

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Prosperidad con fundamento en aplicación indebida de norma / CONTRATO DE CONCESIÓN - Pago de valorización no depende de cómo se pacto pago de obra pública al concesionario / OBRA PUBLICA - Recuperación de la inversión. Contribución por valorización. Contrato de concesión / CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN - Se puede establecer por fuera del contrato de concesión para construcción de peaje / CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA - Pago con recaudo de peaje. Contribución por valorización / PEAJE - Pago del contrato de concesión con su recaudo**

La razón de la controversia es si la facultad de imponer la contribución especial de valorización en tratándose de obras de interés público está ligada a lo previsto en el contrato de concesión, como lo expresó la sentencia suplicada, o no lo está, como lo afirman los recurrentes. La sentencia recurrida, dice la parte suplicante, ata equivocadamente el contrato de concesión a la contribución de valorización. En criterio de la Sala les asiste razón a los recurrentes porque el pago de la valorización no puede depender de la manera como se pactó el pago de la obra al concesionario. Como quedó dicho, es la ley la que faculta a la administración para decretar las obras sobre las que puede imponerse la contribución de valorización. La valorización recae sobre el inmueble por el beneficio que recibe en virtud de la obra mientras el contrato de concesión se relaciona solamente con la forma como el Estado, en virtud del convenio, recuperará la inversión. No puede aceptarse que en los casos de construcción de obras públicas por concesión no hay inversión por parte del Estado porque cuando el Estado pacta la forma de pago renuncia al recaudo que le corresponde y en consecuencia deja de percibir unos ingresos. Vale decir, en el contrato de concesión se pacta el pago al contratista, la remuneración del concesionario, la financiación de la obra, mientras la contribución de valorización obedece al mayor valor que adquiere el predio por la construcción de la obra. La finalidad de la valorización es, además de recobrar el dinero invertido en una obra, cobrar el beneficio recibido por el predio en virtud de ella. Planteado así el problema es perfectamente admisible concluir que se puede establecer, contrariamente a lo afirmado por la sentencia suplicada, la contribución de valorización por fuera del contrato de concesión. Debe concluirse que la Sección Cuarta de esta corporación aplicó indebidamente el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, pero, además, por las razones expuestas, dejó de aplicar los artículos 150- 12, 317 y 338 de la Carta, amén de los artículos 95 inciso 9, 13, 58 inciso 2 y 363 de la Carta, este último en cuanto no aplicó el principio de equidad, y por ello habrá de reconocerse el éxito del recurso de súplica interpuesto.

NOTA DE RELATORIA: La sentencia infirmada fue la 8568 de 14 de agosto de 1998, de la Sección cuarta del Consejo de Estado. La sentencia de reemplazo negó las súplicas de la demanda. Sentencia C-482 de 1996, Corte Constitucional.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE**

**Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil uno (2001)**

**Radicación número: S-028**

**Actor: BERNARDO ORTIZ AMAYA Y OTRO**

**Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE E INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**

Procede la Sala a desatar el recurso extraordinario de súplica interpuesto por las partes demandadas contra la sentencia del 14 de agosto de 1998 por la cual la Sección Cuarta de esta Corporación anuló la resolución No 0008596 del 9 de diciembre de 1996 expedida por el Ministerio de Transporte.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. LA DEMANDA INICIAL**

La parte actora solicitó la declaratoria de nulidad de la resolución 0008596 del 9 de diciembre de 1996, mediante la cual el Ministerio de Transporte determinó como obra nacional que causa contribución de valorización las obras del Desarrollo Vial del Norte.

Formuló contra dicho acto los siguientes cargos:

1. Falta de competencia del Ministro de Transporte porque, de conformidad con lo establecido por el artículo 5º del decreto 1604 de 1966 (Estatuto de Valorización), modificado por el artículo 34 del decreto ley 3160 de 1968, es función del Consejo Nacional de Valorización determinar las obras nacionales de interés público por las cuales se han de exigir contribuciones de valorización, y la decisión cuestionada fue proferida por el Ministro de Transporte en su calidad de tal, aplicando indebidamente el artículo 11 numeral 7º del decreto 2171 de 1992, toda vez que las funciones del ministro se limitan a ejecutar las disposiciones legales y cumplir con las decisiones tomadas por los organismos relacionados con el sector de su competencia, razón por la cual sólo podía decidir sobre la ejecución de los proyectos de obras ya determinadas como causantes de la contribución de valorización.

2. Quebrantamiento del artículo 30, incisos primero, segundo y tercero de la ley 105 de 1993 porque la obra fue contratada por el sistema de concesión y como forma de recuperación de la inversión se previó el cobro de peaje con exclusividad. Al variar las reglas del contrato y establecer la valorización se violó no sólo esta disposición, con las consecuencias que ella señala, sino el contrato de concesión en las cláusulas que regulan los sobrecostos (cláusula 36 del contrato 0064).

3. Como consecuencia de las violaciones anteriores se desconoció el debido proceso, artículo 29 de la Carta Política, y hubo falsa motivación porque el concepto en que se apoyó la administración fue elaborado meses después de la fecha del acta en la que consta tal concepto favorable.

## **1.2. CONTESTACION DE LA DEMANDA INICIAL**

### **1.2.1. Por el Ministerio de Transporte:**

La Nación Ministerio de Transporte se opuso a las pretensiones:

En relación con el primer cargo afirmó la competencia del Ministro de Transporte para proferir la decisión acusada por cuanto el decreto 3160 de 1968, por el cual se reorganiza el Ministerio de Obras Públicas, en su capítulo V, artículo 32, al determinar las funciones del Ministerio en materia de valorización dispuso que se cumplirían por el Consejo Nacional de Valorización y por la Dirección Nacional de Valorización. A su vez, el decreto 1394 de 1970, estatuto orgánico de la contribución de valorización, señaló en su artículo 11 que todo lo relacionado con la distribución, recaudo, manejo e inversión de la contribución de valorización por obras nacionales estará a cargo del Consejo Nacional de Valorización y de la Dirección Nacional de Valorización, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 3 y 6 del decreto 1604 de 1966 y 32 a 35 del decreto 2160 de 1968.

Así las cosas el manejo administrativo de la valorización, en virtud del precitado artículo 32, correspondía al Ministerio, a través del Consejo Nacional de Valorización y de la Dirección Nacional de Valorización, en funciones

desagregadas cuya tramitación debía efectuarse de acuerdo con lo dispuesto por el estatuto orgánico de valorización, decreto No 1394 de 1970.

No existía, en consecuencia, una competencia excluyente en cabeza del Consejo Nacional de Valorización para determinar las obras públicas que causen valorización pues la normatividad, de manera general, la entregaba al Ministerio de Obras Públicas y el decreto ley 2161 de 1992, en su artículo 11, la trasladó al Ministerio de Transporte.

Sobre el segundo cargo manifestó que la posibilidad de pactar la valorización como sistema recuperador de la inversión en un contrato de concesión no la convierte en un elemento más de la naturaleza del contrato. La valorización es un gravamen real, es un tributo, y como todo tributo se revierte a la satisfacción del interés colectivo y no puede convertirse simplemente en un medio de pago contractual exclusivo. La valorización está regulada por una normatividad propia que permite su recaudación antes, durante o después de la ejecución de la obra, por lo que puede pactarse como mecanismo recuperador de inversión.

En suma, la Administración dio aplicación al artículo 30 de la ley 105 de 1993 porque el Estado puede recurrir a la contribución de valorización para aplicar el ingreso a la recaptura de la inversión o para destinarlo a otra retribución de servicios.

Sobre el tercer cargo, relativo a que se violó el debido proceso porque la resolución acusada impuso la valorización tardía y sorpresivamente, un año después de suscrito el contrato de concesión, que tenía una forma de pago distinta, expresa que, como se dijo al refutar el cargo primero, la valorización tiene naturaleza tributaria y ello permite darle el carácter público propio de su contenido, situándola por fuera de las relaciones contractuales de carácter privado y, además, aplicarla al financiamiento de una obra pública. Es por esto que el artículo 6º del decreto 1394 dispone que la contribución de valorización puede liquidarse y exigirse antes de la ejecución de la obra, durante su construcción o una vez terminada.

En cuanto a que hubo falsa motivación por cuanto la resolución acusada se funda en el acta No 002 de 8 de noviembre de 1995, en la que consta el concepto favorable del Consejo Nacional de Valorización para la causación de dicha contribución y no se dieron los estudios de prefactibilidad, debe decirse que una

cosa es que no se hayan aportado los estudios de prefactibilidad y otra que la realidad sobre la cual se erigieron no exista pues lo cierto es que el concepto consignado en el acta se fundamentó en precisos resultados de estudios técnicos (fls. 114 - 124).

### **1.2.2. Por el Instituto Nacional de Vías:**

El Instituto Nacional de Vías al contestar la demanda, en general aceptó los hechos, aunque los precisó en algunos aspectos. Indicó que la expresión “para los efectos de la recuperación de la inversión” no da a entender que la concesión del peaje es para la recuperación de la inversión en las mencionadas obras ya que la cesión de los derechos de recaudo de peaje es la forma de pago del contrato y no una recuperación de la inversión.

Sobre el primer cargo insistió en que la competencia para expedir el acto por el cual se decide si una obra pública causa valorización la tiene el ministro de transporte con base en los decretos 1604 de 1996, 3160 de 1968, artículo 34; 1394 de 1970, artículo 15; 154 de 1976, artículos 2, literal f, 7 y 55; 1173 de 1980, artículos 2 No 2, 5, y 6 números 6.5, 6.6. y 6.7; artículo 3 y artículo 32 No 32.3; 2171 de 1992 artículo 11 No 7.

En relación con el segundo cargo expuso que se dio cabal cumplimiento a lo establecido en los artículos 30 de la ley 105 de 1993 y 32 de la ley 80 de 1993 pues, en aplicación suya, se optó por la forma individual de la cesión de derechos del recaudo del peaje para pagar al concesionario el valor del contrato, es decir, para financiar las obras a ejecutar en el precitado contrato.

De otra parte el cobro de la contribución de valorización de la mencionada vía estaba previsto en el plan nacional de desarrollo, que hace parte de la ley 188 de 1995, cuyo artículo 2 establece que para cubrir la rehabilitación y construcción de las vías del plan será necesario contar con un mayor cubrimiento del sistema de peaje y un agresivo plan de recaudo de contribuciones de valorización para lo cual se diseñará un programa adicional de recaudo de peajes y valorización.

Así las cosas las obras pactadas en el contrato 0664 de 24 de noviembre de 1994 se harán por el recaudo del peaje y la contribución nacional de valorización, que

implementará INVIAS, se hará con fundamento en los beneficios que adquieren los predios como consecuencia directa de la ejecución de dichas obras, como algo independiente de la financiación de la obra.

A estos criterios legales, señalados en la ley 105 de 1993 y las normas que regulan la contribución de valorización, obedeció la resolución No. 0008596 del 9 de diciembre de 1996 proferida para iniciar el proceso de liquidación, distribución y cobro de la contribución de valorización, con el fin de recuperar parte de los beneficios que adquirieron los predios por la ejecución de las obras de desarrollo vial del Norte de Bogotá, el cual se distribuirá en proporción al mayor valor que adquieren o hayan de adquirir tales predios dentro de un plazo de 5 años después de la terminación de la obra, ya que la contribución de valorización no se pactó ni se utiliza para cubrir déficits de contratos de concesión, según lo dispone el artículo 1 del decreto 1604 de 1966, sino que es una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local.

En relación con el cargo tercero expuso que no hubo falsa motivación en la resolución No 0008596 de 9 de diciembre de 1996 porque los hechos que sirvieron de sustento al Consejo Nacional de Valorización para emitir concepto favorable sobre la causación de la contribución de valorización en las obras del desarrollo vial del Norte de Bogotá fueron los del estudio preliminar elaborado por la Subdirección de Valorización y Peaje de INVIAS, estudio que constituye un hecho cierto. Lo que pasó fue que en el quinto considerando de la resolución referida se presentó un error de transcripción al establecer que el Consejo Nacional de Valorización emitió concepto favorable sobre la causación de la contribución de Valorización en este caso, de acuerdo con los resultados obtenidos en el análisis y estudio de prefactibilidad elaborado por la firma Incoplán, según consta en el acta No 002 del 8 de noviembre de 1995, siendo lo correcto que el concepto lo emitió el Consejo con fundamento en el análisis preliminar efectuado por la Subdirección de Valorización y Peaje, tal como consta en el acta No 002 de 1995 (Fls. 147-197).

### **1.3. RECUESTO PROCESAL**

Durante el trámite del proceso se resolvió sobre las partes coadyuvantes, se decretaron y practicaron las pruebas, se tramitaron las solicitudes de las partes hasta que, por auto del 27 de marzo de 1998, se corrió traslado para alegar de conclusión.

### **1.3.1. ALEGATOS DE CONCLUSION**

#### **1.3.1.1. Del Instituto Nacional de Vías:**

Esta entidad reiteró su oposición a los pedimentos de la demanda con base en los argumentos expuestos en la contestación de la misma y en las normas que regulan la contribución de valorización a nivel nacional, a las que debe sujetarse la administración al adelantar los trámites técnicos administrativos y jurídicos para la distribución y cobro de la contribución de valorización causada por las obras de interés público que construye el Ministerio de Obras y que benefician a la propiedad inmueble. El hecho generador de la contribución es el beneficio real del mejoramiento de los predios o de sus condiciones de utilización o rentabilidad con motivo de la construcción de una obra de interés público que genera el pago de la contribución de valorización correspondiente, so pena de producirse un enriquecimiento ocioso a costa de la Nación y de la comunidad.

De acuerdo con el artículo 2 del decreto 1604 de 1966 el ingreso obtenido por la contribución de valorización se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras de interés público que se proyecten por la entidad nacional, departamental o municipal correspondiente, de lo que se infiere que, al estar financiado el proyecto de autos con la concesión del peaje, la ley faculta a la administración para cobrar valorización por las mismas obras con el fin de financiar otras de interés público.

Así resulta evidente que la fusión indiscriminada que hacen los actores de la forma de pago y la financiación del contrato de concesión con el procedimiento o etapas administrativas que se deben cumplir para la liquidación, distribución y cobro de la contribución de valorización, desconoce la preceptiva contenida en el artículo 2 del decreto 1604 de 1966 y que las dos figuras obedecen a fundamentos distintos (Fls. 200 - 203).

### **1.3.1.2. De la parte actora:**

Insistió en los cargos de la demanda, empezando por la falta de competencia del Ministro de Transporte para proferir el acto acusado pues sólo tiene facultad para decidir sobre la realización de los proyectos de obra que hayan sido ya determinados como causantes de la contribución nacional de valorización mediante acto anterior expedido por el organismo competente que la ley haya creado o por la misma ley.

Reiteró el cargo segundo, la licitación se abrió sobre la base de que el concesionario obtendría su remuneración y recuperaría su inversión mediante la cesión de los derechos de recaudo del peaje pero ni la ley ni el contrato previeron el cobro de la contribución de valorización para este caso. Como en el contrato de concesión no se acordó la imposición de contribución de valorización, la administración no podía hacerlo sin violar los términos de la ley (ley 105 de 1993), conforme a la cual la fórmula para la recuperación de la inversión debe quedar establecida en el contrato y sus cláusulas son de obligatorio cumplimiento para las partes.

La afirmación de los apoderados de la parte demandada, según la cual la valorización equivale a un tributo que se impone con fundamento en los beneficios que adquieren los predios y que es totalmente independiente de la financiación de la obra, olvida que el artículo 9 del decreto 1604 de 1966 ordena que como base impositiva se tendrá el costo de la respectiva obra dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, lo que necesariamente vincula la contribución de valorización al costo de la obra por la cual se recibe el beneficio, amén de que en este caso el financiamiento total de las obras estaba previsto mediante el recaudo del peaje que pagan los usuarios de la vía, entre los cuales se encuentran los propietarios de los predios aledaños a las obras.

Finalmente ratificó el cargo de violación del debido proceso por la imposición arbitraria y sorpresiva de la contribución de valorización a una obra financiada en su totalidad por el sistema de contrato de concesión sin haber establecido claramente si la obra valoriza efectivamente los predios rurales próximos a ella o las propiedades urbanas de las poblaciones aledañas a la vías o las terminales de

la misma, e insistió en la falsa motivación de la resolución acusada (Fls. 204 - 211).

#### **1. 3.1.3. Del Ministerio de Transporte:**

El apoderado de esta entidad se refirió a la competencia del Ministro para tomar la decisión acusada y reiteró los demás argumentos expuestos al contestar la demanda (Fls. 212-214).

#### **1.3.1.4. Del Ministerio Público:**

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado expresó que la resolución acusada fue expedida por el Ministro de Transporte sin la competencia legal necesaria porque no es posible que un funcionario administrativo pueda imponer un gravamen de obligatorio cumplimiento sin tener respaldo previo en la ley o en el organismo por ella designado, para tomar semejante determinación. La ley 188 de 1995, que contiene el plan nacional de desarrollo y en la cual se señala la obra materia de la resolución acusada dentro de una lista de proyectos a realizar por el sistema de concesión, no habla en ninguna parte de utilizar para su ejecución el sistema de valorización. El apoderado de INVIAS afirma que la autorización está contenida en las páginas 220 a 223 del documento que se incorpora como anexo de la misma pero es claro que una cosa son los anexos y otra el texto mismo de la ley, que es el que da facultades, concreta las obras y servicios que deben cumplirse y la forma de obtener los recursos. El texto a que alude el apoderado de INVIAS se relaciona con la parte general, o sea, con los propósitos y objetivos del plan y no con el plan de inversiones públicas propiamente dicho; tampoco aparece acreditado el programa adicional de recaudo de peajes y valorización que recomienda la parte general y que debe contar con la aprobación del CONPES.

El concesionario pactó la recuperación de su inversión a través del sistema de recaudo; no se mencionó la contribución de valorización. Los apoderados de la parte demandada sostienen que el impuesto de valorización es independiente de la obra y que el Estado puede imponer el tributo por el simple hecho de que la obra produzca un beneficio o valorización a los predios ubicados dentro de la zona de influencia. Este planteamiento va en contra de la ley, la jurisprudencia y la doctrina conforme a las cuales la base para la determinación y liquidación de la

contribución de valorización está relacionada inexorablemente con el valor de la obra misma y es un medio financiero que permite a los particulares contribuir a aliviar las cargas asumidas por el Estado para realizar la obra como compensación de los beneficios recibidos por ella. En este caso el Estado no asumió carga alguna por cuanto la obra está totalmente financiada por el particular concesionario, quien asume la carga, recupera su inversión y liquida su utilidad a través del sistema de recaudo, con lo que desaparece la base teleológica que permite la imposición de este tipo de contribuciones, que no podrían ir a los fondos del Estado. Por todo lo anterior a los demandantes les asiste razón en torno a la nulidad deprecada (Fls. 215 - 227).

#### **1.4. LA SENTENCIA**

La Sección Cuarta, mediante sentencia del 14 de agosto de 1.998 (Fls. 238 a 295), desató la controversia, así:

##### **1.4.1. Cargo primero: incompetencia del Ministro de Transporte para expedir el acto acusado.**

La providencia hace un recuento pormenorizado de la legislación aplicable al caso y con base en ella precisa las competencias del Instituto Nacional de Vías, de la Dirección General de Vías como dependencia del Ministerio de Transporte y del Ministro de Transporte y concluye que, interpretando armónicamente los artículos 11, 40 y 54 del decreto 2171 de 1992, es a éste a quien corresponde decidir sobre los proyectos que causen la contribución Nacional de Valorización, de acuerdo con la ley, es decir, respetando el régimen legal del gravamen y las normas legales de competencia del ministerio en armonía con las de INVIAS. Adicionalmente, de acuerdo con la nueva estructura del Ministerio, es al Instituto Nacional de Vías y no al Consejo Nacional de Valorización a quien corresponde conceptuar sobre los proyectos viales en materia de carreteras pues este último organismo desapareció de la estructura del ministerio con el decreto 1173 de 1980, derogado por el decreto 2171 de 1992, que no revivió tal Consejo. Por lo anterior el cargo de incompetencia no está llamado a prosperar.

##### **1.4.2. Cargo segundo: la resolución demandada viola el artículo 30, incisos primero, segundo y tercero, de la ley 105 de 1993.**

Sostienen los demandantes que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, para la recuperación por parte del concesionario de la inversión correspondiente se pueden establecer peajes y/o valorización, pero el mecanismo a utilizar debe estar previsto en el contrato de concesión de modo que tanto el Estado como el concesionario deben someterse a los términos, condiciones y alcances del contrato. Ahora bien en la cláusula quinta del contrato de concesión No. 064 de 24 de noviembre de 1964 se previó que el pago del valor "total del contrato más los costos de operación y mantenimiento se hará a través del sistema de peaje." y no se estableció en ninguna cláusula el sistema de reembolso por valorización ni siquiera para los sobrecostos. De consiguiente, al haberse impuesto extemporánea y caprichosamente la contribución de valorización se violan los incisos primero y segundo del artículo 30 de la Ley 105 de 1993. Adicionalmente, en la cláusula 36 del contrato de concesión 0064 se acordaron las formas de atender y cubrir los sobrecostos calculados de la obra y dentro de ellas no se previó la contribución de valorización. La suma que se pretende cobrar por el sistema de valorización corresponde en parte a sobrecostos calculados en un estudio de factibilidad y trata de suplir la obligación del Estado consagrada en el contrato de concesión de asumir los sobrecostos con cargo al presupuesto general de la nación.

En relación con este planteamiento observa la sentencia:

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 previó como uno de los contratos estatales el de concesión y dispuso que el concesionario puede recibir a título de remuneración derechos, tarifas, tasas, valorización o participación en la explotación del bien.

De otra parte, la Ley 105 del 30 de diciembre de 1993 prescribió, en su artículo 21, que para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, se cobrará el uso de las obras de infraestructura a los usuarios para lo cual se establecerán peajes, tarifas y tasas. El artículo 23 ibidem permite a la Nación y a las entidades territoriales financiar total o parcialmente la construcción de infraestructura de transporte a través del cobro de la contribución de valorización. El artículo 30 reguló el contrato de concesión.

De acuerdo con las normas aludidas, en tratándose de proyectos de infraestructura vial, el concesionario puede obtener la recuperación de la inversión

mediante el cobro de peajes exclusivamente, de contribución de valorización exclusivamente, o de los recursos provenientes de los dos tipos de gravámenes, para cuya causación y pago deberán tenerse en cuenta las normas que regulen cada uno de los mismos. Sin embargo el artículo 30 en forma perentoria obliga a las partes del contrato de concesión a establecer en su texto la fórmula para la recuperación de la inversión.

El mismo artículo 30 al prever la posibilidad de que tanto los peajes como la contribución por valorización sean medios de recuperación de la inversión por el concesionario ató el contrato de concesión a las fórmulas de recuperación de la inversión a tal punto que exigió que en el contrato debían quedar establecidas tales fórmulas.

Ahora bien, mediante la resolución 002342 de 12 de abril de 1994, INVIAS ordenó la apertura de licitación pública para la concesión de las obras cuestionadas en este proceso. La resolución previó que la remuneración del concesionario en este proyecto se haría mediante la cesión de los derechos de recaudo del peaje que deben pagar los usuarios de la vía.

Adjudicada la obra, se celebró entre el INVIAS y la Unión Temporal Concesionaria el contrato de concesión No 0064 del 24 de noviembre de 1994, en cuya cláusula quinta se estipuló como forma de pago exclusiva la cesión de derechos de recaudo de peaje para la recuperación de la inversión, dándose cabal cumplimiento a la previsión del inciso segundo del artículo 30 de la ley 105 de 1993, conforme a cuyo texto la fórmula pactada resulta de obligatorio cumplimiento para las partes.

A pesar de lo anterior, mediante la resolución acusada, el Ministro de Transporte decidió, dice la sentencia, (Fl. 287) ordenar la financiación de la misma obra objeto del contrato de concesión mediante el sistema de contribución de valorización.

Si no se estipuló en el contrato como fórmula de recuperación de la inversión el recaudo de la contribución de valorización, la obra no puede ser objeto de este gravamen, toda vez que se contraviene el artículo 30 de la ley 105 de 1993, dado que la financiación de la obra por valorización, habiéndose pactado que se haría

por concesión, necesariamente vincula el contrato de concesión y su forma de remuneración.

De otra parte, si bien la contribución de valorización es un tributo y de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 1394 de 1970 puede ser cobrado antes, durante o después de ejecutada la obra que la causa, el hecho de que se realice la obra mediante el sistema de concesión y se pretenda su financiación mediante el pago de la contribución de valorización por parte de quienes reciben el beneficio de la ejecución de la obra, inexorablemente vincula el contrato de concesión con la contribución de valorización como mecanismo de pago, único o no, pues, como el concesionario realiza la obra por su cuenta y riesgo, si se pacta la financiación mediante contribución de valorización ello implica la remuneración del concesionario.

“ Al existir este inevitable vínculo entre el contrato de concesión de una obra vial y la financiación de la misma y, por ende, la remuneración del concesionario con recursos provenientes de la contribución de valorización, o lo que es lo mismo, al fijarse como fórmula para la recuperación de la inversión del concesionario el pago de valorización, necesariamente, y por mandato legal, deberá dicha fórmula quedar establecida en el contrato de concesión, lo cual es consecuencia de ese inevitable vínculo a que se ha hecho mención”

De lo anterior se concluye que si no se previó en el contrato de concesión el recaudo de la contribución de valorización como fórmula de recuperación de la inversión del concesionario la obra pública no puede ser objeto de tal contribución pues si no se acordó como forma de remunerar al concesionario no puede ser tenida en cuenta como fórmula para recuperar la inversión.

El argumento de que el cobro de la valorización pretende que los contribuyentes reconozcan al Estado el beneficio recibido por sus predios en virtud de la obra pública y que no tiene nada que ver con el contrato de concesión ni con su costo, desconoce el texto del artículo 9 del decreto 1604 de 1966, conforme al cual al liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la obra dentro de los límites del beneficio que produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra

requiera, adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un 30% más, destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones.

Esta disposición consagra el principio conocido como costo - beneficio, conforme al cual el monto total distribuible en contribuciones de valorización por una obra está integrado por dos factores, el costo de la obra y el beneficio que ella produce, por lo cual se fija como base de la contribución de valorización el costo de la obra dentro de los límites del beneficio pues la obligación de pagar la valorización tiene como causa el beneficio que recibe el predio como consecuencia de la obra pública, es decir, el beneficio no se mira aislado sino en relación con el costo de la obra. Por esto es errada la posición de la parte demandada al pretender apoyar la causación de la contribución de valorización exclusivamente en el beneficio, con independencia de los costos de la obra pública vial ejecutada por el sistema de concesión.

Adicionalmente si tan determinante como el beneficio para fijar el monto total distribuible en la contribución de valorización es el costo de la obra y si la financiación del costo se previó por el recaudo de peajes, mal puede la administración determinar como obra pública que causa valorización una obra cuyo costo ya está sufragado por otro mecanismo pues falta uno de los factores que legalmente debe tenerse en cuenta para fijar el monto total distribuible.

Además, si de mantener la ecuación contractual se trata, el mismo contrato prevé en su cláusula 36 los respectivos sistemas de compensación, dentro de los cuales no se halla el cobro de la contribución por valorización.

Por lo anterior se decidió anular el acto acusado, sin entrar a examinar el tercer cargo. (Fls. 238 - 295).

## **2. EL RECURSO DE SUPLICA**

### **2.1 INTERVENCION DE LOS RECURRENTES**

La parte demandada, Nación Ministerio de Transporte e INVIAS, mediante sus respectivos apoderados y en forma conjunta, hizo uso del recurso extraordinario de súplica contra la sentencia reseñada, en procura de su infirmación total, para lo cual presentó siete cargos que se resumen a continuación:

#### **2.1.1. Cargo Primero:**

**"PRIMER CARGO: FALTA DE APLICACIÓN DE NORMATIVA DE RANGO CONSTITUCIONAL ARTICULOS 150 - 12, 317 Y 338 Y EN FALTA DE APLICACIÓN DE NORMATIVA LEGAL ARTICULOS 2 Y 3 DE LA LEY 25 DE 1.921, ARTICULOS 4, 5, Y 6 DEL DECRETO 1394 DE 1.970 Y LOS ARTICULOS 1 Y 2 DEL DECRETO 1604 DE 1.966 Y EL ARTICULO 23 LEY 105 DE 1.993."**

Para demostrarlo adujo la parte recurrente que la sentencia recurrida no le dio aplicación a los artículos 150, numeral 12, 317 y 338 de la Constitución Política ni al artículo 23 de la ley 105 de 1993, que reconocen la potestad impositiva del Estado, en lo que tiene que ver con la imposición de la contribución de valorización, en razón a que la fuente inmediata de la obligación tributaria es la ley, que, a su vez, se fundamenta en las disposiciones constitucionales que le confieren al Estado el poder de tributación o soberanía impositiva, piedra angular en que se sustenta toda la estructura fiscal.

Esta materia fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C-080 de 1996, en la que se refirió a la "facultad impositiva en el Estado Social de Derecho" diciendo que el pago de impuestos en un Estado moderno, social y de derecho, constituye, además de una obligación, un instrumento eficaz para los propósitos de una sociedad más equitativa, igualitaria y justa. Nuestra Constitución consagra la potestad de decretar impuestos como característica esencial de la soberanía estatal sin condicionar o limitar la facultad respecto de determinados bienes. Este criterio ha sido reiterado por la Corte en diversas sentencias.

En sentido contrario, el fallo recurrido, plasma la falta de aplicación del artículo 150 - 12 de la Carta Política en concordancia con los artículos 317 y 318 del mismo estatuto, 1º y 2º del Decreto 1604 de 1.966, y 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1394 de 1.970, al asumir una concepción privatista sobre la contribución de valorización, desconociendo la naturaleza legal y tributaria de la misma y el poder Impositivo del Estado.

Fundamenta su tesis en diversos apartes del fallo cuestionado en los que se aprecia, dice, una concepción privada, apriorística, de la Constitución subsumible en relaciones del mismo carácter, extendiéndose a través de acuerdos de voluntades como el del contrato de concesión, a pesar de que la contribución de valorización, como fuente legal, dispuesta constitucionalmente dentro del sistema tributario del Estado, solamente puede valorarse en el marco de la Soberanía Fiscal, en forma opuesta a la concepción que asumió la Sección Cuarta, punto en el que se ubica el error in iudicando al dejar de aplicar al caso las mencionadas disposiciones constitucionales y legales que consagran el poder impositivo y la naturaleza tributaria de la valorización, elementos sustanciales de derecho no tenidos en cuenta por el fallador al evaluar la legalidad del acto cuestionado.

Posteriormente expresó que al considerar el fallo como rasgos distintivos de la valorización el ser medio recuperador de inversión, hallarse expreso en la formula contractual y ser de aplicación obligatoria en virtud del contrato, modifica la naturaleza pública tributaria de la valorización, sustituyendo la fuente legal por la fuente contractual, lo que constituye error in iudicando por falta de aplicación de la normativa constitucional y legal relacionada, que consagra la naturaleza tributaria de la valorización, dado que no es objeto de la misma el pago al concesionario ya que, con contribución de valorización o sin ella, los derechos del concesionario sólo dependen del contrato, así que el problema del fallo es que liga el pago al concesionario a la contribución de valorización, cuando uno y otro tienen fuentes distintas. La contribución de valorización tiene como fuente el artículo 150-12 que faculta al Congreso para establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, parafiscales y en el tema específico de la valorización es el artículo 317 de la Carta Política el que faculta a otras entidades para que impongan contribución de valorización. Esta facultad fue desarrollada, para el caso de la contribución nacional de valorización, mediante la ley 25 de 1921, artículo 3°, el decreto legislativo 1604 de 1966 y su Decreto Reglamentario 1394 de 1970, normas especiales que regulan la materia a nivel nacional.

Añadió que el pago de la contribución de valorización no obedece a una opción del contrato de concesión ni del contribuyente, sino a la causa jurídica que la origina, que no es otra que el beneficio o el mayor valor que adquieren los predios por la construcción de una obra pública. Señaló que la distribución y el recaudo de la contribución de valorización de esta litis tienen como fin la compensación de parte

de los beneficios consistentes en el mayor valor adquirido por los predios en virtud de la obra, e insistió en que el fallo desconoce la fuente de la obligación tributaria, que no puede contraerse a la fórmula establecida en un contrato de concesión para pagarle al concesionario.

### **2.1.2. Cargo Segundo**

**“SEGUNDO CARGO: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 105 DE 1993. Estima como violados los artículos 150-12, 317 y 338 de la Carta Política; 30 de la Ley 105 de 1993, Capítulo I y III del Decreto 1394 de 1970, artículos 1 y 2 del Decreto 1604 de 1966”.**

Al sustentar el cargo expresó que la sentencia aplicó erróneamente el artículo 30 de la ley 105 de 1993 y dejó de aplicar los demás artículos citados como violados.

Ello fue así porque el artículo 30 de la ley 105 de 1993 no limita o niega la potestad estatal tributaria en materia de valorización ya que a través de la vía contractual no se puede renunciar a ella. El objeto del artículo citado es determinar la forma de pago al concesionario, para lo cual la contribución de valorización es irrelevante; en el contrato de concesión la relación contractual afecta al concesionario y al INVIAS pero la relación tributaria para el cobro de la contribución de valorización se plantea entre el Estado y los particulares siendo el concesionario ajeno a ella. En consecuencia el hecho generador de la contribución de valorización no se desprende del contrato de concesión sino de la existencia real de los elementos que prevé la ley para que la misma se configure (Decreto 1394 de 1970). En estas condiciones

al establecer el fallo que no se puede cobrar la valorización por no haberse señalado en el contrato de concesión el sistema de valorización como fórmula de recuperación de la inversión interpreta erróneamente el artículo 30 de la Ley 105 de 1993.

De otra parte el artículo 2 del Decreto 1604 de 1966, dispone: " El establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución de valorización se harán por la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecute las obras y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente.", de donde se desprende que el destino de la contribución de valorización es para la financiación de las mismas obras o para la ejecución de otras obras de interés público que proyecte el Instituto Nacional de Vías.

### **2.1. 3. Cargo Tercero**

**"TERCER CARGO: FALTA DE APLICACIÓN DE NORMATIVA DE RANGO CONSTITUCIONAL ARTÍCULOS 339 AL 344 DE LA CARTA POLÍTICA Y TAMBIEN DEJANDO DE APLICAR NORMATIVIDAD LEGAL ART. 2 Y 23 DE LA LEY 188 DE 1995".**

Al sustentar el cargo afirma que la Constitución prevé la existencia de un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un Plan de Inversiones de las entidades públicas del orden nacional, que contiene los presupuestos plurianuales de los principales programas, los proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

Para el presente caso el Plan fue ampliamente debatido y se aprobó mediante la Ley 188 del 2 de junio de 1995 en cuyo artículo 2º se dispuso aprobar como parte integrante de la parte general e incorporar como anexo de la ley el documento “El Salto Social” elaborado por la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación. Se dijo que la rehabilitación de la red troncal y transversal existente y la construcción de las vías incluidas en el Plan exigen cuantiosos recursos financieros que exceden en un 81% el presupuesto de INVIAS del cuatrienio anterior. lo que hace necesario contar con mayor cubrimiento del sistema de peajes y un agresivo plan de recaudo de contribuciones de valorización de las vías construidas dentro de los dos primeros años del plan.

El artículo 23 de la misma ley prevé que para la ejecución del Plan Nacional de Inversiones el Gobierno emprenderá acciones para atraer inversión extranjera, asociarse con particulares y crear estímulos para que el sector privado realice actividades que pueda ejecutar eficientemente. En tal sentido el Gobierno Nacional promoverá con el sector privado los siguientes proyectos de concesiones incluidos en el Plan Nacional (se enumeran varios, entre ellos el desarrollo vial del norte).

Así las cosas, al ser aprobado el presupuesto del INVIAS para cada vigencia por ley de la república, los recursos de valorización que se cobrarán por el proyecto desarrollo vial del Norte de Bogotá han sido previamente aprobados por la autoridad competente (Congreso) con destino a la construcción y mantenimiento de la red vial nacional a cargo del Instituto.

De lo anterior se desprende que el fallo acusado dejó de aplicar la Ley 188 de 1995 aprobatoria del Plan Nacional de Inversiones que, por mandato constitucional, tiene prelación sobre las demás leyes.

#### **2.1. 4. Cargo Cuarto**

**"CUARTO CARGO: VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY POR FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4, 5, 6, Y 26 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1394 DE 1970, EN CONCORDANCIA CON SUS ARTICULOS 25, 27 Y 32 E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 9 DEL DECRETO 1604 DE 1966 Y EN FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 363 Y 58 INCISO 2º DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL".**

El fallo dejó de aplicar los artículos 4, 5, y 6 del Decreto reglamentario 1394 de 1970, que consagraron la noción de beneficio con base en el costo de la obra. El beneficio es definido como el mayor valor que adquiere el inmueble en virtud de la obra y por ende es aplicable antes, durante o después de la obra, que es la base referencial pero no definitoria del beneficio.

El fallo, en abierto desconocimiento de la noción legal y de sus factores estructurales, ve como única relación la existente entre beneficio y costo de la obra, cuando hay otros factores del beneficio como el nuevo uso civil o comercial del predio y la nueva ubicación respecto de vías de acceso.

Este yerro conceptual es origen de otro, la fusión entre el costo de la obra y la financiación de ese costo, confusión que se configura cuando la providencia trata indistintamente el costo de la obra y el financiamiento de la misma en relación con la distribución de la contribución de valorización y de esta fusión terminológica surge la errónea concepción de la valorización como medio de pago o de recuperación de la inversión en virtud del contrato de concesión, incurriendo en aplicación indebida del artículo 9 del Decreto 1604 de 1966.

Se produce así la metamorfosis de la valorización desde su naturaleza pública tributaria hasta la privatística contractual.

### 2.1.5. Cargo Quinto

**“QUINTO CARGO: VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY POR FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 58, INCISO 2, 363 Y 95, INCISO 9 EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 13 DE LA CARTA POLITICA.”.**

Desnaturalizada la contribución de valorización por el nuevo carácter de medio de recuperación de la inversión desconoce el fallo la ubicación del tributo de valorización dentro del marco fiscal del Estado, su carácter público y los fines propios del tributo que son los esenciales del Estado, previstos en el artículo 2 de la C.P., servir a la comunidad y promover la prosperidad general.

Al atar, como hizo el fallo, el principio costo de la obra- beneficio al contrato de concesión y con fines privados, conservación del equilibrio de la ecuación contractual y financiamiento de los costos de la obra, violó el artículo 363 de la Carta porque dejó de aplicar la equidad, como principio rector, a las obras del desarrollo vial del norte de Bogotá, cuyos costos, vistos desde la órbita de la financiación del contrato, no tienen proyección en el ámbito socioeconómico del país gracias a que, como lo afirma la sentencia, una vez financiadas las obras por carencia de objeto no existe la valorización. Así el beneficio generado en la aplicación del presupuesto del Estado no obtiene recíprocamente del ciudadano beneficiario el correspondiente reconocimiento pecuniario.

Esta violación apareja la del artículo 95 de la C.P. que señala en el numeral 9 como uno de los deberes del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

La violación es enorme porque las obras producen beneficios o incrementos de valor sobre los predios que cuantitativamente se han establecido según estudios técnicos de prefactibilidad y factibilidad en proporción de 30 a 1 frente al costo de la obra, como quiera que el beneficio asciende a \$4.466.168.509.389.91, en pesos de 1996, mientras el costo de la obra sólo alcanzaba para el mismo año la cifra de \$147.337.205.952, es decir, el beneficio o incremento de valor de los predios ubicados dentro de la zona de influencia es del orden de 2.000%, a pesar de lo

cual el fallo recurrido exime del deber de contribuir a los ciudadanos del sector inaplicando la equidad como presupuesto fiscal de la relación costo de la obra - beneficio y como principio rector del sistema tributario.

Como corolario se produce la violación del artículo 58 , inciso 2, de la Carta por falta de aplicación porque de acuerdo con este precepto la propiedad como función social implica obligaciones, entre ellas la contribución de valorización dados los fines sociales que cumple el tributo, más cuando existe un incuestionable incremento del valor de la propiedad raíz como consecuencia de la aplicación del presupuesto del Estado en la construcción de obras de interés público. La violación es más grave en cuanto que el beneficio que obtiene la propiedad raíz no revierte a través del sistema tributario al progreso de la colectividad a pesar de recibir de ella el aporte económico que el fisco nacional materializa con la afectación del presupuesto nacional.

Lo anterior acarrea la violación del artículo 13 de la Carta por falta de aplicación ante el tratamiento diferenciador carente de toda razonabilidad dado a las dos grandes categorías de beneficiarios de la obra, los usuarios de la infraestructura vial y los propietarios de los inmuebles, pues mientras a éstos no se les hace ningún cobro por valorización a aquellos se les carga todo el costo de la obra como titulares de las tasas de peajes, sin que medie un criterio de equidad fiscal que respalde la medida. Se profundiza la vulneración del derecho a la igualdad si se advierte que, de acuerdo con los estudios técnicos, los usuarios de la infraestructura vial cancelarán por concepto de peaje \$223.077.952.007 pesos M/cte. frente al beneficio de los propietarios de bienes raíces cuyo monto asciende a la suma de \$4. 466. 168. 509. 389.91 pesos M/cte. , que representa 20 veces el valor de la primera.

#### **2.1. 6. Cargo Sexto**

**VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 105 DE 1993, DEL ARTÍCULO 32, NUMERAL 4 DE LA LEY 80 DE 1993 Y POR INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DEL DECRETO 1604 DE 1966 Y 1, 2, 3, 4, Y 6 DEL DECRETO 1394 DE 1970.**

La sentencia que se acusa aplicó indebidamente los artículos 30 de la ley 105 de 1993 y 32, numeral 4, de la ley 80 de 1993, bases del contrato de concesión, porque el supuesto fáctico de los mismos, acuerdo de voluntades entre el Estado y el concesionario y mecanismos de financiación del contrato, no es el supuesto fáctico de la resolución acusada, que se fundó en el poder impositivo fiscal del Estado según lo reglado por los artículos 1, 2 y 5 del Decreto 1604 de 1966 que simultáneamente se dejaron de aplicar en el fallo, resultando el error in iudicando que implicó la infracción directa de estas disposiciones. En otras palabras, la resolución objeto de litigio tiene como tema la contribución de valorización y no el contrato de concesión y el fallo aplica al tema de valorización el inciso 2 del artículo 30 de la Ley 105 de 1993 para declarar su inexistencia por carecer de objeto (costo de la obra dentro del cual está la remuneración del contratista) dejando de aplicar el artículo 2 del Decreto 1604 de 1966 como correspondía al tributo que se analiza cuyo fin fundamental es subvencionar obras de interés público. La valorización, como tributo que es, no puede circunscribirse al sistema de concesión pues su naturaleza, existencia y liquidación están reguladas por una norma específica, el Decreto 1394 de 1970, artículos 1, 2 y 3, que también se dejaron de aplicar.

Adicionalmente el fallo deja de aplicar el artículo 15, numeral 1, del Decreto 1394 de 1970, conforme al cual el cobro de valorización resulta de factores socioeconómicos como las zonas de influencia de las obras, cuyo costo sólo puede ser base de liquidación pero no mecanismo financiero contractual en el marco del tributo de valorización, en tanto concibe como fuente del tributo de valorización el contrato de concesión.

#### **2.1. 7 Séptimo Cargo**

**CARGO SÉPTIMO: LA SENTENCIA IMPUGNADA ES VIOLATORIA DE LA LEY SUSTANCIAL POR VIA DIRECTA POR INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL ARTICULO 30 INCISO 2 DE LA LEY 105 DE 1993 Y ELLO IMPLICA LA INFIRMACION DE LA TOTALIDAD DE LA PROVIDENCIA.**

Para fundamentar el cargo expresa que el artículo 338 de la Constitución en materia tributaria consagra a la Ley como fuente de las contribuciones fiscales y parafiscales y el artículo 317 clasifica la valorización dentro de las contribuciones. Puede concluirse,

entonces, que la Ley es la fuente exclusiva de la contribución de valorización mientras que los contratos son fuentes de obligaciones. En otras palabras, la valorización, como institución tributaria, no puede tener origen en los contratos ya sean estos privados o administrativos.

El desconocimiento de estas premisas por el fallo impugnado constituye el pilar de la interpretación errónea del artículo 30 de la Ley 105 de 1993 pues se le hizo producir efectos jurídicos que la estructura de la norma no prevé omitiendo su verdadero contexto jurídico. La valorización integrada al trasunto financiero del contrato de concesión vincula al Estado como parte contratante y al concesionario como contratista para dinamizar las obligaciones recíprocas, principalmente de orden económico. Esta función de la valorización no trasciende los límites activos del contrato pues la naturaleza pública y tributaria que procede con todas sus manifestaciones económicas y sociales no es objeto jurídico del contrato de concesión; las relaciones entre el Estado y los asociados en el marco de la contribución de valorización, integrante del sistema tributario, no se tramitan por el contrato de concesión. Afirmar que el artículo 30 de la Ley 105 de 1993 produce efectos sobre la existencia de la contribución de valorización por carencia de objeto configura la interpretación errónea de la disposición pues desborda las fronteras del contrato de concesión y la aplica al aspecto público social de la obra. Si la valorización no fue prevista en el contrato de concesión como sistema de financiamiento no existe manera de endilgarle efectos jurídicos que afecten a las partes del contrato y en estos términos sí sería cierta la afirmación del fallo al calificar como extemporánea e improcedente la valorización pero, se insiste, lo que hizo el fallo fue exceder los términos del contrato y desconocer la naturaleza tributaria de la valorización. (Fls. 301 a 331).

## **2.2. INTERVENCIÓN DE LOS DEMANDANTES**

### **2.2.1. CUESTION PREVIA SOBRE EL RECURSO DE SUPLICA**

En este aparte los demandantes manifestaron que, tal como está estructurado, el recurso se asimila al de casación del derecho privado pues no es una instancia adicional que permita un nuevo análisis de las normas señaladas como violadas ni de los hechos ni de las pruebas. Es indispensable, entonces, determinar qué se entiende

por violación directa y qué categoría deben tener las normas señaladas como violadas para ser consideradas como sustanciales.

Como, en principio, todos los actos de los órganos del Estado y de sus funcionarios deben estar desarrollados por la ley, la violación alegable tiene que ser la ley en sentido formal y excepcionalmente las normas constitucionales que se relacionen con derechos fundamentales; las normas constitucionales distintas de estas no son susceptibles de violación directa porque siempre debe existir una ley que las desarrolle y que sería la pasible de la violación directa.

## **2.2.2. ANÁLISIS DE LOS CARGOS**

### **2.2.2.1 SOBRE EL PRIMER CARGO**

Los hechos generadores en materia de impuestos pueden versar sobre toda clase de bienes mientras que en la contribución especial de valorización el presupuesto de hecho debe referirse únicamente a obras públicas que produzcan valorización a los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia.

La valorización, como contribución especial, presenta una serie de diferencias fundamentales respecto de los impuestos, relacionadas con la autonomía o capacidad del sujeto pasivo de la contribución y su destinación (cfr. artículo 23 de la Ley 105 de 1993) y en cuanto es potestativo del ente estatal decretarla pero para financiar total o parcialmente la infraestructura del transporte, si bien este debe ser financiado primordialmente con recursos del presupuesto nacional (cfr. artículo 21 ibídem). El artículo 23 aprueba el cobro de valorización como recurso para la financiación de esas obras y el artículo 30 autoriza a la Nación a otorgar concesiones a los particulares para recuperar la inversión que realicen en ellas. Así se armoniza el ordenamiento tributario con el estatuto de la contratación administrativa, sin que ello equivalga a privatizar la facultad tributaria, como lo pretende el recurrente. En consecuencia, la nota distintiva de la contribución especial de valorización por las obras de infraestructura vial es que está atada al pago o a la recuperación de los costos de la obra generadora del beneficio.

La Ley 105 de 1993, artículo 30, estableció el sistema de concesiones para las obras públicas destinadas al transporte, autorizó el establecimiento del peaje y/o valorización en el contrato de concesión para recuperar la inversión e indicó expresamente que la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será

de obligatorio cumplimiento por las partes. Quiere decir lo anterior que para el establecimiento de la valorización se requiere que esté prevista en el contrato de concesión, como condición sine qua non.

El artículo consagra, entonces, un límite a la facultad tributaria del Estado, no puede generarse la valorización para obras contratadas por concesión cuando no se haya previsto contractualmente el tributo. La facultad tributaria estatal está aquí condicionada por la ley y, por tanto, desaparecen todas las censuras legales y constitucionales que en este cargo se hacen al fallo impugnado.

Para que INVIAS pudiera destinar todo o parte del producto de la valorización decretada para el desarrollo vial del Norte a otras obras diferentes ha debido expresarlo y autorizarlo en el mismo acto que decretó la valorización.

#### **2.2.2.2. SOBRE EL SEGUNDO CARGO**

Este cargo repite la mayoría de los argumentos esgrimidos en el primero para reafirmar que la voluntad estatal para imponer el tributo está supeditada, según la sentencia, a los términos del contrato. Nada más contrario a la realidad. La Nación ejerce la facultad impositiva en el momento en que decide realizar determinada obra y adoptar los mecanismos para hacerla y financiarla comenzando con la forma de contratación escogida y el sistema de financiación que se adelante. En el caso debatido se adoptó como sistema el contrato de concesión en el que se determinaron la forma y términos de recuperación de la inversión; entre estos no se señaló la valorización, como lo prevén los artículos 23 y 30 de la ley 105 de 1993, y esto hace que el cargo no pueda prosperar pues la censura está dirigida más contra el propio artículo 30 que contra la sentencia que lo aplicó correctamente.

#### **2.2.2.3. SOBRE EL TERCER CARGO**

Se invoca falta de aplicación de preceptiva constitucional, que no es sustancial al caso, y falta de aplicación de los artículos 2 y 23 de la Ley 188 de 1995, que no eran materia de la demanda de nulidad y por ello debe desestimarse el cargo.

Entrando al fondo del mismo se señala que en la Ley 188 de 1995, que tiene prelación sobre las leyes ordinarias, se consagró la necesidad de un mayor cubrimiento del sistema de peajes y un agresivo plan de recaudos de contribuciones de valorización dentro de los dos primeros años del plan. Este ataque introduce una nueva situación de hecho que no está probada en el expediente, la construcción de la vía dentro de los dos primeros años de vigencia del plan. Se trata, entonces, de un posible error en la apreciación de un hecho que constituiría violación indirecta de la ley, por lo cual tampoco es de recibo.

De otra parte la formulación de objetivos del plan de desarrollo no es de contenido normativo sustancial por lo cual no es pertinente invocarla en esta ocasión.

Se omitió explicar la razón por la cual ha debido aplicarse en la sentencia impugnada el artículo 23 de la ley 188 de 1995 y esta omisión invalida el ataque.

#### **2.2.2.4 SOBRE EL CUARTO CARGO**

En relación con este cargo adujeron los demandantes que su palmaria falta de técnica y la confusión idiomática que encierra no permite conocer el pensamiento de los recurrentes y por lo tanto no puede prosperar.

#### **2.2.2.5 SOBRE EL QUINTO CARGO**

Este ataque se endereza exclusivamente a alegar la falta de aplicación de preceptos constitucionales que no pueden violarse directamente, sin embargo al final también invocan como violados artículos de los Decretos reglamentarios 1394 de 1970 y 1604 de 1966, es decir, se renuevan ataques con base en disposiciones no sustanciales o que no tienen que ver con la parte resolutive del acto acusado y que, por ende, no pueden ser invocadas como violadas directamente y no hay razón para que el cargo sea siquiera considerado.

A pesar de lo anterior, el ataque se refiere al artículo 30 de la Ley 105 de 1993, que reconoce la capacidad del ente contratante para imponer el peaje, la valorización o ambos en el contrato de concesión como garantía del concesionario y en salvaguardia de los intereses de los propietarios y usuarios de la vía, a quienes no puede

sorprenderse con una valorización no prevista en el contrato de concesión. Al imponer el ente estatal erróneamente un tributo desconoce las previsiones de un contrato preexistente y pretende establecer otro sistema de financiación no previsto en el mismo contrato, cuando el principio costo- beneficio estaba plasmado y contemplado en este.

Por lo demás, este cargo trata asuntos de hecho como es el estudio técnico, lo cual es inconducente para examinar la validez del fallo y su legalidad. Dada la naturaleza de este recurso extraordinario no es procedente entrar a revisar los fundamentos de hecho y de derecho del acto administrativo anulado, la función es verificar el contenido jurídico del fallo frente a las normas que el recurrente señala como violadas sin revivir el debate. El recurso de súplica no puede convertirse en otra instancia.

#### **2.2.2.6 SOBRE EL SEXTO CARGO**

Este cargo peca de falta de técnica procesal porque ataca de nuevo el artículo 30 de la Ley 105 de 1993 pero ya no por error en la interpretación sino por indebida aplicación y alega la misma causal con relación al numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta última norma fue analizada en el fallo para refutar aseveraciones de la parte demandada pero no incidió en la parte resolutive por lo cual no cabe alegar que fue indebidamente aplicada.

Con relación al ataque de indebida aplicación del artículo 30 de la Ley 105 de 1993 los recurrentes vuelven a insistir en la idea de la privatización de la facultad impositiva por someterla a los términos de un contrato de concesión por no haberse dado aplicación al artículo 2 del Decreto 1604 de 1966. Indudablemente las normas de este decreto regulan el manejo de la contribución de valorización pero la Ley 105 es norma especial relacionada con el transporte y la construcción de la infraestructura vial correspondiente. Las normas de esta ley no pueden desconocerse para darle prelación a normas de carácter general pues la facultad impositiva la ejerce la autoridad pero acomodándose a las condiciones y modalidades del tipo de contrato que se celebre. El contrato de concesión es doctrinariamente una delegación que hace el Estado de sus propias facultades para que el concesionario, a su nombre, preste un servicio público o realice unas obras de beneficio para la comunidad, lo que necesariamente produce efectos jurídicos muy especiales que no se pueden desconocer.

Por eso la tesis expuesta por los recurrentes, sujeción de la facultad impositiva a los términos de un contrato, es inaceptable pues lo que ocurre es que el Estado delega en el concesionario determinadas facultades administrativas pero de antemano establece mecanismos para que éste recupere su inversión y en esa decisión administrativa, anterior al contrato, ejerce su facultad impositiva para establecer las contribuciones a cargo de los particulares que permitirán al concesionario recuperar la inversión.

Las reglas propias de la contratación pública contenidas en la Ley 80 de 1993 son igualmente de derecho público y deben cumplirse en la celebración de los contratos adjudicados por licitación para no afectar los derechos de los oferentes vencidos.

De acuerdo con lo anterior resulta atinada la sentencia al darle la adecuada aplicación al artículo 30 de la Ley 105 de 1993.

#### **2.2.2.7 SOBRE EL SÉPTIMO CARGO**

En este cargo los recurrentes vuelven a atacar el artículo 30 de la Ley 105 para afirmar ya no que existe indebida aplicación sino errónea interpretación del mismo en la sentencia acusada.

Esta tendencia vacilante de los recurrentes demuestra la falta de consistencia en sus cargos porque incurren en la repetición del mismo cargo con un aparente diverso enfoque.

Afirman que la contribución de valorización tiene su fuente en la ley, lo cual es cierto, pero deducen de allí que el contrato no puede ser la fuente de la contribución pues sólo tiene efecto entre las partes.

Intentan producirle al contrato de concesión unos efectos jurídicos que desbordan el marco de la ley pero esa afirmación contiene un sofisma en tanto estima que el sujeto pasivo de la contribución es un tercero y no una parte del contrato. Obviamente la valorización grava a los terceros propietarios de los predios aledaños a la obra pero resulta que la contribución podría cobrarla el concesionario a nombre del Estado sólo si

se hubiere pactado en el contrato pues su función es obrar como delegatario del Estado en todo lo relacionado con la obra que se comprometió a financiar construir y mantener. En consecuencia, contrariamente a lo indicado por los recurrentes, el fallo interpretó debida y acertadamente el artículo 30 de la Ley 105 de 1993 y eso es lo que le da piso y fuerza legal a la decisión judicial acusada.

### **3. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **3.1. El recurso de súplica. Naturaleza y alcances.**

Antes de pasar al examen de los cargos formulados conviene destacar los perfiles fundamentales del recurso extraordinario de súplica.

De acuerdo con el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo este recurso procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado y es causal del recurso la violación directa de normas sustanciales, que se desdobra en tres modalidades, aplicación indebida, falta de aplicación e interpretación errónea. La prosperidad de una de estas modalidades de la causal implica el éxito del recurso.

De lo anterior se sigue que en materia contencioso administrativa sólo cabe este recurso a partir de los **errores juris in iudicando**, esto es, aquellos yerros de juicio que con vigor trascendente entrañan un quebrantamiento directo de normas jurídicas sustanciales. Por ende, para la configuración del vicio de juzgamiento la violación de la norma sustancial debe reflejarse en la parte dispositiva o resolutive del fallo, o, como dice la doctrina universal, debe tratarse de una falencia con “eficacia causal”. Por lo mismo, por expreso mandato del legislador, la súplica no procede por errores facti in iudicando, esto es, por violación indirecta de las normas sustantivas, tal como ocurriría en el evento de que el juez llegara a vulnerar la norma sustancial como consecuencia de una pretermisión o de una suposición de medios probatorios.

En síntesis, la súplica, strictu sensu, excluye categóricamente el examen o verificación de todo asunto de hecho; advirtiendo sí que, dados la naturaleza y fines de este recurso, es la sentencia recurrida “la que constituye el hecho o la

materia sujetos al debate, ...”.<sup>1</sup> Lo cual marca una nítida diferencia con las instancias del juicio contencioso administrativo, en las cuales el objeto de la litis está constituido por los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas, los contratos estatales y ciertos contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. De allí que, según lo ha sostenido esta Sala, la infracción denunciada por el recurrente debe ser inmediata y expresa, es decir, establecida mediante la confrontación objetiva de la sentencia con el precepto de derecho. Se trata, entonces, de un verdadero juicio a la sentencia ejecutoriada que permite definir, a instancia de parte, su conformidad o disconformidad con el orden jurídico nacional vigente al momento de su expedición, con el fin de reivindicar la prevalencia del derecho objetivo, unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la reparación de los perjuicios sufridos por los administrados o por la Administración misma cuando quiera que el fallador haya quebrantado directamente la norma sustancial.

En consonancia con lo anterior debe afirmarse también que **los errores in procedendo** no tienen cabida en los motivos determinantes del recurso en comento, es decir, no pueden ser materia del recurso extraordinario de súplica los errores que envuelven quebrantamiento de normas procesales.

En lo que hace a las particulares definiciones de las causales del recurso extraordinario de súplica, se tiene:

- a) **FALTA DE APLICACIÓN:** se presenta cuando el juez no aplica por cualquier razón una norma aplicable al caso.
  
- b) **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA:** ocurre cuando el juzgador yerra al apreciar el contenido o el significado de la norma.

---

<sup>1</sup> G.J., t. L, p. 341; citada por Humberto Murcia Ballén: Recurso de Casación Civil, 4ª edición, 1996, Edit. Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, p. 271.

c) **APLICACIÓN INDEBIDA:** tiene lugar en los casos en que el juez, reconociendo la existencia y validez de la norma y no obstante obrar al amparo de una correcta interpretación sobre su contenido y alcance, se equivoca en la conclusión.

De otra parte, en lo concerniente a la técnica aplicable en la formulación del recurso debe reiterarse lo sostenido por esta Corporación, cuando expresó:

" ... la técnica en su formulación ha de ser menos rigurosa y formal que la exigida en aquélla (alude a la casación), pues sólo basta señalar en forma precisa las normas sustantivas violadas y los motivos de la infracción. La flexibilidad establecida en la técnica del recurso, busca facilitar el libre acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial de los administrados, sin ceñirse a consideraciones de extremo rigor procesal; ...<sup>2</sup>

En efecto, el recurso extraordinario de súplica, no obstante su recio parentesco con el de casación, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 228 y 230 de la Carta Política, debe fundarse en la supremacía del derecho sustancial y en el imperio de la ley, pues la jurisprudencia sólo alcanza el papel de criterio auxiliar de la actividad judicial, en el entendido de que, sin perjuicio de las ritualidades propias del debido proceso, el inveterado culto a las formas ya no encuentra sustento en nuestro ordenamiento superior.

### **3.2. Razón del análisis global de los cargos.**

Como se advierte, todos los cargos giran en torno a la violación por falta de aplicación de preceptos constitucionales y a la violación por falta de aplicación, interpretación errónea o indebida aplicación de normas legales. Tienen en común la afirmación de que la contribución de valorización es independiente del contrato de concesión razón por la cual el pago de la valorización no puede depender del contrato de concesión ya que la contribución de valorización es consecuencia de la facultad impositiva atribuida por la Constitución y la Ley al Estado. El desconocimiento de este principio implica asumir una concepción privatista sobre la valorización y desconocer el carácter impositivo del Estado.

---

<sup>2</sup> C. de E. , Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Radicación: Q-063 del 4 de agosto de 1999, M.P. Dr. Alier Hernández Enríquez.

Todos los cargos contra la sentencia por violación de normas constitucionales se fundan en su falta de aplicación y así lo estudiará la Sala. De otra parte, si bien es cierto que, a primera vista, podría hablarse de falta de técnica en la interposición del recurso en relación con normas legales por cuanto algunas de ellas se cuestionan por falta de aplicación, interpretación errónea y aplicación indebida, como del análisis de los cargos que hará la Sala se infiere la prosperidad de algunos a ellos se limitará la corporación.

Atendiendo lo expuesto y bajo la convicción de que en los cargos existen elementos comunes y vinculantes procederá la Sala a examinar los cargos en conjunto pues si encuentra probada la violación general aducida no es necesario abordar su conocimiento en la forma concreta como fueron planteados.

De otra parte conviene dejar sentado que es ya una tesis jurisprudencialmente aceptada por el Consejo de Estado que las normas constitucionales pueden ser violadas directamente y, en consecuencia, pueden servir de fundamento al recurso extraordinario de súplica<sup>3</sup>

Este planteamiento es consecuencia de la reforma constitucional de 1991 que en diversos preceptos reafirmó el carácter normativo de la carta y la eficacia directa de sus normas, que no deben entenderse simplemente como un catálogo de principios o buenas intenciones sino como normas positivas de carácter vinculante. No en vano el artículo 4 superior definió la Constitución como norma de normas de privilegiada aplicación a cuyo acatamiento están sometidas no sólo las autoridades sino todos los habitantes de la Nación (Artículos 4, 95.2, 121, entre otros). El reconocimiento de esta verdad jurídica ha permitido a la doctrina expresar:

---

<sup>3</sup> Cfr. Sentencia de Sala Plena C.P. JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra, Radicación S – 006, de 21 de febrero de 2000; Sentencia de Sala Plena C.P. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Actor: Blanca Cecilia Avendaño Murillo, Radicación S – 248, de 6 de junio de 2000; Sentencia de Sala Plena C.P. DANIEL MANRIQUE GUZMAN, Actor: Fondo de Ahorro y Vivivenda Distrital FAVIDI, Radicación S- 051, de 22 de febrero de 2000; Sentencia de Sala Plena C.P. JULIO ENRIQUE CORREA RESPTREPO, Actor. Cecilia Hernández Saldaña, Radicación S – 097, de 25 de septiembre de 2000. Además de diversas sentencias de la Corte Constitucional entre las que cabe destacar C- 434 de 25 de junio de 1992. M.P. FABIO MORON DIAZ, y C-531 de 11 de noviembre de 1993. M.P. EDUARDO CIFUESTES MUÑOZ.

“... Estas características, predicables del concepto de Constitución como norma jurídica (en sentido contrario a la Constitución simplemente ideológica) influyen indefinidamente en las actuaciones administrativas, en la medida en que la Constitución sin necesaria intermediación de la ley le introduce a esta dinámica y le determina algunos de sus principales derroteros y finalidades.

Como lo señala el profesor Parejo Alfonso, la legalidad de la administración, esto es, su vinculación a una norma superior no excluye su vinculación “aún más fuerte” a la Constitución, de aquí que siempre la administración debe adecuar sus decisiones y actuaciones a la misma Constitución”. De esta postura prácticamente rectora de la actividad administrativa que adquiere la Constitución, frente a la administración pública, se puede deducir el papel determinante que para el derecho de la administración adquiere directamente la Constitución; papel no sólo formal sino sustancial, de aquí que no aceptamos el planteamiento histórico de Otto Mayer, en el sentido de que el derecho constitucional pasa mientras el derecho administrativo permanece”<sup>4</sup>

### **3.3. Las razones de los recurrentes**

Como ya se advirtió, los demandantes formularon en la demanda inicial tres cargos contra el acto acusado:

1. Falta de competencia del ministro de transporte para expedirlo.
2. Violación del artículo 30 de la Ley 105 de 1993 porque como en el contrato de concesión se previó como forma de recuperación de la inversión exclusivamente el peaje no se podía acudir a la valorización.
3. Como consecuencia, desconocimiento del debido proceso y falsa motivación en el acto acusado.

La sentencia recurrida respaldó mayoritariamente la competencia del ministro de transporte para expedir el acto atacado pero, como aceptó el cargo segundo, decidió anularlo sin entrar a examinar el tercer cargo.

En virtud de lo expuesto la Sala deberá centrar su análisis en los ataques formulados por la parte recurrente al cargo segundo de la demanda inicial.

### **3.4. Análisis de las razones expuestas por la parte recurrente.**

---

<sup>4</sup> SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 1996. Págs. 372 a 373.

Como se expuso, la razón de la controversia es si la facultad de imponer la contribución especial de valorización en tratándose de obras de interés público está ligada a lo previsto en el contrato de concesión, como lo expresó la sentencia suplicada, o no lo está, como lo afirman los recurrentes.

### **3.5. La contribución especial de valorización**

Para precisar el concepto analizaremos el término tributo y la diferencia entre impuesto, tasa y contribución.

Los tributos, de acuerdo con lo expuesto por Héctor B. Villegas, citado por Mauricio A. Plazas Vega, son “las prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio sobre la base de la capacidad contributiva, en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines.” Son características de los tributos su fundamento en el poder de imperio del Estado, su origen legal y su posibilidad de materializarse a través de pagos en dinero y en especie<sup>5</sup>.

Los tributos se clasifican en impuestos, contribuciones y tasas.

El impuesto es un tributo sin contraprestación directa que obedece al hecho de pertenecer a una comunidad.

La doctrina y la jurisprudencia lo caracterizan diciendo que se cobra indiscriminadamente a todo ciudadano y no a un grupo determinado; no guarda relación directa e inmediata con un beneficio obtenido por el contribuyente; una vez pagado, el Estado dispone de él de acuerdo con criterios y prioridades distintos de los del contribuyente, no se destina a un servicio público específico sino a las arcas generales para atender los servicios que se requieran.<sup>6</sup>

La Tasa es un tributo que se origina en la prestación de un servicio individualizado del Estado al contribuyente. Sólo lo paga quien lo utiliza. Se considera como un precio que cobra el Estado por el servicio prestado.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr. Mauricio A. Plazas Vega. El liberalismo y la Teoría de los Tributos,. Temis 1995, pgs. 323 y 324.

<sup>6</sup> Cfr. Juan Rafael Bravo Arteaga, Nociones Fundamentales de Derecho Tributario, 3ra edición, Legis Pág. 22 a 24. Cfr. etiam sentencia C – 545/94, M.P. Fabio Morón Díaz . Primero de diciembre de 1994

<sup>7</sup> Cfr. Juan Rafael Bravo Arteaga, op.cit., Págs. 24 a 29.

La contribución es un tributo originado en los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. Es un pago por una inversión que beneficia a un grupo de personas.<sup>8</sup>

En consecuencia la contribución de valorización está ligada al beneficio o aumento de valor de un bien como consecuencia de la realización de una obra pública y su monto tiene por objeto la construcción de la obra o la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por el Estado.

A esta última conclusión se llega a partir de lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 1604 de 1966 conforme al cual *“El establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución de valorización se harán por la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecute las obras, y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente....”*.

Esta disposición aparece transcrita en el artículo 235 del Decreto No 1333 de 1986, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C - 495 de 15 de septiembre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell, en la que se dijo:

*“La contribución de valorización no es un impuesto, porque no grava por vía general a todas las personas, sino a un sector de la población que está representado por los propietarios o poseedores de inmuebles que se benefician, en mayor o menor grado, con la ejecución de una obra pública.*

*Dada su naturaleza esta contribución por principio tiene una destinación especial; de ahí que se le considere una “imposición de finalidad”, esto es, una renta que se establece y recauda para llenar un propósito específico. Dicho propósito constituye un elemento propio de su esencia, que es natural a dicha contribución, al punto que no sólo la identifica y caracteriza, sino que representa un elemento esencial de su existencia.*

*La contribución de valorización, según se deduce del inciso 1 del art. 317 de la Constitución, es un gravamen especial que recae sobre la propiedad inmueble y que puede ser exigido no sólo por los municipios, sino por la Nación o cualquier otro organismo público que realice una obra de beneficio social y que redunde en un incremento de la propiedad inmueble.*

---

<sup>8</sup> Cfr. Juan Rafael Bravo Arteaga, op.cit., págs. 29 a 31

*La destinación de los ingresos por valorización, si bien la señala el legislador, no surge de la sola voluntad política de éste, sino de la naturaleza misma de la renta, que se constituye en orden a lograr, así sea en parte, el retorno de la inversión realizada por el respectivo organismo público”.*

A lo anterior agrega esta Sala que el objetivo final de la contribución de valorización no es recuperar la inversión sino arbitrar unos recursos para el Estado en razón del mayor valor adquirido por los predios beneficiados, de modo tal que los propietarios de estos contribuyan, en proporción al beneficio obtenido, a la realización de otras obras de interés general.

Es que la Constitución de 1991 (artículo 95, numeral 9) señala como uno de los deberes de la persona y del ciudadano “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”, este precepto, para efectos de la contribución de valorización entraña un imperativo denegatorio del enriquecimiento sin causa y una reafirmación del principio de igualdad.

El cabal entendimiento de la norma aludida no puede desligarse de su encabezamiento, que de manera contundente subraya: “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”. Como consecuencia los habitantes del país no pueden sólo exigir derechos del Estado sino asumir las responsabilidades que les competen de acuerdo con las normas guiándose por los principios de solidaridad y de justicia social. De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en la solidaridad de las personas que lo integran y la prevalencia del interés general y, según el artículo 2º, son fines esenciales del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad colectiva y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la propia Carta, siendo función de las autoridades asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Una de las formas de lograr estos propósitos es la aceptación de los tributos. Cuando el legislador establece las obligaciones tributarias realiza los aludidos mandatos constitucionales, en tanto lo haga con arreglo a criterios de justicia distributiva, proporcionalidad, razonabilidad y equidad<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sentencia No. C-430/95, 28 de septiembre de 1995. M.P JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

### **3.6. Base Normativa de la Contribución de Valorización.**

La Ley 25 de 1921 estableció por primera vez la contribución por valorización como un “impuesto” sobre las propiedades raíces que se benefician con ejecución de obras de interés público local. La Ley 195 de 1936 extendió los efectos y aplicación de la ley anterior a la ciudad de Bogotá y la Ley 63 de 1938 a las capitales de departamento cuyos presupuestos no fueran inferiores a \$300.000.00 pesos. La Ley 1ª de 1943 creó la moderna valorización en el país y permitió su cobro con base en el mayor valor de los predios favorecidos con obras de servicio público sin considerar el costo de las mismas.

El Decreto Legislativo 1604 de 1966, convertido en ley mediante la Ley 48 de 1968, y su decreto reglamentario 1394 de 1970, que constituyen el Estatuto Nacional de Valorización, transformaron el gravamen de valorización de impuesto en contribución y establecieron como base impositiva el costo de la obra, limitando el beneficio al valor de la obra adicionado en un 30% para gastos de administración y recaudo.

De otra parte el artículo 23 de la Ley 105 de 1993, preceptúa:

#### **“ARTICULO 23. VALORIZACIÓN**

La Nación y las Entidades Territoriales podrán financiar total o parcialmente la construcción de infraestructura de transporte a través del cobro de la contribución de valorización”

De esta manera la contribución de valorización tiene base legal y se cumple con el principio básico de que el tributo debe tener autorización legal<sup>10</sup>

La base constitucional actual de este tributo la constituye el artículo 150.12 superior, conforme al cual corresponde al Congreso establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente parafiscales, en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley, y el artículo 338 de la Carta, según el cual en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas y los Concejos pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos, pero pueden permitir que las autoridades

---

<sup>10</sup> Cfr. Roberto Uribe Pinto. La Contribución por Valorización. Teoría y Práctica, Legis, 2001. Págs. 2 a 6.

fijen las tarifas 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. Sin embargo el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

La Carta Política de 1991 elevó a canon constitucional principios tributarios tales como los de la legalidad, la certeza, la equidad, la eficiencia y la progresividad (arts. 338 y 363 C.P.), los que, a su vez, fueron fortalecidos mediante la proscripción de la retroactividad y la retrospectividad del tributo. Se resaltó así tanto la soberanía impositiva del Congreso como la competencia concurrente de las asambleas y los concejos en materia tributaria.

Así las cosas no cabe duda de que ahora, como antes, la competencia original para establecer los tributos está atribuida a la ley (no hay tributo sin representación popular).

Lo que sucede es que ya existe la ley que crea la contribución de valorización. Ella es la Ley 48 de 1968 (Diciembre 16) que adoptó como legislación permanente algunos decretos legislativos, entre ellos el Decreto No 1604 de 24 de junio de 1966. Esta disposición no sólo creó la contribución de valorización sino que fijó los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables. En otras palabras, estableció el sistema y el método del tributo que son los elementos que deben tenerse en cuenta para cobrar la contribución de valorización.

Disponen las normas pertinentes:

“Art. 1º.- El impuesto de valorización, establecido por el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 como una “contribución sobre las propiedades raíces que se benefician con la ejecución de obras de interés público local”, se hace extensivo a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios o cualquiera otra entidad de Derecho público y que benefician a la propiedad inmueble, y en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización”

“Art. 2º.- El establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución de valorización se harán por la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecuten las obras, y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente.

En cuanto a la Nación, estos ingresos y las correspondientes inversiones funcionarán a través de un Fondo Rotatorio nacional de Valorización dentro del Presupuesto Nacional.

Cuando las obras fueren ejecutadas por entidades diferentes a la Nación, los Departamentos o los Municipios, el tributo se establecerá, distribuirá y recaudará por la Nación a través de la Dirección Nacional de Valorización, de acuerdo con las mencionadas entidades, salvo las atribuciones y facultades legales anteriores de las mismas entidades en relación con este impuesto.”

“Art. 9º.- Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más, destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones.”

El Consejo Nacional de Valorización, teniendo en cuenta el costo total de la obra, el beneficio que ella produzca y la capacidad de pago de los propietarios que han de ser gravados con las contribuciones, podrá disponer, en determinados casos y por razones de equidad, que sólo se distribuyan contribuciones por una parte o porcentaje del costo de la obra”. (sin subrayar en el original).

De acuerdo con las normas transcritas existe la base legal para la imposición de la contribución de valorización y, como no sería lógico que cada vez que se fuera a construir una obra pública se expidiera una ley que determinara para ella la contribución de valorización, el decreto autorizó al ejecutivo para determinar las obras por las cuales se ha de exigir la contribución:

“Art.3º.- Para atender a todo lo relacionado con la organización, distribución, recaudo e inversión de la contribución de valorización por obras nacionales, créanse el Consejo Nacional de Valorización y la Dirección Nacional de Valorización, esta última como dependencia del Ministerio de Obras Públicas”

“Art. 5º.- Son funciones del Consejo Nacional de Valorización

1ª. Dictar las disposiciones necesarias para la estructuración administrativa de la Dirección Nacional de Valorización, creando los cargos que requiera esta dependencia. Y señalando sus funciones y asignaciones.

2ª. Determinar las obras nacionales de interés público por las cuales se han de exigir contribuciones de valorización, disponer en cada obra la cuantía total que ha de distribuirse, fijar la zona de influencia de las contribuciones y señalar los plazos de que gozan los contribuyentes

para el pago.

3ª. Administrar el Fondo Rotatorio Nacional de Valorización, determinando su forma de inversión, adjudicando las licitaciones y aprobando los contratos que para el desarrollo de sus actividades y ejecución de las obras requiera la Dirección Nacional de Valorización, todo ello con sujeción a las disposiciones normativas del Presupuesto Nacionales y a la reglamentación sobre licitaciones y contratos del Ministerio de Obras Públicas

4ª. Aprobar los convenios con los establecimientos públicos nacionales que ejecuten obras de interés público que den lugar al cobro de la contribución de valorización, para la distribución y recaudación de las respectivas contribuciones por parte de la Dirección Nacional de Valorización y reintegro de las sumas correspondientes a tales establecimientos

5ª. Dictar las resoluciones necesarias para la eficaz aplicación de la contribución nacional de valorización y el funcionamiento adecuado de la Dirección Nacional de valorización". (sin subrayar en el original)

El sistema y el método de la contribución de valorización, de acuerdo con el artículo 9 transcrito están integrados por los siguientes elementos: a) Costo total de la obra (inversión más imprevistos); b) el beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados; c) la capacidad de pago de los propietarios que han de ser gravados; d) razones de equidad. Con base en estos elementos, según lo dispuesto por el artículo 338 constitucional la administración puede ser autorizada para fijar las tarifas de la contribución pero, se insiste, sin desconocer la relación costo beneficio ni los demás factores legales.

Esas normas son precisamente las que la parte recurrente señala como normas infringidas por falta de aplicación y así lo considera la Sala.

### **3.7. La Valorización y el contrato de concesión**

Los recurrentes esgrimen como ataque central contra la sentencia que esta aplicó indebidamente e interpretó erróneamente el artículo 30 de la Ley 105 de 1993.

El artículo 30 aludido regula el contrato de concesión. Dispone que para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial la Nación, los Departamentos y los Municipios pueden establecer a) peajes, b) valorización y c) peajes más valorización, pero la fórmula debe quedar establecida en el contrato y ser de obligatorio cumplimiento para las partes.

La sentencia recurrida, dice la parte suplicante, ata equivocadamente el contrato de concesión a la contribución de valorización.

En criterio de la Sala les asiste razón a los recurrentes porque el pago de la valorización no puede depender de la manera como se pactó el pago de la obra al concesionario. Como quedó dicho, es la ley la que faculta a la administración para decretar las obras sobre las que puede imponerse la contribución de valorización. La valorización recae sobre el inmueble por el beneficio que recibe en virtud de la obra mientras el contrato de concesión se relaciona solamente con la forma como el Estado, en virtud del convenio, recuperará la inversión. No puede aceptarse que en los casos de construcción de obras públicas por concesión no hay inversión por parte del Estado porque cuando el Estado pacta la forma de pago renuncia al recaudo que le corresponde y en consecuencia deja de percibir unos ingresos. Vale decir, en el contrato de concesión se pacta el pago al contratista, la remuneración del concesionario, la financiación de la obra, mientras la contribución de valorización obedece al mayor valor que adquiere el predio por la construcción de la obra. La finalidad de la valorización es, además de recobrar el dinero invertido en una obra, cobrar el beneficio recibido por el predio en virtud de ella.

Planteado así el problema es perfectamente admisible concluir que se puede establecer, contrariamente a lo afirmado por la sentencia suplicada, la contribución de valorización por fuera del contrato de concesión.

De acuerdo con lo expuesto, lo pactado en el contrato de concesión sobre la forma de recuperación de la inversión no puede coartar ni desconocer la competencia del Estado para imponer la contribución de valorización en las obras públicas por él construidas y mucho menos impedir que se cobre este tributo pues, se insiste, la valorización recae sobre los inmuebles beneficiados con la ejecución de la obra y tiene como sujetos pasivos a los propietarios de los inmuebles gravados, en tanto que el contrato de concesión tiene como objeto directamente la obra a construir, rehabilitar o modificar y vincula al Estado con el concesionario. Cuando, como en el caso presente, como fórmula de recuperación de la inversión se pactó en el contrato el cobro de peajes los dineros requeridos para la obra tendrán el carácter de tasa, que será aportada por los usuarios de la vía, y no se opone a la contribución de valorización que tiene como sujetos

pasivos a quienes se benefician con la obra.

Ello es así, se reitera, porque la contribución de valorización se basa en la Carta Política y en la ley y una vez establecido el beneficio de un predio, que es el hecho económico generador del tributo, se abre paso la contribución de valorización, ya para sufragar los costos y gastos de la obra construida, ya para atender los costos y gastos de construcción de otras obras proyectadas por la respectiva entidad.

La forma acordada por la entidad y el concesionario para la recuperación de la inversión de éste en nada afecta la potestad eminente del Estado para decidir sobre las obras que causan contribución de valorización. Las relaciones contractuales entre el Estado y el concesionario no pueden tener la virtud de enervar la competencia de la administración para decidir qué obras causan la contribución de valorización. Asegurar lo contrario equivale a aceptar que las relaciones contractuales pueden modificar o dejar sin efecto las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las autoridades públicas en materia impositiva y convalidar el enriquecimiento sin causa de los beneficiarios de obras de utilidad pública o social.

En síntesis las normas constitucionales y legales examinadas permiten al Congreso, a las Asambleas y a los Concejos, imponer la contribución de valorización siendo de cargo de los órganos de representación popular fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos, mientras corresponde a las autoridades administrativas, de conformidad con el sistema y método fijados en la ley, señalar las tarifas a los contribuyentes, en este caso, como participación en los beneficios que les proporcionen las obras, con base en el principio costo - beneficio, esto es de acuerdo con el costo de la obra que genera el beneficio y en el mayor valor que por la construcción de la obra adquieran o hayan de adquirir los predios, teniendo siempre como límite superior del tributo el valor del beneficio liquidado con base en la metodología y sistema señalados por la ley.

Como consecuencia de este planteamiento debe concluirse que la Sección Cuarta de esta corporación aplicó indebidamente el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, pero, además, por las razones expuestas, dejó de aplicar los artículos 150- 12, 317 y 338 de la Carta, amén de los artículos 95 inciso 9, 13, 58 inciso 2 y 363 de

la Carta, este último en cuanto no aplicó el principio de equidad, y por ello habrá de reconocerse el éxito del recurso de súplica interpuesto.

No sobra advertir que la decisión que aquí se adopta no implica que los dineros a recaudar con base en la contribución de valorización deban entregarse al concesionario. Claramente se ha dicho que se trata de un tributo que se recauda por el Estado en su favor y, en consecuencia, los dineros recibidos deben destinarse exclusivamente a la construcción de las obras públicas.

### **3.7. La sentencia de reemplazo**

De acuerdo con lo planteado, ante la prosperidad de la casual invocada, se infirmará la sentencia recurrida y se dictará la que deba reemplazarla, para lo cual se examinarán los cargos formulados.

#### **3.7.1. Falta de competencia del Ministro de Transporte**

La Sala hace suyos los razonamientos efectuados por la Sección Cuarta de esta Corporación en la decisión que se infirma porque, como en ella se expresa, interpretando armónicamente los artículos 11, 40 y 54 del decreto 2171 de 1992, es al ministro de transporte a quien corresponde decidir sobre los proyectos que causen la contribución nacional de valorización, de acuerdo con la ley, es decir, respetando el régimen legal del gravamen y las normas legales de competencia del ministerio en armonía con las de INVIAS. Adicionalmente, de acuerdo con la nueva estructura del Ministerio, es el Instituto Nacional de Vías y no el Consejo Nacional de Valorización quien tiene la facultad de conceptuar sobre los proyectos viales en materia de carreteras pues este último organismo desapareció de la estructura del ministerio con el decreto 1173 de 1980, derogado por el decreto 2171 de 1992, que no revivió tal Consejo.

Por lo anterior el cargo de incompetencia no está llamado a prosperar.

#### **3.7.2. Violación del artículo 30 de la Ley 105 de 1993.**

Este fue el punto examinado al pronunciarse sobre las razones de la parte suplicante y ya se decidió, aceptándolo, lo que da lugar a la infirmación de la sentencia.

### **3.7.3. Desconocimiento del Debido Proceso y Falsa Motivación por parte del Ministro.**

Según se analizó la resolución acusada fue proferida con fundamento en las normas superiores que regulan la materia, lo que descarta de plano los cargos de falsa motivación y violación del debido proceso, razón por la cual no pueden prosperar.

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

#### **FALLA**

**INFIRMASE** la sentencia de 14 de agosto de 1998 proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación. En su lugar se dispone:

**Deniéganse** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y, ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente a la Sección de origen. Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue leída y aprobada en la Sala en sesión celebrada el día

**MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA**  
**Presidente**

**JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS**  
**Vicepresidente**

**ALBERTO ARANGO MANTILLA  
ANDRADE**

**CAMILO**

**ARCINIEGAS**

**REINALDO CHAVARRO BURITICA**

**TARSICIO CACERES TORO**

**MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ  
ENRIQUEZ**

**ALIER**

**EDUARDO**

**HERNANDEZ**

**RICARDO HOYOS DUQUE**

**ROBERTO MEDINA LOPEZ**

**MARIO RAFAEL ALARIO MENDEZ  
MARTELO**

**GABRIEL**

**E.**

**MENDOZA**

**OLGA I. NAVARRETE BARRERO  
FORERO**

**ANA**

**MARGARITA**

**OLAYA**

**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO  
BUSTAMANTE**

**JESUS**

**MARIA**

**LE MOS**

**NICOLAS PAJARO PEÑARANDA**

**DARIO QUIÑONES PINILLA**

**GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR**

**MERCEDES TOVAR DE HERRAN**  
**Secretaria General**

**CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA - Obligatoriedad. Peaje.  
Contribución de valorización / CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN / PEAJE**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Radicación número: S-028**

**Actor: BERNARDO ORTIZ AMAYA Y OTRO**

**Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante**

**Providencia del 11 de diciembre de 2001.**

**Expresamos a continuación los motivos que nos llevan a disentir del criterio sentado en la sentencia del 11 de diciembre de 2001 de la Sala Plena de la Corporación.**

**1°.- De acuerdo con los artículos 150-12 y 338 de la Constitución, en tiempo de paz todos los ingresos corrientes del Estado, bajo la genérica denominación de tributos, que incluyen la contribución por valorización, solamente pueden imponerlos, establecerlos, fijarlos, determinarlos el Congreso Nacional, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales.**

2°.- Los elementos objetivos del tributo señalados en la Constitución (artículo 338), debe fijarlos directamente el órgano de representación popular, único autorizado, por medio de la ley, de la ordenanza o del acuerdo. Esos elementos son los sujetos, activos y pasivos, los hechos generadores de la obligación tributaria y las bases gravables, y las tarifas. Corresponde también a esas corporaciones populares fijar, por medio de la ley, la ordenanza o el acuerdo, el sistema y método para definir los costos y los beneficios de la obra pública.

3°.- Excepcionalmente, con permiso del Congreso, de la Asamblea o del Consejo, las autoridades pueden fijar la tarifa de las contribuciones, tarifa que debe estar de

acuerdo con la participación en los beneficios proporcionados a los contribuyentes. La tarifa de la contribución, entonces, puede ser fijada por la ley, la ordenanza o el acuerdo, como también por actos de la autoridad administrativa, para lo cual se requiere que previamente, por parte de la respectiva Corporación popular, se hayan determinado los elementos esenciales de la contribución, lo mismo que el sistema y método para establecer su costo-beneficio.

4°.- El fallo del Consejo de Estado rompe ese esquema fundamental, otorga vía libre a la competencia del Ministerio de Transporte para disponer de la contribución de valorización, en el mas amplio de los sentidos, pues, define las obras que generan la contribución, señala los contribuyentes, fija la valorización y determina el quantum del beneficio. Tal vez con excepción del sujeto activo, los demás elementos que la Constitución reserva expresamente a la ley, se dejan al exclusivo manejo de la autoridad administrativa.

5°.- El fallo del Consejo de Estado, animado por las mejores intenciones, por supuesto, cree que la solidaridad y la equidad son motores suficientes de la obligación de tributar al Estado y dentro de esa orientación agita la idea de extender la valorización casi sin limitación alguna. Para el fallo constituyen principios del derecho tributario que toda obra pública valoriza la propiedad inmueble, que toda obra pública debe ser cubierta por valorización y que cualquiera otra clase de ingresos que el Estado perciba por una obra pública, como el peaje, es mínima e injusta ante el beneficio que produce la valorización.

6°.- El hecho generador de la contribución por valorización, es la obra pública en cuanto produce un beneficio a la propiedad inmueble. Obra, valorización y beneficio son conceptos inseparables porque la primera debe producir el mayor precio del inmueble, que a su vez será factor básico para cuantificar el beneficio.

7°.- De acuerdo con el artículo 9 del Decreto 1604 de 1966, la liquidación de la contribución debe comprender el costo de la obra que son todas las inversiones que la obra requiera, más un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento para gastos de distribución y recaudación de las contribuciones y a esa cifra se agrega el beneficio que la obra produzca a los inmuebles que han de ser gravados. Costo más beneficio es lo que dice esta norma, igual valorización, pero el fallo de Sala Plena entiende que los dos conceptos son independientes para acoger la teoría de los recurrentes de que la sentencia de la

Sección Cuarta es privatista porque supedita la valorización a las cláusulas contractuales, cuando lo cierto es que la considera una de las alternativas para recuperar la inversión.

El mencionado decreto no indica cómo se determina la obra, ni cómo se liquida el beneficio, presupuestos del hecho generador y de su base gravable, que debe señalar la ley, según se vio, pero que desde antes de la expedición de la última Carta del 91, viene señalando el Ministerio de Transporte y lo seguirá haciendo de manera abiertamente inconstitucional.

8°.- Regulación especial en los artículos 23 y 30 trae la Ley 105 de 1993 sobre la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación. En la primera norma se permite a la Nación y a las entidades territoriales, si lo desean (*“podrán”*), financiar total o parcialmente la construcción de carreteras por medio de la contribución de valorización; que con otras palabras venía autorizando el artículo 9 del Decreto 1604 de 1966, es decir *“en determinados casos y por razones de equidad, que sólo se distribuyan contribuciones por una parte o porcentaje del costo de la obra”*.

De acuerdo con esta disposición, la contribución no es obligatoria, ni automática, pues puede no ser cobrada en unos casos; y puede ser cobrada en su totalidad o parcialmente. Lo cual no deja la menor duda de que se puede desistir de la contribución, para darle paso al peaje, por ejemplo, o puede ser mezclada con el peaje.

9°.- El artículo 30 de la Ley 105 de 1.993 dejó a discreción de la Nación y de las entidades territoriales la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, por medio de concesiones particulares y dijo que la inversión podrían recuperarla con el cobro de peajes o de valorización o de ambos. Lo cual es congruente con la reglamentación antigua de 1.966 y contemporánea de la misma ley, es decir, que la contribución no opera en forma automática por la simple circunstancia de abrir una carretera, puede ser cobrada parcialmente, puede ser suplida en su totalidad con otro tributo y puede ser renunciada, en cuyo caso la inversión la cubre el presupuesto nacional.

10°.- Que hay obras públicas que causan daño a la propiedad privada, de eso ya hay antecedentes judiciales. Lo mismo puede decirse de la valorización que sería

injusta si la obra afecta yermos terrenos o predios de gentes de escasos recursos. Y puede ser mucho más provechoso el peaje si se trata de vía con excelentes especificaciones o una regiones feraces, de tal manera que el tráfico constante produzca mayores ingresos al Estado.

11°.- El artículo 30 de la Ley 130 de 1993 no ha sido declarado inconstitucional, no ha sido derogado, está vigente, pero el fallo de la Sala Plena lo desconoce con el subterfugio de que fue mal interpretado por la Sección Cuarta. Y no ha sido así. Si el Gobierno Nacional acudió al sistema de cobro por peaje, podía hacerlo con la autorización de esa norma, como hubiera podido hacerlo por el cobro mixto o el cobro de la mera contribución. La Ley 130 no permite otras alternativas en este caso relacionado con la construcción de la infraestructura vial.

Si se acudió al contrato de concesión y se supeditó a él la recuperación de la inversión, fue con autorización legal, que no podía entrar a desconocer el fallo de Sala Plena porque terminó *“derogando”* la ley que considera *“el contrato de obligatorio cumplimiento para las partes”* (pacta sunt servanda) y que hace responsable civilmente a la entidad que varíe las reglas sin el consentimiento del concesionario.

Atentamente,

**ROBERTO MEDINA LOPEZ**

**Consejero**

**DARIO QUIÑONES PINILLA**

**Consejero**

**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**

**Consejero**

**ALBERTO ARANGO MANTILLA**

**Consejero**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - No procede infirmación de sentencia con fundamento en conceptos de violación contradictorios / VIOLACIÓN**

DIRECTA DE NORMA - Con fundamento en conceptos de violación contradictorios no procede infirmación de sentencia / CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN - Recuperación de la inversión. Incumplimiento de contrato de concesión

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**Salvamento de Voto del Doctor NICOLAS PAJARO PEÑARANDA**

*Bogotá D.C. doce (12) de febrero de dos mil dos (2002)*

**REFERENCIA : RADICACION S - 028**

**ACTOR : BERNARDO ORTIZ AMAYA Y OTRO**

**Providencia aprobada en la sesión del 11 de diciembre de 2001**

**Consejero Ponente doctor Jesús María Lemos**

El fallo objeto del recurso extraordinario, proferido por la Sección Cuarta de esta Corporación, decretó la nulidad del acto acusado, con base en la disposición que se invocó en la demanda (artículo 30 incisos 1-2-3, de la Ley 105 de 1993). Y se consideró en él que, en vista de que en la cláusula quinta del contrato de concesión 0064 del 24 de noviembre de 1994 sólo se acordó, como forma exclusiva de pago, la cesión de derechos de recaudo de peaje, el artículo citado era de obligatorio cumplimiento para las partes. Que, además, la consideración según la cual el cobro de la valorización no se relaciona con el contrato de concesión, desconoce la previsión del artículo 9 del Decreto 1604 de 1996 que consagra el principio conocido como **costo – beneficio**, pues “*siendo el costo de la obra uno de los factores que por ley deben tenerse en cuenta a efectos de determinar el monto total distribuible en las contribuciones por valorización, es errada la posición de la parte demandada en aras de justificar la causación de la*

*contribución de valorización solo en función del beneficio, y con independencia de los costos de la obra pública vial ejecutada por el sistema de concesión”.*

La ponencia que se aprobó en Sala Plena para desatar la súplica llegó a la siguiente conclusión:

“... La Sección Cuarta de esta corporación aplicó indebidamente el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, pero, además, por las razones expuestas, dejó de aplicar los artículos 150 – 12, 317 y 338 de la Carta, amén de los artículos 95 inciso 9, 13,58 inciso 2 y 363 de la Carta, este último en cuanto no aplicó el principio de equidad, y por ello habrá de reconocerse el éxito del recurso de súplica interpuesto “

En uno de sus apartes estimó que *“la finalidad de la valorización es, además de recobrar el dinero invertido en una obra, cobrar el beneficio recibido por el predio en virtud de ella”.*

El problema a que se contrae el recurso extraordinario planteado es el de saber si, al margen del contrato de concesión celebrado, puede establecerse contribución de valorización por el Ministerio de Transporte.

Como tuve oportunidad de manifestar en el curso del debate, al igual que otros colegas, el artículo 317 de la Constitución Política, dada su ubicación en este ordenamiento, capítulo 3 del título undécimo que trata “Del Régimen Municipal”, por sí sólo no demuestra, ni examinado de modo sistemático, que el referido Ministerio esté facultado para imponer la contribución de valorización; indica, sí, que puede establecerse a nivel local, departamental o nacional; pero, en todo caso, por medio de los organismos de representación popular, únicos con capacidad impositiva a la luz del artículo 338 ibídem; capacidad o potestad que no puede atribuirse a la rama ejecutiva, como lo consideró el fallo del cual discrepo. Comparto, por consiguiente, lo expuesto por alguno de los integrantes de la Sección Cuarta cuando la Sala Contenciosa decidió escuchar a éstos al iniciarse el estudio del caso.

Lo propio puede afirmarse respecto de los siguientes artículos constitucionales: 363, que señala los principios en que se funda el sistema

tributario; 95, numeral 9, según el cual son deberes de la persona y el ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad; 13, relativo al principio de igualdad; 58, inciso segundo, que consagra que la propiedad es una función social que implica obligaciones; y 150, 12 que señala como función del Congreso “*Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley*”

Es innegable lo que consagran los preceptos mencionados; pero ellos deben entenderse como elementos que integran todo un sistema jurídico constitucional, y para su aplicación correcta no pueden perderse de vista las distintas competencias fijadas por la propia Constitución, así como los principios de legalidad y de separación de las distintas manifestaciones del poder público y de los órganos estatales; aspectos éstos fundamentales de cualquier Estado de Derecho.

No creo que el fallo de la Sección Cuarta haya incurrido en aplicación indebida de los incisos 1-2-3 del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, pues si se celebró contrato de concesión, la recuperación de la inversión, como lo prescriben tales reglas, sólo puede llevarse a cabo mediante el establecimiento de peajes y/o valorización, a lo que debe señalarse que las partes deben sujetarse a los términos del acuerdo, cuya variación sin que se cuente con la voluntad de concesionario “*implicará responsabilidad civil para la entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable*”. Y no es que se trate de darle preponderancia al acuerdo contractual sobre la competencia del Estado para imponer la contribución de valorización. En absoluto. Lo que se quiere significar es que la resolución de un Ministro no puede desconocer el mandado contenido en un ordenamiento Superior como la Ley 105 de 1993. en relación con la cual deben entenderse reglas que, aunque vigentes, le precedieron en el tiempo como el Decreto 1604 de 1966 y 1394 de 1970, entre otros.

No sobra anotar, por último que la ponencia aprobada engloba conceptos de violación contradictorios, sin discriminación alguna, que erróneamente fueron planteados y que se despacharon de modo favorable sin tener en cuenta el espíritu que orienta al recurso extraordinario de súplica. En efecto, se dijo que “*los recurrentes esgrimen como ataque central contra la sentencia que ésta aplicó*

***indebidamente e interpretó erróneamente el artículo 30 de la ley 105 de 1993***” y a continuación agrega que “...*asiste razón a los recurrentes...*”.

Grave error se comete cuando al examinar el caso concreto, se confunden conceptos de violación que son incompatibles entre sí. Si se dice que el artículo 30 de la ley 105 de 1993 se interpretó de modo equivocado, ello significa que éste es el pertinente al caso en el cual se hizo actuar; pero que el juzgador cometió yerro cuando le dio un alcance mayor o menor del que corresponde.

Por consiguiente, mal puede afirmarse, como se hizo en el fallo, que asiste razón al recurrente cuando endilga aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma de derecho sustancial. La jurisprudencia debe hacer claridad sobre nociones que son de especial importancia para dirimir un recurso extraordinario de súplica, cuyos principios, son muy similares al de Casación cuando se interpone con base en la causal de violación directa de normas sustanciales.

Así las cosas, no puede la administración, con desconocimiento de la previsión legal de manera extemporánea imponer contribución de valorización.

*Atentamente,*

**NICOLAS PAJARO PEÑARANDA**

**CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN - No procede su cobro frente a obra pública que se pagó por sistema de peaje / PEAJE - Obra pública pagada por este sistema no genera cobro por valorización / CONTRATO DE CONCESIÓN - Forma de financiación de las obras forma parte de éste y como tal obliga**

**CONSEJO DE ESTADO**

## SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### SALVAMENTO DE VOTO

REFERENCIA: Expediente No. S-028  
ACTOR: BERNARDO ORTIZ AMAYA Y OTRO  
MAGISTRADO PONENTE: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

**Con el respeto que nos merece la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena Contenciosa el 11 de diciembre de 2001, nos permitimos expresar las razones que nos llevaron a no compartir la providencia mediante la cual la Sala resolvió infirmar la sentencia del 14 de agosto de 1998, proferida por la Sección Cuarta de la Corporación para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.**

Nuestra inconformidad radica fundamentalmente en la interpretación que de las normas constitucionales y legales, reguladoras de la contribución de valorización, se hizo en la sentencia:

El artículo 338 de la Constitución Política, norma fundamental que consagra los principios de legalidad de los tributos, predeterminación de los elementos de la obligación tributaria, establece de manera categórica que en tiempo de paz, exclusivamente los órganos de representación popular, como son el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales.

Así mismo, dispone la referida norma constitucional, que **corresponde a la ley, las ordenanzas y los acuerdos “fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos” con la salvedad, de que tratándose de las tarifas de las tasas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes como recuperación de costos, la ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden deferir a las autoridades administrativas tal facultad, bajo la condición de que “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 y los acuerdos”.**

La Sala, sin embargo, a pesar de lo terminante, claro y categórico del anterior precepto constitucional, fundamentó la decisión en referencia, en la previsión legal contenida en el artículo 2 del Decreto 1604 de 1966, reproducida por el artículo 235 del Decreto Legislativo 1333 de 1986, argumentando que sobre tal disposición de ley, se había producido una sentencia de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, en el fallo C - 495 de 1998.

Sin embargo, si se examina, en su integridad, la sentencia C - 495 de 1998, se advierte fácilmente que, tal como lo precisó la Corte Constitucional, el problema jurídico planteado hacía referencia al reproche por inconstitucionalidad de una serie de normas, en cuanto desconocían la autonomía fiscal que la Constitución le reconoce a las autoridades territoriales al establecer la destinación específica de los recursos, reemplazando el poder de decisión de las autoridades municipales, por la facultad uniformadora y adoctrinante del Congreso de la República.

Fue así, como en el pronunciamiento sobre el artículo 235 del Decreto 1333 de 1986, que fue acusado “en cuanto señala al producto de dicha contribución una destinación especial, consistente en su inversión en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras de interés público”, analizó el juez constitucional la naturaleza jurídica de la contribución de valorización, para concluir que se considera como una “imposición de finalidad” por cuanto la renta se recauda para cumplir con una finalidad específica, que constituye un elemento propio de su esencia. Igualmente señaló que la destinación de los ingresos, de acuerdo con la naturaleza de la renta, se constituye en orden a lograr, así sea en parte, el retorno de la inversión realizada por el respectivo órgano público.

**En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad de la expresión acusada del artículo 235 del Decreto 1333 de 1986, que dice : “y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por la autoridad correspondiente”.**

Lo anteriormente expuesto nos conduce a las siguientes conclusiones:

La primera, que luego de transcribir el fallo constitucional citado, en cuanto afirma que dada la naturaleza de la contribución de valorización, ésta “... se constituye en orden a lograr, así sea en parte, **el retorno de la inversión** realizada por el respectivo organismo público”. La Sala Plena Contenciosa, sin embargo, a continuación de lo transcrito, en el fallo del cual nos apartamos, sostiene exactamente lo contrario, al agregar “...que el objetivo final **no es recuperar la inversión**, sino arbitrar unos recursos para el Estado en razón del mayor valor adquirido por los predios beneficiados”, olvidando que la Corte no se pronunció sobre el beneficio, dado que este punto no fue objeto de examen en la sentencia constitucional que sirvió de sustento al fallo del cual con todo respeto disentimos.

La segunda, se refiere a que el aludido fallo de constitucionalidad, no se pronunció sobre la exequibilidad de la totalidad de la norma, sino apenas de una expresión de ésta, tal como expresamente lo manifestó la Corte en la parte resolutive. Lo anterior enseña que la disposición citada en apoyo de la sentencia por nosotros cuestionada, no fue analizada a la luz del artículo 338 de la Constitución Política, es decir, del precepto constitucional regulador de la figura jurídica de la contribución.

Ahora bien, en la sentencia aprobada mayoritariamente por esta Corporación, al examinar la base normativa de la Contribución de Valorización, que daría sustento al acto acusado ante la Sala de Sección, citó en forma general la Ley 25 de 1921, la Ley 195 de 1936, la Ley 63 de 1968, la Ley 1 de 1943, el Decreto Legislativo 1604 de 1966, la Ley 48 de 1968, el Decreto 1394 de 1970 y en forma específica, el artículo 23 de la Ley 105 de 1993 que transcribió.

Igualmente cuestionamos la interpretación que se hizo del artículo 23 de la Ley 105 de 1993, transcrito en la sentencia, porque consideramos que del solo hecho de autorizar a la Nación para financiar la construcción de obras de infraestructura vial nacional, a través de la imposición de la contribución de valorización, no puede entenderse, ni mucho menos concluirse que dicha norma cumple con el presupuesto exigido en el artículo 338 de la Carta y que sea la norma creadora del tributo, para finalmente sostener con apoyo en un autor que

“De esta manera la contribución de valorización tiene base legal y se cumple con el principio básico de que el tributo debe tener autorización legal”.

Nos parece equivocado entender que el principio de legalidad de los tributos, se cumpla con la sola mención o autorización del financiamiento de obras mediante la contribución de valorización, pues categóricamente el constituyente de 1991 determinó que la creación de los tributos debe emanar directamente de la clara voluntad del legislador en este sentido, sin que sea constitucionalmente dable inferirla por la sola mención a un tributo.

Es que, de aceptar, así sea en gracia de discusión, que la base legal de la contribución de valorización es el artículo 23 de la Ley 105 de 1993, como se predica en el fallo de la Sala, surge automáticamente el interrogante: ¿Consagra esta norma los elementos de la obligación tributaria, tal como lo exige en forma imperativa el artículo 338 de la Constitución Política?

Basta entonces con una simple lectura, en su integridad, de la norma enunciada, para concluir con firmeza que el precepto legal aludido no satisface el principio de predeterminación de los elementos de la obligación tributaria, dado que no fija los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables de la contribución, menos aún establece el sistema y método que, como condición ineludible, exige el artículo 338 superior, para que pudiera servir aquella norma como fundamento legal del tributo.

**De otra parte, consideramos igualmente, que tampoco puede servir dicha norma legal como fundamento del fallo, para denegar las súplicas de la demanda y con ello avalar la legalidad de la Resolución N° 8596 del 9 de diciembre de 1996, en razón de la circunstancia jurídica de que dicha norma no fue invocada en el acto administrativo que se acusa. Por tanto, darle aplicación a esa disposición, implica un cambio de motivación de la resolución, que resulta violatoria del debido proceso y del derecho de defensa de los administrados, además de constituir un argumento nuevo no propuesto ante la Sala de Sección.**

Tampoco consideramos acertado el criterio, según el cual, la Contribución de Valorización, en los términos del artículo 338 de la Constitución Política, tiene base legal en el Decreto 1604 de 1966, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, si se tiene en cuenta que tal normatividad no se ajusta en su contenido al precepto superior. Lo cierto es que sobre el particular, en la sentencia referenciada no se efectuó un análisis de la normatividad a la luz del artículo 338, tantas veces citado, que permita determinar en forma clara, expresa y concreta, cómo y en dónde, dicho estatuto legal satisface los requisitos constitucionales, con mayor razón cuando, con fundamento equivocado, sostuvo: *“Esta disposición (la legal) no solo creó la contribución de valorización sino que fijó los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables. En otras palabras, estableció el sistema y el método del tributo que son los elementos que deben tenerse en cuenta para cobrar la contribución de valorización”*. Con todo respeto hemos de manifestar que en el párrafo transcrito se encuentra una imprecisión conceptual.

Entendemos que el Decreto 1604 de 1966, no puede tenerse como base legal para cobrar la contribución, porque en los términos del artículo 338 de la Carta, el determinar, por ejemplo, el sujeto pasivo del tributo, que sólo se define cuando se establece cuál obra se construirá por valorización, es materia de ley,

por cuanto establecer las obras que causan la contribución es ejercicio del poder de imposición, el cual corresponde exclusivamente al legislador.

Similar imprecisión encontramos respecto de la determinación del sistema y método, que no debe confundirse, como se hace en el fallo, con la base gravable, la cual recae sobre el costo total de la obra adicionado en un porcentaje para imprevistos y hasta en un 30% adicional, tal como expresamente lo señala el artículo 9 del Decreto 1604 de 1966.

Como se planteó en la Sala, hasta el momento no aparece en ninguna de las normas legales que soportan la sentencia de la cual nos separamos, el cumplimiento de la condición constitucional: establecer el sistema y el método. La providencia ninguna referencia pudo hacer sobre el particular, entre otras, por una muy sencilla, pero lógica razón: cuando se expidieron las normas legales, el artículo 338 de la Constitución Política aún no había surgido a la vida jurídica. Entonces, nos preguntamos: cómo resulta posible darle cumplimiento a una norma constitucional inexistente?

Ahora bien, se cita en la sentencia cuestionada, el fallo C - 482 de 1996 de la Corte Constitucional, para tratar de explicar lo relacionado con la ausencia de definición del sistema y método, para entender que no hay lugar a su fijación. Empero, no podemos compartir el entendimiento que de la providencia constitucional se hace, porque si bien la Corte Constitucional precisó que la ley no tiene por qué contener una descripción detallada de los elementos y procedimientos que deben tenerse en cuenta para establecer los costos y definir las tarifas, ello no se puede interpretar como que la determinación del sistema y método no deba estar contenida en la ley. Tal criterio constituiría un absoluto desconocimiento de la norma superior por parte de la Corporación encargada de su guarda, y no encontramos de los textos aludidos que el juzgador hubiese tenido tal intención.

**En este sentido, como igualmente lo precisó el alto tribunal en el fallo C - 455 de 1994, lo mínimo que debe contener la ley para cumplir con la norma superior, es señalar en el respectivo acto de autorización los métodos, entendidos éstos como pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones, para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa, y los sistemas, que son formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en dicha determinación.**

Dice la Corte que el sistema y método “son directrices cuyo acatamiento es obligatorio para el encargado de fijar la tarifa y constituyen a la vez la garantía del contribuyente frente a la administración”, por lo anterior, concluye el fallo que de faltar “a la norma las precisiones que le impone la Carta a las normas de su especie, sobre el sistema, el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto” se constituye en una deficiencia vista bajo lo escueto de su redacción y la nitidez del precepto superior, que la condenaría a su inexecutable por omisión.

Nótese también, cómo el fallo C - 482 de 1996, al pronunciarse sobre el caso concreto, concluyó que la norma era exequible porque en ella **estaban definidos el sistema y método en forma general y abstracta**, situación que no se presenta en el caso en estudio, donde, en norma alguna, se determina siquiera de esta forma (general y abstracta), el sistema y método para establecer la tarifa. Lo

que sí define el Decreto 1604 de 1966, como expresamente lo establece, es la base impositiva, pero dicha definición no sirve para extraer en forma interpretativa el sistema y método, teniendo en cuenta que se trata de conceptos absolutamente diferentes: mientras el sistema y método constituyen los parámetros legales para determinar la tarifa, la base gravable o impositiva, es la magnitud del hecho generador a la cual se le aplicará dicha tarifa.

Ahora bien, con respecto al punto relacionado con la valorización y el contrato de concesión, consideramos que no hay lugar a entender, que por el hecho de que la obra se financie a través de peajes, con cuyo producto se paga al concesionario, el Estado esté renunciando a un recaudo que le corresponde. Tratándose de peajes cuya naturaleza corresponde a la de una tasa, nos encontramos frente a un tributo originado en la prestación de un servicio individualizado del Estado al contribuyente, que tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial del servicio, de suerte que, como lo sostuvo la Corte Constitucional en el fallo C - 545 de 1994 "su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación".

Por consiguiente, el producto de los peajes, al no poderlo destinar en provecho de proyectos diferentes a aquél que les da origen, no permite inferir que esos recursos sean inversión estatal, pues lo cierto es que son pagados por los contribuyentes como precio que les cobra el Estado por un servicio prestado, hasta el punto que si el Estado no presta el servicio, tampoco podrá cobrar para sí la tasa correspondiente.

**Así pues, aplicados los anteriores criterios al caso concreto, es preciso concluir que si la obra se construyó a través de peajes, no hubo, por tanto, inversión estatal, dado que fue realizada con recursos de los contribuyentes beneficiados del servicio por retribución de una prestación directa, que fueron recaudados con esta finalidad, por lo que mal podía el Ministerio de Transporte, so pretexto de recuperar una inversión que a todas luces no realizó, decretar el cobro de la contribución de valorización.**

Finalmente consideramos que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, al expedir la resolución acusada, no podía desatender el mandato contenido en el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, norma especial que rige los contratos de concesión suscritos para financiar obras públicas, que consagra la exigencia de que la forma de financiación de las obras debe quedar determinada en el contrato, de suerte que una vez establecida la forma de financiación en el mismo, no es dable salirse de los términos de éste, a menos que se modifique. La forma de financiación de la obra no la fijaron contractualmente las partes porque sí. Lo hicieron porque la ley así lo disponía y, por supuesto, la ley se dicta para cumplirla en su integridad y por todos, absolutamente, todos los ciudadanos.

Atentamente,

GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR REINALDO CHAVARRO BURITICA

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**ACLARACION DE VOTO**

**Radicación número S – 028**

*Actores: BERNARDO ORTIZ A. Y OTRO*

**Recurso R. EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**

**Recurrentes: MIN. TRANSPORTE E INVIAS**

-----

Respetuosamente me permito sustentar la **aclaración de voto que hice a la SENTENCIA DE DICIEMBRE ONCE DE DOS MIL UNO proferida por la Sala Plena Contencioso Administrativa de esta H. Corporación**, que INFIRMÓ la sentencia de agosto 14 de 1998 de la Sección 4ª de esta Institución y DENEGÓ las pretensiones de la demanda.

Considero, inicialmente, que en el sub-lite la obra se realizó por el Contratista y se financió con el valor de los peajes de los usuarios, por lo que el Contrato de concesión se refiere a las partes contratantes.

No obstante, otro fenómeno que ocurrió es el de la VALORIZACIÓN de los predios afectados por la obra realizada, que no puede estar sujeto al Contrato de Concesión que relaciona a las partes contratantes.

En relación con esta última situación considero que es posible acudir a la CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN respecto de los predios que resultaron afectados con la obra realizada, pues no es admisible que en un Estado social de derecho se de un enriquecimiento particular sin que tenga ésta que corresponder en parte por esa situación.

En el caso de obras públicas que generan un mayor valor de los predios beneficiados, lógico es que contribuyan con la valorización estatuida, aunque en el evento que la obra haya sido financiada por otro sistema (v. gr. peajes) es apenas lógico que la valorización debe ser más atenuada que lo normal, debido a que, por otro lado, algunos también pagan peajes con lo cual ayudan a financiar la obra.

Ahora, los valores recaudados por esta contribución de valorización no debieran ingresar a los fondos comunes de la Entidad Pública pertinente, sino a un fondo especial que tenga por finalidad la realización de obras de similar naturaleza que no tengan financiación, pues son múltiples las que no generan ingresos retributivos para el Estado. Los valores recaudados no deben ingresar al Tesoro público de la Entidad Contratante para ayudar a la financiación de la obra que les dio origen porque ésta tiene su propia financiación.

En cuanto a la Legislación sobre la CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, ésta debe prever una serie de situaciones donde con claridad se determine la clase de obras que puede dar lugar a ella y los casos en que ésta deba ser aplicada por la autoridad ejecutiva, con las excepciones que puedan darse, para que luego el competente pueda actuar en consonancia con dichos preceptos. Si así no ocurre, es posible que cuando se ordene una obra, donde normalmente debiera existir una contribución de valorización, se pueda eximir de dicho pago a los beneficiados, debido a ciertas circunstancias particulares que se presenten con desconocimiento del principio de la igualdad.

De esta manera, no es posible concebir que cada vez que se ordene una obra pública, ya sea por el Legislador o algunas otras autoridades facultadas por nuestro ordenamiento, en cada una de esas oportunidades se deba resolver expresamente si dan lugar o no a la CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, pues, como se dijo, deben existir una serie de principios generales que se apliquen de manera más o menos objetiva para resolver ese aspecto.

Bogotá, Febrero ocho (8) de dos mil dos (2002)

TARSICIO CACERES TORO  
MAGISTRADO