

ACTO ADMINISTRATIVO – Su derogatoria, modificación o subrogación de un acto administrativo no es motivo para abstenerse de estudiar su legalidad / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Es objeto de estudio por los efectos que produjo durante su vigencia

Sobre el primer aspecto, vale la pena señalar que el control de legalidad que efectúa la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo produce efectos desde que el acto administrativo nació a la vida jurídica, por esta razón, aunque se hubiera derogado, perdido su vigencia o cumplido su objeto, debe estudiarse su conformidad con el ordenamiento jurídico por los efectos que pudo producir y por las situaciones jurídicas particulares que se crearon o modificaron que aún no se han consolidado. Como lo ha considerado la Jurisprudencia, no se puede confundir la validez de una norma jurídica con su vigencia. La validez del acto se da desde su formación o expedición y, es nulo, conforme con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, porque fue expedido por funcionario u organismo incompetente o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa o mediante falsa motivación o desviación de poder. Conforme con el artículo 66 ibídem, los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero, pierden su fuerza ejecutoria, entre otros eventos, cuando pierden vigencia, sin embargo, se trata de un fenómeno jurídico distinto de la declaratoria de nulidad que en caso de darse, “para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación”. En consecuencia, la derogatoria, modificación o subrogación de un acto administrativo no es motivo para abstenerse de estudiar su legalidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el estudio de legalidad de los actos derogados, modificados o subrogados se reitera sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 19 de febrero de 1998, Rad. 4490, M.P: Juan Alberto Polo Figueroa

FACULTAD IMPOSITIVA DE LOS ENTES TERRITORIALES – Está sometida al principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Sólo los cuerpos colegiados tienen la facultad de imponer tributos

Pues bien, la jurisprudencia ha sido unánime en señalar que la facultad de establecer tributos a cargo de las entidades territoriales, se encuentra sometida al principio de legalidad tributaria, que incluye la intervención de órganos de representación popular para el señalamiento de los tributos y la predeterminación de los elementos esenciales de los mismos. El artículo 338 de la Constitución Política reserva con exclusividad a los cuerpos colegiados de elección popular la facultad de imponer tributos. Coherentemente el artículo 150 numeral 12 ibídem asigna al Congreso la función de “Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.” y los artículos 300 numeral 4 y 313 numeral 4 ibídem, disponen, respectivamente, que a las Asambleas y Concejos, a través de ordenanzas y acuerdos, les corresponde, decretar o votar las contribuciones e impuestos locales, de conformidad con la Constitución y la Ley. En efecto, el artículo 338 señala que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos; sin embargo, prevé que 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 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338

CONTRIBUCION DE VALORIZACION – Hecho generador. Pasto / RECUPERACION POR VALORIZACION – Equivale a decidir que una obra causa la contribución de valorización / ALCALDE DE PASTO – No tenía facultad para fijar la cuantía de recuperación a través del sistema de valorización / INVAP – Autoridad competente para determinar la cuantía de recuperación por valorización

Mediante el Acuerdo 42 del 2 de noviembre de 1996 el Concejo de Pasto estableció el Estatuto de Valorización Municipal en el cual señaló los elementos objetivos de la contribución de valorización, entre ellos, el hecho generador. En efecto, el artículo 3 enumera las obras de interés público y social realizables por el sistema de valorización; una de ellas, “la construcción y reconstrucción de pavimentos, andenes, plazas, parques, campos deportivos y de recreación e iluminaciones de vías públicas”. Si bien la construcción de plazas en la ciudad de Pasto se considera como una obra de interés público y social realizable por el sistema de valorización, es necesario, conforme con el ordenamiento local, que la obra se ordene por el sistema de valorización, mediante el procedimiento previsto en los artículos 16 y siguientes del Estatuto de Valorización de Pasto. Para la Sala, es evidente, de acuerdo con los considerandos transcritos (especialmente los numerales 5, 6, 7 y 8), que el Decreto demandado está determinando que el proyecto “Construcción Plaza de Carnaval y la Cultura” en la ciudad de Pasto causa la contribución de valorización en cuantía total distribuible, entre los propietarios beneficiados con la obra, de \$3.500.000.000. En efecto, decir que una obra se va a recuperar por valorización, es lo mismo que imponer, decretar, establecer, determinar, ordenar o decidir que un proyecto causa la contribución de valorización. En este caso, aunque el Alcalde de Pasto no haya usado términos como “decretar”, “ordenar” o “determinar”, lo cierto es que al “fijar como cuantía a recuperar, a través del sistema de valorización, del total de la inversión estimada del proyecto ‘Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura’ la suma de [...] (\$3.500.000.000.00)”, no está haciendo cosa distinta que fijar, imponer o decidir que ese proyecto causa la contribución de valorización. De acuerdo con lo anterior, el Alcalde de Pasto no podía determinar que parte de la ejecución del proyecto “Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura” se recuperaría por el sistema de valorización. El Concejo había asignado esa competencia al Instituto de Valorización de Pasto, a través de su Director, previa aprobación de la Junta Directiva. Tampoco podía el alcalde establecer el monto distribuible o la base impositiva (\$3.500.000.000), porque, como se vio, esa función está a cargo del INVAP. A juicio de la Sala, el artículo 3 del Acuerdo 42 de 1996 no autoriza al ejecutivo municipal para establecer qué obras se van a recuperar por valorización, porque en el municipio de Pasto no basta que la construcción de una plaza sea realizable por el sistema de valorización, sino que, por virtud del ordenamiento de valorización que lo gobierna, debe ser ordenada de manera concreta, y no por el alcalde, sino por el INVAP, entidad descentralizada diferente de la alcaldía. Pero lo anterior no significa que el Concejo haya delegado en el INVAP la facultad de instituir el tributo, pues, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-155 de 2003, “Respecto de las expresiones “el establecimiento” y “que ejecute las obras”, la Corte no encuentra reparo de inconstitucionalidad, pues con ellas simplemente se está facultando a ciertas entidades para concretar el gravamen en

las obras por las cuales se genera el cobro, así como para determinar la tarifa, todo lo cual, según ha sido ampliamente explicado, no tiene prohibición constitucional. De cualquier manera, reitera la Sala, las entidades administrativas que ejecutan las obras no son quienes crean el tributo sino las encargadas de concretarlo bajo los parámetros que definan las respectivas corporaciones de representación popular. En todo caso, en ese proceso ha de estar garantizada la participación activa de los potenciales afectados con el cobro del gravamen

TRIBUTO – Diferencias entre crearlo, administrarlo y cobrarlo / CONTRIBUCION DE VALORIZACION – Se permite la delegación en un órgano para que determine el costo de la obra / MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE – Es a quien corresponde la aplicación y el manejo de la contribución de valorización a nivel nacional

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias ha distinguido entre crear el tributo y administrarlo y cobrarlo. “La primera es la tarea de diseñar cuidadosamente los elementos constitutivos de la obligación tributaria: fijar en ellos los sujetos pasivos, los hechos imposables, los elementos cuánticos de la base imponible, los momentos de la causación y los principios centrales que la precisan”. En este caso, en el municipio de Pasto lo fue a través del Acuerdo 42 de 1996. Sigue la jurisprudencia: “La segunda es la tarea de cobrar, de permitir que en la práctica se realicen los objetivos que fija la ley en su orientación básica”. Esta tarea sí es delegable y en el Municipio de Pasto se fijó a cargo del INVAP. En la jurisprudencia citada se explica: “En el caso del tributo de valorización, es aceptable la delegación en un órgano que determine el costo de la obra, incorpore en ese costo no sólo el costo directo sino también otros elementos que lo integren (costo de administración e imprevistos), que distribuya el costo entre los propietarios beneficiarios; que oiga a éstos; que recaude el tributo y ejecute la obra, pues no de otra manera podría hacerse efectivo el beneficio que ha orientado el Decreto 1604 de 1966, modificado por el Decreto 3160 de 1968. En el orden nacional es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte a quien corresponde la aplicación y el manejo de esta contribución. A él compete determinar las obras nacionales por cuya construcción y conservación se causa este tributo. Fijarlo, distribuirlo, recaudarlo”. En el Municipio de Pasto, se repite, está en cabeza del IVAP y no del Alcalde.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 0535 DE 2002 (10 de diciembre) ALCALDIA MUNICIPAL DE PASTO - Anulado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00719-01(16621)

Actor: BOLIVAR DAVID MARTINEZ

Demandado: MUNICIPIO DE PASTO

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Pasto contra la sentencia del 20 de abril de 2007 que declaró la nulidad del Decreto 0535 de 10 de diciembre de 2002 expedido por el Alcalde Municipal de Pasto "Por medio del cual se establece el monto a recuperar del total de un proyecto de interés público y social, por medio del Sistema de Valorización".

LA DEMANDA

BOLÍVAR DAVID MARTÍNEZ solicitó la nulidad del Decreto 0535 de 2002 que dispone:

DECRETO 0535 de 2002 (10 de diciembre)

Por medio del cual se establece el monto a recuperar del total de un proyecto de interés público y social, por medio del Sistema de Valorización

El Alcalde del Municipio de Pasto, en ejercicio de sus facultades constitucional y legalmente conferidas y

CONSIDERANDO:

(...)

ARTÍCULO PRIMERO. Fijar como cuantía a recuperar, a través del sistema de valorización del total de la inversión estimada del proyecto "Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura", la suma de TRES MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$3.500.000.000,00).

ARTÍCULO SEGUNDO. Ordenar que a través de la suscripción de convenio con el Instituto de Valorización Municipal de Pasto -INVAP- se recaude la suma de TRES MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$3.500.000.000,00), monto a recuperar de la inversión del proyecto "Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura".

ARTÍCULO TERCERO. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

El demandante invocó como normas violadas los artículos 29, 150-12 y 338 de la Constitución Política; 6 de los Decretos 1604 de 1966 y 1394 de 1970 y el Acuerdo 042 de 1996. El concepto de la violación se puede resumir así:

1. Principio de legalidad de los tributos como presupuesto esencial de la facultad impositiva

Conforme con este principio, tanto la ley como las ordenanzas y los acuerdos al imponer una contribución fiscal o parafiscal, deben establecer los elementos esenciales del tributo que crean, es decir, fijar directamente los sujetos activos y pasivos, el hecho generador y la base gravable y las tarifa del impuesto o contribución. Con ello se da seguridad jurídica para efectos de su aplicación,

recaudo, control sobre el posible ejercicio arbitrario del poder de imposición y garantiza el debido proceso.

Si la ley, la ordenanza o el acuerdo no señalan directa y claramente los elementos de la relación tributaria, la Administración no puede solucionar la omisión por medio de su facultad reglamentaria, so pena de invadir la competencia establecida para la autoridad legislativa.

En el Estatuto de Valorización Municipal (Acuerdo 42 de 1996) se fijaron de manera clara los elementos del gravamen por valorización y el procedimiento para su declaración y cobro (sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa de la contribución) de manera que el Alcalde de Pasto no podía imponer un recaudo por \$3.500.000.000 por el sistema de valorización, como lo hizo en el Decreto demandado, desconociendo las normas legales y constitucionales señaladas.

2. Oportunidad para decretar la contribución

Según el artículo 6 del Decreto 1394 de 1970, la contribución por valorización se puede liquidar y exigir antes de la ejecución de la obra, durante su construcción o una vez terminada; sin embargo, el decreto de la obra por valorización no puede hacerse cuando ya está empezada y en este caso, el Estatuto de Valorización (artículo 5) establece que la contribución se puede decretar antes de la ejecución de la obra, durante su construcción o una vez terminada.

En el momento en que la Administración decreta la construcción de una obra por valorización, así debe quedar claro, ya sea en un 100% o en un porcentaje menor, pero, no puede decretarse cuando la obra ya ha sido emprendida o cuando esté terminada. Tampoco cuando su realización y financiación por este sistema no fueron previstas previamente.

En virtud de lo anterior, el Estatuto de Valorización de Pasto contrarió este principio y si por presunción de legalidad debe acatarse su artículo 5, la decretación del gravamen de valorización para los predios circunvecinos a la plaza de los carnavales debió proferirla el Director del Instituto de Valorización, previa aprobación de la Junta de Valorización y no el Alcalde.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En capítulo aparte de la demanda solicitó la suspensión provisional de la norma acusada por violación del debido proceso, del principio de legalidad y porque el Alcalde no tiene competencia para señalar el gravamen por valorización y el monto de su recuperación.

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante providencia de 3 de julio de 2003 admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto demandado porque no observó la violación manifiesta de las normas invocadas y porque el Decreto no señala el gravamen por valorización, sino que fijó la cuantía a recuperar por el sistema de valorización.

OPOSICIÓN

El Municipio de Pasto contestó la demanda extemporáneamente.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Nariño declaró la nulidad del Decreto 535 de 10 de diciembre de 2002 por las siguientes razones:

La Ley 706 de 2001 declaró patrimonio cultural de la Nación los carnavales de Pasto, para lo cual el Gobierno Nacional podía incorporar en el presupuesto general de la Nación las apropiaciones requeridas para la ejecución y terminación de la Plaza del Carnaval, pero en ningún momento determinó contribución o impuesto alguno con cargo a la comunidad. Tampoco lo hizo el Concejo Municipal, pues si bien el Acuerdo 2 de 2002 otorgó unas facultades específicas al Alcalde, no contempló la posibilidad de que fijara contribuciones por valorización. Y el Alcalde lo hizo sin contar con autorización alguna.

La financiación del proyecto Plaza del Carnaval requirió la participación del Municipio, la Nación, INVIPASTO, Ministerio de la Cultura, del convenio con PNUD – ACCI y FINDETER, a través de créditos adquiridos y mediante el cobro de la valorización.

Por su parte, el Decreto 1333 de 1986 establece, dentro del régimen municipal, que el establecimiento, distribución y recaudo le corresponde a la entidad del orden nacional, departamental o local que ejecute la obra. En este caso se desconoce quien en concreto ejecutó la obra y si se asumiera que fue el municipio, con diferentes aportes, no sólo locales sino nacionales, sería éste el encargado de fijar la contribución, a través del concejo municipal, pero esto no ocurrió.

El Alcalde no tenía la facultad para fijar el monto a recuperar, tampoco podía hacerlo el INVAP, sólo lo podía hacer el Concejo Municipal. El Estatuto de Valorización Municipal (Acuerdo 42 de 1996) tiene aplicación frente a obras que ejecute el municipio, pero no frente a construcciones como la de este caso que se deriva de una Ley. La fijación del monto a recuperar es el punto de partida para la distribución de la misma, pues, significa cuál es la cifra que se debe repartir entre todos los beneficiarios de la obra.

Aclaró que en la acción popular que conoció el Tribunal se decidió que no se habían amenazado o vulnerado derechos colectivos porque el municipio sí tenía la posibilidad de recuperar la inversión que le correspondía dado que la obra no se financiaba en un 100% con recursos de la Nación. Mientras, que en este caso, la decisión se basa en que el señalamiento de la contribución debía provenir del órgano colegiado de la Administración y no del ejecutivo.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandado** sustentó la apelación en los siguientes términos:

El Decreto acusado es un acto complejo porque depende de otras disposiciones, actuaciones y autoridades para su perfeccionamiento y ejecución, como el convenio que se debe suscribir con el Instituto de Valorización Municipal de Pasto -INVAP, para la realización de una serie de tareas conforme a su competencia, incluida la imposición del gravamen o del monto estimado para recuperar un mínimo porcentaje del total de la inversión del proyecto. Este Instituto produjo una serie de actos que le han dado vigencia y aplicabilidad a la recuperación del monto señalado en el Decreto demandado.

Dentro de los antecedentes normativos que respaldan legalmente al Decreto 0535 de 10 diciembre de 2002 están los Acuerdos 27 de 1996 y 42 del mismo año. Éste

establece el Estatuto de Valorización de Pasto, a través del cual se acogió el sistema de valorización para todas las obras de interés público y social que se realicen en el municipio que beneficien la propiedad inmueble, así sea realizada por entidades del orden nacional, departamental o municipal, sea que se haga separada o conjuntamente, como en este caso que en la realización y ejecución del macro proyecto de la Plaza del Carnaval participaron la Nación a través del Ministerio de la Cultura, con quien se suscribió un convenio interinstitucional con el PNUD – ACCI y FINDETER en el que se previó la recuperación de un porcentaje de la inversión a través del sistema de valorización, como la sentencia lo afirma.

El Decreto demandado sólo estableció el monto a recuperar del total de un proyecto de interés público y social por medio del sistema de valorización. Dada la complejidad del proyecto, el acto demandado no se puede desligar del Acuerdo 002 de 22 de enero de 2002 que otorgó facultades a la Administración municipal para adquirir unos bienes inmuebles y celebrar contratos necesarios para la ejecución del proyecto, es decir, que el Alcalde Municipal estaba plenamente facultado para expedir los actos administrativos, suscribir contratos y convenios que propendieran en su realización, lo cual evidentemente se encuentra en la política de la recuperación de la inversión.

La expedición del Decreto por parte del Alcalde se hizo dentro de la órbita de su competencia, pues no debe perderse de vista que el INVAP es un organismo adscrito al despacho del alcalde a quien corresponde el control de tutela gubernamental conforme a los artículos 2 y 4 del Acuerdo 24 de 1996 y 8 del Decreto 3130 de 1968 y lo confirma la Resolución 199 de 2003 del Director del INVAP que, frente al tema cuestionado, asignó y gravó con la contribución de valorización, los predios beneficiados con la obra (zona de influencia), aprobó el monto del proyecto a distribuir entre los beneficiados, los descuentos por pronto pago, las cuotas de financiación, entre otros aspectos. Contra esta resolución se dio la oportunidad de interponer los recursos y demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, esta resolución es el acto administrativo que asignó y gravó con la contribución de valorización los predios de la zona de influencia del proyecto Plaza del Carnaval y la Cultura y no el demandado.

Solicitó que se declararan las excepciones que se encuentran probadas en el proceso, como que el acto demandado para la fecha de presentación de la demanda había salido de la vida jurídica ya que fue modificado por el Decreto 0454 de 27 de octubre de 2003 que fijó como nuevo valor a recuperar por valorización \$2.400.000.000 y posteriormente modificado por el 0133 de 18 de febrero de 2004 que fijó la contribución de valorización en \$2.119.730.882. De otra parte se debió vincular al INVAP por cuanto fue quien realmente ordenó y ejecutó el gravamen o la contribución del proyecto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

El **Ministerio Público** solicitó la confirmación de la sentencia apelada por las siguientes razones:

Conforme con el artículo 338 de la Constitución Política y de acuerdo con la sentencia C-1067 de 2002 de la Corte Constitucional, la contribución puede ser fijada por las autoridades, siempre y cuando la ley, las ordenanzas o los acuerdos

señalen el sistema y método para definir los beneficios y la forma de hacer su reparto.

En este caso, el Alcalde Municipal de Pasto, al expedir el Decreto 0535 de 10 de diciembre de 2002, actuó sin previa autorización del Concejo Municipal y sin que existiera un sistema y método, previamente establecido, para determinar el costo de la obra y así señalar que la cifra a recuperar era de \$3.500.000.000. En ninguno de los acuerdos que menciona el apelante aparece el requisito del sistema y método ni autorización al Alcalde.

Lo anterior significa que la Administración municipal se arrogó facultades privativas del Concejo Municipal, pretermitió deberes claramente señalados en el ordenamiento superior y violó los principios de legalidad y certeza tributarios.

Consideró que las excepciones planteadas en el recurso y la solicitud de que se vinculara al INVAP vulneraban el principio de lealtad procesal y el derecho de defensa y debido proceso del demandante; además, el hecho de que el acto demandado haya sido modificado no impedía que se decidiera sobre su legalidad por los efectos jurídicos que pudo producir.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide la legalidad del Decreto 0535 de 10 de diciembre de 2002, expedido por el Alcalde Municipal de Pasto, *“Por medio del cual se establece el monto a recuperar del total de un proyecto de interés público y social, por medio del Sistema de Valorización”*. Concretamente, debe resolver si el Alcalde tenía competencia para establecer el monto a recuperar por el sistema de valorización del Proyecto Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura.

Previo a decidir sobre el problema jurídico planteado, la Sala advierte que el apelante solicita que no se profiera fallo de fondo por cuanto el Decreto 535 de 2002 salió de la vida jurídica, pues fue modificado por el Decreto 0454 de 27 de octubre de 2003 y posteriormente por el 0133 de 18 de febrero de 2004. Igualmente, considera que se debió vincular al INVAP que fue la entidad que ordenó y ejecutó el gravamen o la contribución del proyecto.

Sobre el primer aspecto, vale la pena señalar que el control de legalidad que efectúa la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo produce efectos desde que el acto administrativo nació a la vida jurídica, por esta razón, aunque se hubiera derogado, perdido su vigencia o cumplido su objeto, debe estudiarse su conformidad con el ordenamiento jurídico por los efectos que pudo producir y por las situaciones jurídicas particulares que se crearon o modificaron que aún no se han consolidado. Como lo ha considerado la Jurisprudencia, no se puede confundir la validez de una norma jurídica con su vigencia. La validez del acto se da desde su formación o expedición y, es nulo, conforme con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, porque fue expedido por funcionario u organismo incompetente o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa o mediante falsa motivación o desviación de poder.

Conforme con el artículo 66 ibídem, los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero, pierden su fuerza ejecutoria, entre otros eventos, cuando pierden vigencia, sin embargo, se trata de un fenómeno jurídico distinto de la declaratoria de nulidad que en caso de darse, *“para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña,*

precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación”¹.

En consecuencia, la derogatoria, modificación o subrogación de un acto administrativo no es motivo para abstenerse de estudiar su legalidad.

De otra parte, la Sala considera que no se debía vincular al INVAP al proceso, como lo señaló el municipio, pues el acto demandado fue proferido únicamente por el Alcalde Municipal de Pasto y la petición de nulidad está soportada en la falta de competencia de ese funcionario, sin que se advierta ninguna participación del Instituto de Valorización de Pasto en la formación o expedición del Decreto acusado ni imputación alguna sobre la actuación de esa entidad.

Dilucidado lo anterior, la Sala abordará el análisis del problema jurídico que se planteó y que consiste en establecer si el Alcalde de Pasto tenía competencia para determinar el monto a recuperar por el sistema de valorización por el Proyecto Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura.

Mediante el Decreto 0535 de 2002 el Alcalde de Pasto dispuso fijar como cuantía a recuperar, a través del sistema de valorización, la suma de tres mil quinientos millones de pesos del total de la inversión estimada del proyecto “Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura”. Ordenó igualmente, que a través de la suscripción de un convenio con el Instituto de Valorización Municipal de Pasto, INVAP, se recaude la suma señalada.

Pues bien, la jurisprudencia ha sido unánime en señalar que la facultad de establecer tributos a cargo de las entidades territoriales, se encuentra sometida al principio de legalidad tributaria, que incluye la intervención de órganos de representación popular para el señalamiento de los tributos y la predeterminación de los elementos esenciales de los mismos².

El artículo 338 de la Constitución Política reserva con exclusividad a los cuerpos colegiados de elección popular la facultad de imponer tributos. Coherentemente el artículo 150 numeral 12 ibídem asigna al Congreso la función de “Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.” y los artículos 300 numeral 4 y 313 numeral 4 ibídem, disponen, respectivamente, que a las Asambleas y Concejos, a través de ordenanzas y acuerdos, les corresponde, decretar o votar las contribuciones e impuestos locales, de conformidad con la Constitución y la Ley.

En efecto, el artículo 338 señala que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos; sin embargo, prevé que 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 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.

¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp.4490. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

² Sentencia del 8 de junio de 2001. Expediente 11997, Consejero Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla; Sentencia del 28 de enero de 2000, Expediente 9723, Consejero Ponente Dr. Daniel Manrique Guzmán y del 29 de septiembre de 2005, expediente 14562, Consejera Ponente Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

En este caso, mediante el Acuerdo 42 del 2 de noviembre de 1996 el Concejo de Pasto estableció el **Estatuto de Valorización Municipal** en el cual señaló los elementos objetivos de la contribución de valorización, entre ellos, el hecho generador. En efecto, el **artículo 3** enumera las obras de interés público y social realizables por el sistema de valorización; una de ellas, “la construcción y reconstrucción de pavimentos, andenes, plazas, parques, campos deportivos y de recreación e iluminaciones de vías públicas”.

Si bien la construcción de plazas en la ciudad de Pasto se considera como una obra de interés público y social realizable por el sistema de valorización, es necesario, conforme con el ordenamiento local, que la obra **se ordene** por el sistema de valorización, mediante el procedimiento previsto en los artículos 16 y siguientes del Estatuto de Valorización de Pasto, los cuales disponen:

“Artículo 16. DEFINICIÓN.- Entiéndase por ordenación el acto administrativo mediante el cual el Director del Instituto de Valorización de Pasto INVAP, ordena la ejecución de una obra de interés público y social previa aprobación de la Junta Directiva”.

Artículo 17. MOTIVOS DE ORDENACIÓN. Los motivos para ordenar una obra por el sistema de valorización son los siguientes:

- a) La petición de la obra por los propietarios [...], el Instituto de Valorización de Pasto INVAP, establecerá su viabilidad mediante una encuesta de opinión.
- b) Por interés directo del Instituto de Valorización de Pasto INVAP, que obedezca a un interés público.

Artículo 18. ETAPAS DE LA ORDENACIÓN. Las etapas a cumplir para ordenar una obra por el sistema de valorización son:

- a. Un estudio de factibilidad, en lo técnico para ver la viabilidad y conveniencia de la obra, en lo económico para aproximar el costo de la misma y en lo social, para establecer el impacto comunitario.
- b. Determinación de la zona de influencia y del método de distribución de la contribución de valorización.
- c. La resolución administrativa que ordena la ejecución de la obra o proyecto” (Subrayas fuera del texto).

Sobre la oportunidad para decretar la obra el artículo 5 ibídem señala que “la contribución de valorización podrá decretarse antes de la ejecución de una obra, durante su construcción o una vez terminada”. Coherentemente, el artículo 39 ibídem dispone que la Contribución de Valorización se puede imponer y hacer efectiva, antes de iniciar la obra o conjunto de obras, en el curso de su ejecución o una vez concluida.

Ahora bien, el artículo 4 del ordenamiento citado establece como entidad encargada que “*el Instituto de Valorización del Municipio de Pasto es el encargado de realizar las operaciones administrativas, las de cálculo, liquidación, asignación, distribución y cobro de la contribución de valorización”.*

Y en relación con el costo distribuible, las normas locales señalan:

Primero, en cuanto a base impositiva el artículo 6 establece que “Para liquidar la contribución de valorización la base gravada (sic) está conformada por el valor

total de las obras civiles, obras por servicios públicos, ornato y amoblamiento, adquisición de bienes raíces, estudios y diseños, interventorías, costos ambientales y todas las inversiones a precios actuales, reajuste e imprevistos y los costos reales de financiación. Este costo total será adicionado hasta en un treinta por ciento (30%) para gastos de administración, distribución y recaudo de acuerdo a lo determinado por la Junta Directiva”.

Congruentemente, los artículos 21, 22 y 23 ibídem establecen:

“Artículo 21. PRESUPUESTO DE LA OBRA. *El presupuesto de las obras corresponde a las estimaciones económicas que se realizan sobre el posible valor de las obras, incrementando con anterioridad al monto en que se produzcan todas las inversiones, en un 15% para imprevistos y hasta un 30% por concepto de administración del recaudo de las contribuciones.*

Artículo 22. COSTO DE LA OBRA. *Entiéndase por costo de la obra, plan o proyecto, el valor de todas las erogaciones directas e indirectas que ella demanda, tales como estudios, diseños, indemnizaciones cuando a ello hubiera lugar, adquisición de predios, costos ambientales, interventoría, reajustes, imprevistos y gastos financieros. Al costo de la obra se le adiciona hasta un treinta por ciento (30%) por costos de distribución, administración y recaudo de las contribuciones”.*

Artículo 23. MONTO DISTRIBUIBLE. *Lo constituye el costo total de la obra a ser distribuido entre los contribuyentes”.*

Establecida la base impositiva o el monto distribuible se efectúa la distribución de la contribución, etapa que la define el artículo 19 ibídem, así: *“artículo 19. DEFINICIÓN. La distribución es el proceso mediante el cual se asigna la contribución por cada inmueble, con base en la aplicación de unos factores o coeficientes numéricos que califican las características de cada inmueble”³.*

De acuerdo con lo anterior, la entidad encargada de establecer la base impositiva o costo distribuible de la contribución de valorización es el IVAP, pues, como se vio, el artículo 4 del Acuerdo 42 de 1996 impone a cargo de ese Instituto realizar, entre otras, las operaciones administrativas de cálculo, liquidación, asignación y distribución de la contribución de valorización.

Ahora bien, los fundamentos normativos y fácticos del acto acusado, según los considerandos, son:

1. Que el Concejo Municipal de Pasto, mediante Acuerdo 002 de 22 de enero de 2002, otorgó facultades al Ejecutivo para la adquisición de inmuebles para la ejecución del proyecto de renovación urbana y construcción Plaza del Carnaval y de la Cultura.

2. Que la oficina Plaza del Carnaval estimó que el presupuesto o costo de la obra física del proyecto sumaba dieciséis mil millones novecientos veintiún mil pesos (\$16.921.000.000oo) del cual se ha ejecutado más del 50% en la compra y demolición de predios.

³ Los métodos y el factor de distribución están consagrados en los artículos 12 a 15 del Acuerdo 42 de 1996.

3. Que los recursos de financiación del proyecto provienen de recursos propios del Municipio de INVIPASTO, del Ministerio de Cultura, del convenio con PNUD-ACCI, FINDETER y de créditos adquiridos.
4. Que el proyecto renovación urbana Plaza del Carnaval y de la Cultura es una obra de interés público y social porque es un proceso de renovación urbana que logra la reincorporación de áreas de deterioro, mitiga procesos de degradación social y genera espacios públicos para la ciudadanía en función de potencializar la ciudad y sus atractivos.
5. Que, conforme al artículo 95 de la Constitución Política de 1991, es deber de la persona y del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.
6. Que el artículo 3 del Acuerdo Municipal 042 de noviembre 2 de 1996 determina y enumera las obras de interés público y social que son susceptibles de ser realizadas por el sistema de valorización, entre ellas, la construcción y reconstrucción de pavimentos, andenes, plazas, parques, campos deportivos y de recreación.
7. Que la comunidad beneficiaria y agrupada dentro de la zona de influencia del conjunto de obras del mencionado proyecto, debe aportar a la ejecución del mismo a través del sistema de valorización.
8. Que es imperativo recuperar, a través del sistema de valorización, una parte del costo total del proyecto “Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura”, el cual comprende tanto construcción de la Plaza del Carnaval y el mejoramiento de las calles 18 y 19 entre carreras 20 y 25, mediante la fijación como contribución de la comunidad beneficiada con las obras, la suma de TRES MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$3.500.000.000,00) que corresponde a la obra física del mismo.

Para la Sala, es evidente, de acuerdo con los considerandos transcritos (especialmente los numerales 5, 6, 7 y 8), que el Decreto demandado está determinando que el proyecto “Construcción Plaza de Carnaval y la Cultura” en la ciudad de Pasto causa la contribución de valorización en cuantía total distribuable, entre los propietarios beneficiados con la obra, de \$3.500.000.000.

En efecto, decir que una obra se va a recuperar por valorización, es lo mismo que imponer, decretar, establecer, determinar, ordenar o decidir que un proyecto causa la contribución de valorización.

En este caso, aunque el Alcalde de Pasto no haya usado términos como “decretar”, “ordenar” o “determinar”, lo cierto es que al *“fijar como cuantía a recuperar, a través del sistema de valorización, del total de la inversión estimada del proyecto ‘Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura’ la suma de [...] (\$3.500.000.000.00)”*, no está haciendo cosa distinta que fijar, imponer o decidir que ese proyecto causa la contribución de valorización.

De acuerdo con lo anterior, el Alcalde de Pasto no podía determinar que parte de la ejecución del proyecto “Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura” se recuperaría por el sistema de valorización. El Concejo había asignado esa competencia al Instituto de Valorización de Pasto, a través de su Director, previa aprobación de la Junta Directiva. Tampoco podía el alcalde establecer el monto

distribuíble o la base impositiva (\$3.500.000.000), porque, como se vio, esa función está a cargo del INVAP.

El mismo municipio en el recurso de apelación señala que el INVAP mediante Resolución 199 de 2003 asignó y gravó con la contribución de valorización a los predios beneficiados con la obra (zona de influencia), aprobó el monto del proyecto a distribuirse entre los beneficiados, los descuentos por pronto pago, las cuotas de financiación, entre otros aspectos. Este acto administrativo, que es posterior al acto demandado, confirma la falta de competencia del alcalde para proferir el acto demandado en cuanto fijaba la cuantía a recuperar por el sistema de valorización de la inversión del proyecto Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura y que evidentemente determinó que esa obra se recuperaría por valorización.

A juicio de la Sala, el artículo 3 del Acuerdo 42 de 1996 no autoriza al ejecutivo municipal para establecer qué obras se van a recuperar por valorización, porque en el municipio de Pasto no basta que la construcción de una plaza sea realizable por el sistema de valorización, sino que, por virtud del ordenamiento de valorización que lo gobierna, debe ser ordenada de manera concreta, y no por el alcalde, sino por el INVAP, entidad descentralizada diferente de la alcaldía.

Pero lo anterior no significa que el Concejo haya delegado en el INVAP la facultad de instituir el tributo, pues, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-155 de 2003, "Respecto de las expresiones **"el establecimiento"** y **"que ejecute las obras"**, la Corte no encuentra reparo de inconstitucionalidad, pues con ellas simplemente se está facultando a ciertas entidades para concretar el gravamen en las obras por las cuales se genera el cobro, así como para determinar la tarifa, todo lo cual, según ha sido ampliamente explicado, no tiene prohibición constitucional. De cualquier manera, reitera la Sala, las entidades administrativas que ejecutan las obras no son quienes crean el tributo sino las encargadas de concretarlo bajo los parámetros que definan las respectivas corporaciones de representación popular. En todo caso, en ese proceso ha de estar garantizada la participación activa de los potenciales afectados con el cobro del gravamen"⁴.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias ha distinguido entre crear el tributo y administrarlo y cobrarlo. *"La primera es la tarea de diseñar cuidadosamente los elementos constitutivos de la obligación tributarla: fijar en ellos los sujetos pasivos, los hechos imponibles, los elementos cuánticos de la base imponible, los momentos de la causación y los principios centrales que la precisan"*⁵. En este caso, en el municipio de Pasto lo fue a través del Acuerdo 42 de 1996. Sigue la jurisprudencia: *"La segunda es la tarea de cobrar, de permitir que en la práctica se realicen los objetivos que fija la ley en su orientación básica"*. Esta tarea sí es delegable y en el Municipio de Pasto se fijó a cargo del INVAP.

En la jurisprudencia citada se explica: *"En el caso del tributo de valorización, es aceptable la delegación en un órgano que determine el costo de la obra, incorpore en ese costo no sólo el costo directo sino también otros elementos que lo integren (costo de administración e imprevistos), que distribuya el costo entre los propietarios beneficiarios; que oiga a éstos; que recaude el tributo y ejecute la obra, pues no de otra manera podría hacerse efectivo el beneficio que ha orientado el Decreto 1604*

⁴ En esta sentencia se decidió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 5 (parciales) del Decreto 1604 de 1966, adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968, y contra el artículo 11 (parcial) del Decreto 2171 de 1992.

⁵ Sentencia de 17 de mayo de 1985, expediente 0356, C.P., doctor Enrique Low Mutra, reiterada en sentencia de 18 de marzo de 1993, expediente 4037, C.P. doctor Jaime Abella Zárate.

de 1966, modificado por el Decreto 3160 de 1968. En el orden nacional es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte a quien corresponde la aplicación y el manejo de esta contribución. A él compete determinar las obras nacionales por cuya construcción y conservación se causa este tributo. Fijarlo, distribuirlo, recaudarlo". En el Municipio de Pasto, se repite, está en cabeza del IVAP y no del Alcalde.

Debe aclararse que la ordenación de la obra a cargo del INVAP prevista en el artículo 16 del Acuerdo 42 de 1996 es una actuación diferente a la distribución de la contribución de valorización consagrada en los artículos 19 y ss. ibídem, también a cargo del Instituto de Valorización de Pasto, de manera que ambas actuaciones se requieren para recuperar una inversión por valorización y ninguna de ellas está en cabeza del ejecutivo municipal.

Importa igualmente precisar que el hecho de que el INVAP sea un organismo adscrito a la Alcaldía Municipal y ésta ejerza el control de tutela gubernamental, no le quita su naturaleza de autoridad u órgano independiente de la Alcaldía, que en ejercicio de sus funciones expide actos administrativos que tiene propios efectos jurídicos y que, para el caso que ocupa la atención de la Sala, no requiere de autorización o participación del Alcalde Municipal.

Ahora bien, el Alcalde de Pasto en el decreto demandado se refiere o invoca la facultad concedida mediante el Acuerdo 2 de 2002, que según el recurso de apelación, le permitió expedir los actos administrativos, suscribir contratos y convenios que propendieran en la realización de la obra, lo cual incluía la política de la recuperación de la inversión.

Para la Sala, el argumento del municipio carece de sustento porque, mediante el Acuerdo 2 de 2002, el Concejo de Pasto otorgó facultades especiales al Ejecutivo municipal para adquirir unos bienes inmuebles y celebrar contratos necesarios para la ejecución del proyecto integral "Plaza del Carnaval y la cultura del municipio de Pasto" y se autorizó un crédito, y en ningún momento se le otorgó la competencia para ordenar la obra o para fijar el monto a recuperar por valorización⁶.

En efecto, el artículo 1 del Acuerdo 2 autorizó al Alcalde hasta el 31 de diciembre de 2002 para celebrar contratos para la adquisición de los predios y ejecución de obras civiles necesarios para la realización del proyecto integral "Plazas del carnaval: Recuperación cultural, física y social del 20 de julio" y que comprende: Plaza del Carnaval y la Cultura, reubicación de vendedores ambulantes y sede institucional del municipio⁷. El artículo 2 lo autorizó por el mismo término para la contratación de la adecuación y construcción de las vías de afluencia directa de la Plaza del Carnaval y la Cultura.

Y en el artículo 3 dio la autorización para que, en el mismo término, contratara empréstitos y pignorara rentas hasta por \$3.100 millones con destino a la consecución de recursos de cofinanciación para la ejecución del mismo proyecto.

La referencia anterior es suficiente para concluir que el Alcalde en el decreto demandado desconoció el objeto de las autorizaciones dadas por el Concejo Municipal y desbordó las facultades que le fueron otorgadas, pues, procedió a desarrollar disposiciones de carácter impositivo sin estar facultado para ello. En efecto, si por el Acuerdo mencionado se facultó al Alcalde para contratar

⁶ Folio 88.

⁷ El valor debía exceder la cuantía autorizada por los acuerdos 057 de 10 de diciembre de 1997 y 012 de 5 de octubre de 1998.

empréstitos y pignorar rentas destinadas a la consecución de recursos para la ejecución del proyecto, no podía en ejercicio de estas atribuciones, establecer que la ejecución de la obra se recuperaría por el sistema de valorización.

Lo expuesto permite concluir que el Alcalde del Municipio de Pasto no tenía competencia para determinar que parte de la inversión estimada del proyecto Plaza del Carnaval y la Cultura se recuperaría mediante la contribución de valorización, razón por la cual el decreto demandado que así lo dispuso es ilegal y debe ser retirado del ordenamiento jurídico como lo decidió el Tribunal, por lo que se confirmará la decisión 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,

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

