

Del estudio integral a las definiciones normativas vistas y su aplicación al caso *sub examine*, se concluye lo siguiente:

- ✓ La **explotación minera** es el **"proceso de extracción"** y procesamiento de los minerales, así como la actividad orientada a la preparación y el desarrollo de las áreas que abarca el depósito mineral. En tal virtud, cuando el artículo 231 del código de minas, prohíbe que las autoridades municipales graven con impuesto la **"explotación minera"**, está haciendo referencia a la **extracción**. Entonces, como en los apartes del acuerdo demandado cuya suspensión provisional se solicita, el concejo municipal de Barrancas La Guajira, impone un tributo a la **extracción** de carbón de hulla y lignito, se concluye en este momento procesal, que dicha corporación actuó sin competencia y de contera, las normas acusadas vulneran norma superior en la que debieron fundarse.

Radicado No. 44–0001-33-40-004-2021-00039-00

- ✓ Una **mina** es el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útil y aprovechable económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo. Por otro lado,
- ✓ Un **mineral** es la sustancia homogénea originada por un proceso genético natural con composición química, estructura cristalina y propiedades físicas constantes dentro de ciertos límites.
- ✓ El **carbón** es una roca sedimentaria de origen geológico, cuyo principal uso se da en la producción de energía, pero que también tiene aplicaciones industriales: es usado en calderas en la fabricación del cemento, papel, ladrillos, cerámica, vidrio, caucho; industria metalúrgica; ingenios de azúcar, entre otros, y como materia prima para la fabricación de pilas, lámparas de arco, aparatos eléctricos y carbón activado.

Pues bien, haciendo interpretación integral a los conceptos vistos, se advierte lo siguiente:

(i) El **carbón** al tener origen geológico y ser una roca sedimentaria, tiene la naturaleza de ser un **mineral** –y los minerales se forman o crían en una **mina**–.

(ii) Al tener el **carbón** entre sus características, la de ser una roca sedimentaria, se encuentra en el **suelo o subsuelo** –territorio este donde se forma una **mina**–.

(iii) Al ser utilizado el **carbón** en producción de energía y actividades industriales, es un elemento **aprovechable económicamente**.

(iv) Al ser el **carbón** un elemento natural que resulta ser un **mineral situado en el suelo o subsuelo aprovechable económicamente** es de aquellos cuya **extracción o explotación** se obtiene en una **mina**.

Así las cosas, al estar el carbón sujeto a la explotación o extracción minera, entonces como el artículo 231 de la ley 685 de 2001⁴, código de minas, prohíbe que sobre esa clase de explotación o extracción se impongan impuestos municipales o departamentales, le estaba proscrito al concejo municipal de Barrancas imponer en los apartes acusados del acuerdo, dicho tributo sobre la extracción de carbón. Y como lo hizo, claro es que actuó sin competencia para ello y con vulneración de la mencionada norma por las disposiciones demandadas.

2.3.3. Precedente judicial.

Como precedente judicial de la decisión a adoptarse en esta providencia, existe providencia radicada con el número 15001-23-31-000-2003-02916-02(18213)⁵, proferida por el honorable consejo de estado, en la que al resolver situación fáctica en la que autoridad

⁴ “**ARTÍCULO 231. PROHIBICIÓN.** La exploración y explotación mineras, los minerales que se obtengan en boca o al borde de mina, las maquinarias, equipos y demás elementos que se necesiten para dichas actividades y para su acopio y beneficio, **no podrán ser gravados con impuestos departamentales y municipales, directos o indirectos**” (Negritas fuera del texto original).

⁵ Sala de lo contencioso administrativo sección cuarta. Consejera ponente Martha Teresa Briceño De Valencia. Providencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de dos mil once (2011). Actor: Abel Arcadio Cupajita Rueda Demandado: Municipio De Puerto Boyacá.

Radicado No. 44–0001-33-40-004-2021-00039-00

territorial fijó impuesto de industria y comercio sobre explotación de recurso natural, concluyó lo siguiente:

“De lo anterior, es preciso resaltar que, en las providencias mencionadas, en el análisis se hizo referencia a la prohibición contenida en el literal c) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y en el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, leyes que son posteriores a la Ley 56 de 1981.

Mediante los citados artículos el legislador prohibió a las autoridades territoriales establecer gravamen alguno sobre la explotación de recursos naturales no renovables, entre éstos, los hidrocarburos.

Frente a las prohibiciones, la Sala ha sostenido que son exclusiones efectuadas por el legislador, en virtud de las cuales no se causa el gravamen; además, están limitadas en el tiempo y no requieren ser adoptadas o reproducidas mediante acuerdo municipal, puesto que debe ser aplicado lo dispuesto en la ley y observarse mientras se halle vigente la ley que las estipula.

Teniendo en cuenta las razones que sirvieron a la Corte Constitucional para declarar exequible el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953, es claro que el Concejo Municipal de Puerto Boyacá estaba imposibilitado para incluir en su ordenamiento local, la explotación de hidrocarburos como actividad gravada con el impuesto de industria y comercio, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia”.

Nótese entonces que en caso con particularidades análogas al de la referencia, el honorable consejo de estado, al igual que lo hace esta judicatura, determinó que el concejo municipal no está facultado para gravar la explotación de un recurso natural por exclusión realizada expresamente por el legislador.

2.3.4. Sobre los argumentos de oposición a la suspensión provisional.

En contradicción a los fundamentos para suspender provisionalmente los apartes normativos del acuerdo acusado, el apoderado de la entidad demandada manifiesta lo siguiente:

- d) Alega que es necesario considerar el principio de autonomía territorial, consagrado en los artículos 287 y 288 de la constitución nacional, y las funciones asignadas por ésta a los municipios en el artículo 311 y a los concejos en el artículo 313.
- e) Afirma que las normas acusadas fueron expedidas con apoyo en lo dispuesto en el artículo 39, numeral 2°, literal b, de la ley 14 de 1983, reproducido en el artículo 259, numeral 2°, literal b, del decreto 1333 de 1986.

Agrega en consecuencia, que las disposiciones acusadas no contravienen la disposición de gravar artículos de producción nacional destinados a la exportación, y se limita a gravar la actividad extractiva que no acredite la respectiva exención nacional y/o territorial según el caso, o sea realizada para uso, comercialización y distribución doméstica, lo cual puede ser corroborado con la simple lectura de la actividad demandada.

- f) Arguye que los números de códigos o actividades incluidas en el contenido de los apartes normativos acusados obedecen a los códigos y actividades previstas en la resolución número 00139 de 2012, expedida por la DIAN.

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

Valorados esos argumentos defensivos, los encuentra el juzgado sin vocación de prosperidad por lo siguiente:

➤ *Sobre el alegado principio de autonomía territorial.*

Como se vio precedentemente, alega el apoderado del órgano acusado, que es necesario considerar el principio de autonomía territorial, consagrado en los artículos 287 y 288 de la constitución nacional, y las funciones asignadas por ésta a los municipios en el artículo 311 y a los concejos en el artículo 313.

Nótese que, para la parte demandada, como el concejo municipal de Barrancas La Guajira, tiene autonomía como entidad territorial, entonces estaba facultado para crear el impuesto censurado, sobre todo si existen normas que lo facultan para gravar actividades dentro de su jurisdicción.

El argumento defensivo visto no prospera, por lo siguiente:

Si bien existe el principio de autonomía territorial, el mismo, al aplicar para la función pública, tiene su límite, máxime si de acuerdo con los artículos 121 y 122 constitucionales, ninguna autoridad estatal está facultada para actuar contra la constitución, ley o el reglamento.

Uno de los límites a esa autonomía territorial en el *sub examine*, lo representa el *principio de legalidad*, reconocido jurisprudencialmente y frente al cual no debe existir vulneración mediando la excusa de autonomía para crear un tributo en específico, que no ha sido reconocida en norma alguna.

Al respecto, el honorable consejo de estado, en sentencia radicada con el número 11001-03-27-000-2012-00042-01(19715), en cuanto al principio de legalidad, indicó lo siguiente:

“El artículo 338 de la Constitución Política señala que en tiempos de paz, el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Dice, además, que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos, los sujetos pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos. De este mandato se desprende el principio de legalidad tributaria, según el cual, todos los tributos deben ser decretados por los órganos de representación popular (No ha lugar impuesto sin representación) y, además, los elementos que conforman el tributo deben estar claramente establecidos (certeza del tributo).

El principio de legalidad tributaria exige que sean los órganos de elección popular los que, de manera directa, señalen los elementos esenciales del tributo, pero, además, exige que cuando fijen los elementos del tributo, lo hagan con suficiente claridad y precisión, pues, de lo contrario, como lo ha señalado la Corte Constitucional, no sólo se genera inseguridad jurídica, sino que en el momento de la aplicación de las normas se permiten los abusos impositivos.

De la misma manera, el artículo 154 de la Constitución Política le otorga al legislador la facultad para crear, modificar o suprimir exclusiones o exenciones tributarias, por razones de política económica o para realizar la igualdad real y efectiva a partir de la iniciativa del Gobierno nacional.

Las exenciones tributarias creadas por el legislador, al hacer parte de las manifestaciones de la política fiscal, también están cobijadas por los principios de legalidad y certeza. De tal forma que, los elementos principales de cualquier exención deben estar definidos previamente por el legislador, las asambleas o los concejos, en los términos de los artículos 150, numerales

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

10 y 12, y 338 de la Constitución. Así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-748 de 2009:

“Esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha establecido que así como el legislador goza de amplia potestad de configuración normativa para establecer tributos y definir sus elementos esenciales, es natural que, de la misma forma, goce del poder suficiente para consagrar beneficios tributarios, por razones de política económica o para realizar la igualdad real y efectiva en materia fiscal.”

Nótese que no obstante existir el principio de autonomía territorial –el cual no aplica en este caso por prohibir la norma que el concejo en uso de su autonomía creara el impuesto censurado-, el supremo tribunal contencioso administrativo, indica que, en virtud del principio de legalidad, y de acuerdo con lo consignado en el artículo 154 de la constitución política, el congreso de la república es el órgano facultado para crear exclusiones tributarias.

En esa línea, si el congreso tiene la facultad para crear dichas exclusiones tributarias, también tiene la facultad para prohibir –lo cual constituye otra clase de exclusión, pero relativa a la posibilidad del concejo para crear el tributo-, que los órganos municipales graven ciertas actividades. Ello se materializó en el *sub judice*, con el artículo 231 del código de minas, en el cual el congreso excluyó la posibilidad de que se crearan tributos locales a la explotación o extracción minera, lo que incluye la extracción del carbón de hulla y de lignito.

Por otro lado, se evidencia que la honorable corte constitucional, en sentencia C-229 de 2003, al examinar la constitucionalidad del artículo 231 del código de minas, que prohíbe a los concejos municipales como el de Barrancas La Guajira, gravar la explotación minera, dispuso que la norma es exequible, por lo siguiente:

- Porque la facultad del legislador para limitar la autonomía impositiva de las entidades territoriales, impidiéndoles gravar determinadas actividades, tiene expreso fundamento en el artículo 287 de la constitución política.
- Porque dentro de un estado unitario, la autonomía impositiva de las entidades territoriales no puede ser absoluta, por el contrario, está sujeta a lo dispuesto por el congreso de la república, como órgano representativo del orden nacional.
- Porque la prohibición consagrada en el artículo 231 de la ley 685 de 2001, constituye un ejercicio de la potestad impositiva preferente que, dentro de un estado unitario, ejerce el congreso de la república.

Al respecto, así se pronunció la honorable corte:

“4.4.4 Consideraciones de la Corte Constitucional

4.4.4.1 La potestad impositiva de las entidades territoriales es residual

En relación con el cargo según el cual el legislador estaría contrariando la prohibición constitucional de conceder exenciones sobre los impuestos del orden territorial, el cargo tampoco puede prosperar.

En efecto, como surge de la simple lectura del artículo demandado, y lo sostienen los intervinientes, el legislador no está estableciendo una exención, pues no está eximiendo a un grupo de contribuyentes del pago de una obligación tributaria existente -ámbito que le corresponde a las asambleas y concejos- sino que, precisamente, les está prohibiendo a las entidades territoriales gravar determinadas actividades, impidiendo de este modo el surgimiento mismo de la obligación.

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

La facultad del legislador para limitar la autonomía impositiva de las entidades territoriales, impidiéndoles gravar determinadas actividades, tiene expreso fundamento en el artículo 287 de la Constitución, que sujeta a la ley, su potestad para establecer tributos. Al respecto, la Corte ha dicho:

"La autonomía constituye el pilar a partir del cual los entes territoriales pueden alcanzar los fines asignados por el Constituyente, al gozar de cierta capacidad jurídica de auto gestión política, administrativa y fiscal. Sobre esta última, la autonomía se traduce en el derecho en cabeza de los departamentos y municipios de "administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones", al tenor del artículo 287 de la Constitución. Sin embargo, por disposición del mismo precepto constitucional, dicha autonomía no es absoluta, pues se enmarca dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual encuentra justificación en el hecho de que los departamentos y municipios carecen de la soberanía fiscal que ostenta de manera exclusiva el Congreso de la República. En este sentido, se puede afirmar que la potestad impositiva de las entidades territoriales no es autónoma sino subordinada a la ley."

En desarrollo del mismo argumento, la Corte ha entendido que esta potestad legislativa tiene fundamento en el principio de representación del tributo:

"Uno de los principios sobre los que se funda el sistema tributario es el de la legalidad, que se concreta, en primer lugar, en el origen representativo del tributo, en desarrollo del principio según el cual "no puede haber tributo sin representación" ("nullum tributum sine lege"), propio de un Estado democrático y vigente en nuestro ordenamiento aún con anterioridad a la Constitución de 1991. En efecto, el artículo 338 de la Carta señala que solamente dichos cuerpos colegiados podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales, lo cual significa que la potestad impositiva radica exclusivamente en cabeza de los cuerpos colegiados de elección popular, como es el Congreso –órgano representativo por excelencia-, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, sin que pueda delegarse tal potestad al gobierno en sus diversos niveles." Sentencia C-538/02 (M.P. Jaime Araujo Rentería)

Así, dentro de un Estado unitario, la autonomía impositiva de las entidades territoriales, no puede ser absoluta. Por el contrario, está sujeta a lo dispuesto por el Congreso de la República, como órgano representativo del orden nacional. En esa medida, la Corte encuentra que la prohibición consagrada en el artículo 231 de la Ley 685 de 2001, constituye un ejercicio de la potestad impositiva preferente que, dentro de un Estado unitario, ejerce el Congreso de la República. Por lo tanto, declarará exequible dicho artículo en relación con el cargo planteado".

Así las cosas, la autonomía y/o funciones invocada por la entidad demandada, si bien goza de éstas, no tienen la virtualidad para autorizarla a crear el tributo impuesto en las normas acusadas, en tanto que de acuerdo con el *principio de legalidad* y la jurisprudencia vista, aquella autonomía y funciones, no son extensivas a la creación del aludido impuesto.

- *Sobre la alegada observancia del artículo 39, numeral 2°, literal b, de la ley 14 de 1983, reproducido en el artículo 259, numeral 2°, literal b, del decreto 1333 de 1986.*

Expresa la parte accionada que las disposiciones acusadas no contravienen la disposición de gravar artículos de producción nacional destinados a la exportación, y se limita a gravar la actividad extractiva que no acredite la respectiva exención nacional y/o territorial según el caso, o sea realizada para uso, comercialización y distribución doméstica, lo cual puede ser corroborado con la simple lectura de la actividad demandada.

El argumento defensivo visto no prospera, por lo siguiente:

El tenor literal de los artículos invocados por la parte demandada, rezan así:

- Artículo 39, numeral 2°, literal b, de la ley 14 de 1983.

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

“ARTÍCULO 39.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior continuarán vigentes:

(...)

2. Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904; además, subsisten para los Departamentos y Municipales las siguientes prohibiciones:

(...)

b. La de gravar los artículos de producción, transformación por elemental que esta sea; (...).”

- Artículo 259, numeral 2°, literal b, del decreto 1333 de 1986.

“Artículo 259°.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, continuarán vigentes:

(...)

b) La de gravar los artículos de producción Nacional destinados a la exportación; (...).”

Al leer las normas transcritas, se observa que, radican en los municipios la prohibición de gravar “*artículos*” de producción nacional destinados a la exportación. Como ello es así, entonces la parte acusada lo utiliza para indicar que como la actividad de extracción de carbón de hulla y de lignito que gravó con las normas acusadas, lo hizo para aquella extracción que no tenga fin de exportación, entonces actuó válidamente.

No comparte el despacho el argumento propuesto, con fundamento en lo que pasa a exponerse:

Al verificar la forma como el concejo accionado dispuso el impuesto sobre la extracción de carbón, no se indica ni se desprende de ello, que el tributo se haya establecido para una actividad que no esté seguida de exportación, de tal suerte que, si la norma no lo precisa, entonces no le es dable al interprete brindarle connotación o implicaciones distintas a las incluidas por el órgano que profirió la norma.

Al respecto, rezan las normas acusadas, así:

“ARTÍCULO 107. TARIFAS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Establecer las siguientes tarifas del impuesto de Industria y Comercio, según el Código Industrial Internacional Uniforme (CIIU), revisión 4:

Código de Actividad Mill CIIU a Declarar	Agrupación por código	DESCRIPCIÓN ACTIVIDAD ECONÓMICA CIIU	Tarifa por
--	-----------------------	--------------------------------------	------------

ACTIVIDADES INDUSTRIALES

0510	103	Extracción de hulla (carbón de piedra)	7,0
0520	103	Extracción de carbón lignito	7,0”

Por otro lado, se evidencia que las normas invocadas por la parte demandada se refieren a “*artículos de producción*”, concepto dentro del cual no se incluye a la extracción de carbón gravada por el concejo municipal de Barrancas La Guajira en las disposiciones acusadas.

➤ Sobre la alegada observancia a la resolución número 00139 de 2012, expedida por la DIAN.

Arguye la entidad que los números de códigos o actividades incluidas en el contenido de los apartes normativos acusados obedecen a los códigos y actividades previstas en la aludida resolución.

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

El argumento defensivo visto no prospera porque con él se incurre en el error de razonamiento conocido como *ignoratio elenchi* o conclusión inatinente, que consiste en partir de un argumento válido, pero concluir un asunto distinto al que se desea demostrar.

En efecto, a pesar de que los códigos plasmados en las normas que gravan la extracción del carbón correspondan a los incluidos en la resolución número 00139 de 2021 expedida por la DIAN, ello no extingue la prohibición que pesaba sobre el concejo demandado de acuerdo con el artículo 231 del código de minas, ni la incompatibilidad ni la falta de competencia descubiertas en acápite *ut supra*.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: SUSPENDER provisionalmente, de acuerdo con las razones contenidas en esta providencia, los siguientes apartes normativos del acuerdo número 024 expedido el 22 de diciembre de 2020 por el concejo municipal de Barrancas La Guajira:

“ARTÍCULO 107. TARIFAS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Establecer las siguientes tarifas del impuesto de Industria y Comercio, según el Código Industrial Internacional Uniforme (CIIU), revisión 4:

<i>Código de Actividad Mill CIIU a Declarar</i>	<i>Agrupación por código</i>	<i>DESCRIPCIÓN ACTIVIDAD ECONÓMICA CIIU</i>	<i>Tarifa por</i>
<i>ACTIVIDADES INDUSTRIALES</i>			
0510	103	<i>Extracción de hulla (carbón de piedra)</i>	7,0
0520	103	<i>Extracción de carbón lignito</i>	7,0”

SEGUNDO: Queda prohibida la reproducción de las disposiciones suspendidas, a menos que, con posterioridad, desaparezcan los fundamentos que motivaron la suspensión.

TERCERO: Reconocer personería al abogado Alberto Luis Gutiérrez Galindo, identificado con CC 77.191.911 y portador de la T.P. 165.710 del C.S.J. como apoderado del municipio de Barrancas La Guajira, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 32 del cuaderno cautelar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE HERNANDO DE LA OSSA MEZA
Juez

Firmado Por:

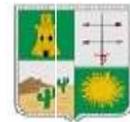
Jose Hernando De La Ossa Meza
Juez
Oral 004
Juzgado Administrativo



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



Rama judicial
Jurisdicción de lo contencioso administrativo
Juzgado cuarto administrativo oral
del circuito de Riohacha



SIGCMA

Radicado No. 44-0001-33-40-004-2021-00039-00

La Guajira - Riohacha

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

fa23a7026ecfe7ee4ee333d4443f095a9d9b39182b7fddce709a955a65a24769

Documento generado en 30/07/2021 02:50:35 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>