

Sentencia 15498 de junio 12 de 2008

•CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Radicación: 73001233100020040029201

Número interno: 15498

Consejero Ponente:

**Dr. Héctor J. Romero Díaz**

Wilson Leal Echeverry contra el departamento del Tolima.

Fallo

Bogotá, D.C., doce de junio de dos mil ocho.

EXTRACTOS: «**Consideraciones**

En los términos de la apelación la Sala estudia la legalidad de la Ordenanza 056 de 2001 por la cual la asamblea del Tolima creó la contribución para el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre. En concreto, precisa la naturaleza del tributo y si la asamblea departamental tenía facultades para establecerlo.

Sobre un asunto similar al que se debate, la Sala se pronunció en sentencia de 17 de agosto de 2006, consejera ponente doctora María Inés Ortiz Barbosa, criterio que ahora reitera.

De la definición de contribución del Código Tributario para América Latina(1), la doctrina extrae como elementos del tributo los siguientes(2):

a) Constituye un ingreso tributario.

b) Tiene como causa la percepción por el contribuyente de un beneficio genérico para un grupo de personas.

c) Su producto debe estar destinado a una obra pública o a la prestación de un servicio público.

De acuerdo con lo anterior, la contribución se paga proporcionalmente al beneficio obtenido y su producto está destinado a la financiación de las obras o actividades.

Los impuestos, por su parte, son generales, lo que significa que se cobran indiscriminadamente a quienes se encuentren dentro del hecho generador y no conllevan contraprestación, retribución o beneficio directo e inmediato.

En el asunto sub júdice, la Ordenanza 0056 de 28 de diciembre de 2001, estableció a cargo de los moteles, amoblados, residencias y hoteles que presten sus servicios en el departamento del Tolima, el pago de una “contribución” equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total de la cuantía determinada en el comprobante de pago, por el servicio prestado de alquiler y/o alojamiento transitorio o temporal de habitación o suite.

Como de las características del tributo desarrollado en la ordenanza acusada, no se prevén ventajas o beneficios individuales o colectivos para las personas que están obligadas a su pago, la llamada “contribución” se enmarca dentro de la concepción doctrinaria y jurisprudencial de un impuesto; luego lo que creó la asamblea del Tolima fue el impuesto al deporte, a la recreación y al tiempo libre.

La asamblea departamental del Tolima en uso de las facultades conferidas en el artículo 300 [num. 4º] de la Constitución Política; y en el numeral 2º del artículo 74 de la Ley 181 de 1995 para los entes deportivos departamentales, ordenó la creación de la contribución para el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre en el departamento del Tolima.

El numeral 2º del artículo 74 de la Ley 181 de 1995, contenido en el “título VII. Comité olímpico colombiano. Capítulo”, preceptúa:

“El Comité olímpico colombiano, en concordancia con las normas que rigen el sistema nacional del deporte, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

**2. Elaborar en coordinación con las federaciones y asociaciones deportivas, el calendario único nacional y vigilar su adecuado cumplimiento”** (resaltado fuera de texto).

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.

Aunque el departamento y el tribunal afirmaron que hubo un error de transcripción 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(3) 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 [num. 3º] 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(4).

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]).

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 [num. 2º] de la Ley 181 de 1995(5) 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.

En consecuencia, como la Ordenanza 056 de 2001 creó un tributo sin que existiera norma superior que fijara los respectivos parámetros o directrices del gravamen, carecía de competencia derivada para desarrollarlo, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 17 de febrero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de nulidad de Wilson Leal Echeverry contra el departamento del Tolima. Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha».

(1) Según el Código Tributario para América Latina, la contribución es “el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o actividades que constituyen el presupuesto de la obligación”.

(2) Bravo Arteaga, Juan Rafael. Nociones fundamentales de derecho tributario. 3ª Edición, Editorial Legis, página 31.

(3) Sentencias del 8 de junio de 2001, Expediente 11997, C.P. Doctor Germán Ayala Mantilla; 28 de enero de 2000, Expediente 9723, C.P. Doctor Daniel Manrique Guzmán y 29 de septiembre de 2005, Expediente 14562, C.P. Doctora María Inés Ortiz Barbosa.

(4) Sentencia del 22 de febrero de 2002, Expediente 12591.

(5) Artículo 75 de la Ley 181 de 1995: “Los entes deportivos departamentales, contarán para su ejecución con:

(...)

2. Las rentas que creen las asambleas departamentales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre”.