



**PROCURADURÍA 88 JUDICIAL I ADMINISTRATIVA
DELEGADA ANTE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Señores

**JUZGADO 40 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN CUARTA
E. S. D.**

REF: MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD

EXPEDIENTE : 11001 33 37 040 2016 00265 00

DEMANDANTES : FERNANDO ALBERTO REY CRUZ Y OTROS

DEMANDADO : ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

ASUNTO : **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

CARLOS ANDRÉS ZAMBRANO SANJUÁN, actuando en calidad de Agente del Ministerio Público dentro del proceso de la referencia, en mi condición de **Procurador 88 Judicial I para Asuntos Administrativos de la Ciudad de Bogotá D.C.** asignado a este Despacho, de manera respetuosa me permito acudir a Ustedes, por medio del presente escrito, estando dentro del término legal conferido para el efecto, y en ejercicio de las facultades constitucionales y legales conferidas a esta Delegada, en particular las establecidas en el numeral 7º del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, y en los artículos 23, 37, 41 y 44 del Decreto-Ley 262 del 2000, a fin de **presentar concepto** dentro de la controversia objeto del proceso indicado, de la manera como concretamente se expone a continuación.

I. ANTECEDENTES

El decurso de la presente acción o ejercicio del medio de control de simple nulidad que centra la atención del Despacho registra, de manera sucinta, los siguientes antecedentes:

1. El 16 de noviembre de 2016, los ciudadanos FERNANDO ALBERTO REY CRUZ, MARIO FIDEL RODRÍGUEZ NARVÁEZ y MARÍA FERNANDA GÓMEZ CASTILLA, actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control establecido en el artículo 137 de la Ley

1437 de 2011 (CPACA), presentaron demanda de simple nulidad en contra del Concejo Distrital y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., a fin de que se declare la nulidad del artículo 73 del Acuerdo 654 de 2016, disposición que establece el pago voluntario por libre circulación para la exoneración de la restricción de movilización (pico y placa) de los vehículos particulares en el Distrito Capital.

2. Según se establece en el escrito accionatorio, se endilga a la disposición señalada estar viciada de nulidad por *(i)* infringir las normas en que debía fundarse; por expedirse sin competencia *(ii)* y de manera irregular *(iii)*; con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa *(iv)*; y con falsa motivación *(v)* y desviación de poder *(vi)*. Lo anterior, según alegan los demandantes, toda vez que dicha disposición normativa vulneró los principios de legalidad en materia tributaria *(a)*; el derecho constitucional de igualdad material *(b)*; además de establecer una suerte de doble tributación por un mismo hecho generador -lo que está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico- y adicionalmente, la creación de dicho “tributo” -en palabras de los demandantes- fue irregular, toda vez que no se establecieron debidamente y con certeza y precisión todos sus elementos constitutivos *(c)*.
3. La presente demanda correspondió por reparto al Juzgado 40 Administrativo de Bogotá D.C., quien mediante auto adiado el 10 de febrero de 2017 la admitió, ordenando su notificación y el correspondiente traslado para su contestación; e igualmente, donde se dio trámite a la solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada.
4. La entidad demandada allegó escrito de oposición a la medida cautelar de suspensión provisional el 21 de febrero de 2017, y el Juzgado, mediante auto del 7 de marzo siguiente, resolvió la solicitud de suspensión de manera desfavorable, negando su decreto.
5. Posteriormente, en escrito radicado el 18 de mayo de 2017, la entidad demandada dio contestación de la demanda. Una vez ingresado al despacho, el Juzgado profirió auto el 21 de junio siguiente, donde se señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (audiencia inicial), a surtirse el 12 de julio de 2017, a las 4:30 p.m.
6. En el día y hora señalados en el auto referido en el punto anterior se surtió y desarrolló la audiencia inicial, y en virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, así como en aplicación de los principios de economía, eficiencia y celeridad procesales, y atendiendo al hecho de que la controversia ventilada en este asunto es de puro derecho, que no requiere mayor recaudo probatorio adicional a las pruebas que las partes aportaron en sus respectivas oportunidades (con la demanda y su contestación, además de los antecedentes del acto demandado), la Señora Juez resolvió prescindir de la audiencia de pruebas, consagrada en el artículo 181 *ejúsdem*, y en consecuencia, ordenó la presentación de los respectivos alegatos de conclusión en la forma y términos establecidos en el inciso final del citado artículo 181 del CPACA, e igualmente, dentro del mismo

término, para que esta Agencia del Ministerio Público rinda su concepto, lo que, en efecto, se hace por este medio.

Una vez realizado de manera muy sucinta el recuento del curso procesal adelantado hasta el momento, procederemos a desarrollar la parte conceptual de fondo, en aras de llegar al concepto en sentido estricto, que es el fin esencial del presente escrito.

II. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Concita la atención del Despacho, y en consecuencia, del suscrito Agente del Ministerio Público, la presente demanda de simple nulidad cuyo trámite procesal ya se encuentra satisfecho, por lo que, en este momento, ha de emitirse un concepto frente al mismo -el que se hace por este medio-, y que en aras de realizarse tal labor de manera esquemática y ordenada, se dividirá en dos partes, a saber: por un lado *(i)*, determinar si el pago voluntario por libre circulación que establece el artículo 73 del Acuerdo 645 de 2016 -por el cual se adoptó el Plan de Desarrollo del Distrito capital 2016-2020- constituye o no un tributo o contribución -en sentido lato de la palabra-, es decir, una carga fiscal sustentada en la potestad tributaria del Estado; para lo cual habremos de abordar, de modo muy conciso *(a.)* el concepto de tributo, sus características y elementos, así como sus tipologías -impuestos, tasas y contribuciones especiales-, y acto seguido *(b.)* procederemos a verificar si las condiciones y características del aludido “pago voluntario por libre circulación” permiten ubicarlo dentro de alguno de los tipos de tributos o, si por el contrario, se trata de otra figura diferente no configurativa de carga fiscal o tributaria, en cuyo caso estableceremos de cuál se trata. De otra parte *(ii)*, y una vez esté definido lo anterior, se evaluará si el acto demandado adolece de alguno de los vicios de nulidad alegados por los demandantes, para lo cual se habrá de analizar, a su turno, las razones que aducen los demandantes para endilgar la nulidad de dicho acto *(a.)*, así como las causales genéricas por ellos indicadas, debidamente confrontadas con la situación concreta y particular de este asunto, en aras de determinar si concurre alguna *(b.)*.

Así las cosas, y sin mayor prolegómeno, demos inicio a la base conceptual, tal y como se acaba de enmarcar.

i. La naturaleza jurídica del “Pago Voluntario por Libre Circulación” contenido en el artículo 73 del Acuerdo 645 de 2016

Como acabamos de señalar, para poder determinar la naturaleza jurídica del referido “Pago Voluntario por Libre Circulación”, hemos primero de abordar el concepto de tributo o carga fiscal, y con base en ello verificar si aquél puede ser considerado como una especie de éste.

a. Concepto de Tributo: elementos, características y tipología

El tributo, también denominado contribución -en sentido lato o general- o carga u obligación fiscal, es, según la definición que trae el Diccionario de la Lengua Española, en su acepción cuarta, una “*obligación dineraria*

establecida por la ley, cuyo importe se destina al sostenimiento de las cargas públicas”.

De manera más técnica, se ha definido por parte de la doctrina como aquellos ingresos de derecho público que consisten en prestaciones pecuniarias obligatorias, impuestas unilateralmente por el Estado, exigidas por una administración pública como consecuencia de la realización del hecho imponible al que la ley vincule en el deber de contribuir. Su fin primordial es el de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento del gasto público, sin perjuicio de su posibilidad de vinculación a otros fines. Es, por tanto, una modalidad de ingreso público o prestación patrimonial de carácter público, exigida a los particulares.

La Corte Constitucional, en sentencia C-927 de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, lo definió del siguiente modo:

“4. En términos generales, los tributos han sido reconocidos como aquellas prestaciones que se establecen por el Estado en virtud de la ley, en ejercicio de su poder de imperio, destinados a contribuir con el financiamiento de sus gastos e inversiones en desarrollo de los conceptos de justicia, solidaridad y equidad (C.P. arts. 95-9, 150-12, 338, 345 y 363)”

Así pues, desde la propia Constitución Política se encuentra el fundamento para la existencia, necesidad y obligatoriedad de soportar tales cargas fiscales, igualmente dentro de los límites y parámetros que la propia Constitución y las leyes señalen al respecto.

Ahora bien, dentro de nuestra legislación tributaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia han evidenciado la existencia de tres tipos o clases de tributos, a saber: los impuestos, las contribuciones especiales y las tasas¹. Los tres conceptos tienen elementos diferenciadores, pero igualmente comparten elementos comunes, estos son, los que identifican a toda obligación de carácter tributaria, cuales son (los elementos del tributo):

- 1. Los sujetos de la obligación.** El **activo**, que es quien cuenta con la facultad de establecer la obligación tributaria, exigir el pago a los contribuyentes y además es quien tiene la titularidad para administrar los recursos recaudados; y el **pasivo**, que son todas aquellas personas naturales o jurídicas obligadas al pago de tributos a favor del sujeto activo.
- 2. El hecho generador**, que es la conducta o situación que, de acuerdo a lo establecido por la Ley, da nacimiento a la obligación de pagar un tributo determinado a cargo del sujeto pasivo y a favor del sujeto activo.
- 3. La base gravable**, que es el valor sobre el cual se aplica la tarifa del impuesto, para determinarlo o cuantificarlo.

¹ Cfr., Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-545 y C-546 de 1994, C-711 de 2001, C-776 de 2003 y C-927 de 2006.

4. **La tarifa**, que es el porcentaje establecido en la ley que, aplicado a la base gravable, determina la cuantía del tributo.

Igualmente, para que pueda predicarse la legalidad y constitucionalidad de un tributo, se debe tener en cuenta que debe respetar y garantizar sus principios básicos, que según se tiene decantado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, **derivan directamente del principio de legalidad**, que es fundamental en asuntos tributarios, así²:

1. **Principio de Representación**, según el cual, para la validez del tributo es necesario que éste sea fijado por el órgano de representación popular competente (en nuestro ordenamiento, a nivel nacional, el Congreso de la República, y a nivel territorial, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales); es decir, comprende dos aspectos: por un lado, la competencia en la promulgación, fijación y desarrollo de los tributos (reserva legal en su promulgación), y de otra parte, es expresión del principio rector y fundante del derecho tributario moderno, cual es, el que debe haber participación de la ciudadanía en su establecimiento, a través del principio de representación (el “*no taxation without representation*” de la Carta Magna Inglesa de 1215)
2. **Principio de Predeterminación**, según el cual, como subprincipio que también es del de legalidad, para la validez de un tributo, o mejor, para que la administración pueda válidamente exigir el pago de un tributo al ciudadano, debe existir una norma que, de manera previa, lo disponga, lo contemple (“*nullum tributum sine lege praevia*”).

² Respecto de los principios del tributo, véase las sentencias de la Corte Constitucional C-927 de 2006, C-891 de 2012 y C-602 de 2015. En la primera de ellas afirmó la Corte:

“En anteriores oportunidades, esta Corporación ha precisado el alcance del principio de legalidad tributaria, y ha señalado que éste comprende al menos tres aspectos. De un lado, este principio incorpora lo que la doctrina ha denominado el principio de representación popular en materia tributaria, según el cual no puede haber impuesto sin representación de los eventuales afectados. Por ello la Constitución autoriza únicamente a las corporaciones de representación pluralista -como el Congreso, las asambleas y los concejos- a imponer las contribuciones fiscales y parafiscales (CP art. 338). De otro lado, la Carta consagra el principio de la predeterminación de los tributos, ya que fija los elementos mínimos que debe contener el acto jurídico que impone la contribución para poder ser válido, puesto que ordena que tal acto debe señalar los sujetos activo y pasivo de la obligación tributaria, así como los hechos, las bases gravables y las tarifas (CP art. 338). Y, finalmente, la Constitución autoriza a las entidades territoriales a establecer tributos y contribuciones, pero de conformidad con la Constitución y la ley. Esto muestra entonces que las entidades territoriales, dentro de su autonomía, pueden establecer contribuciones pero siempre y cuando respeten los marcos establecidos por la ley, puesto que Colombia es un país unitario, y por ende los departamentos y municipios no gozan de soberanía fiscal (CP arts 287 y 338)”.

Y en la sentencia C-891 de 2012, respecto del principio de legalidad en materia tributaria, sostuvo la Alta Corporación:

“a) es expresión del principio de representación popular y del principio democrático, derivado de los postulados del Estado liberal; b) materializa el principio de predeterminación del tributo, según el cual una *lex previa y certa* debe señalar los elementos de la obligación fiscal; c) brinda seguridad a los ciudadanos respecto a sus obligaciones fiscales; d) responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente, inspirada en el principio de unidad económica, especialmente cuando existen competencias concurrentes donde confluye la voluntad del Congreso, de las asambleas o de los concejos; e) no se predica solamente de los impuestos, sino que es exigible respecto de cualquier tributo o contribución (sentido amplio), aunque de la naturaleza del gravamen depende el rigor con el que la ley debe señalar sus componentes; f) no sólo el legislador sino también las asambleas y los concejos están facultados para fijar los elementos constitutivos del tributo; g) la ley, las ordenanzas y los acuerdos, sin resignar sus atribuciones constitucionales, pueden autorizar a las autoridades de los distintos niveles territoriales, dentro de los límites establecidos, para fijar las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes; empero, 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”

3. Principio de Certeza, según el cual se establece que para la validez del tributo, además de que debe existir una ley previa que lo autorice o lo fije (principio de predeterminación) y que dicha ley debe ser expedida por el órgano de representación competente (principio de representación), esa ley o norma que crea el tributo debe ser absolutamente clara y precisa, indicando con certeza, exactitud y nitidez, todos los elementos del tributo. Sobre este principio hay que hacer la claridad que, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, es aceptado que la ley previa que determina un tributo no requiere agotar el desarrollo en toda su extensión de los elementos del tributo, pero eso sí, debe fijar unos parámetros y límites sobre los cuales el órgano de representación territorial, o incluso el ejecutivo si está autorizado para el efecto, debe moverse y respetar en el desarrollo de dichos elementos que la ley no haya determinado con precisión³.

Finalmente, para agotar la parte teórica del tema objeto de estudio, resta por ver la tipología de los tributos en nuestro ordenamiento jurídico. Así pues, es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia la existencia de tres tipos o clases de tributos⁴, a saber:

1. Los Impuestos. Son definidos básicamente como aquella obligación impuesta por el Estado y a cargo del contribuyente, de hacer un pago pero sin que exista una retribución particular por parte del Estado por dicho pago. Las condiciones básicas o características del impuesto son: (a) Tienen una vocación general, lo cual significa que se cobran sin distinción a todo ciudadano que realice el hecho generador; (b) No guardan una relación directa e inmediata con un beneficio específico derivado para el contribuyente; (c) En cuanto ingresan a las arcas generales del Estado conforme al principio de unidad de caja, éste puede disponer de dichos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos nacionales; (d) Su pago no es opcional ni discrecional, lo que se traduce en la posibilidad de forzar su

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-602 de 2015, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio; en donde esta Corporación sostuvo:

“En resumen, dicha decisión concluyó que: (i) son los órganos de elección popular quienes directamente deben señalar los sujetos activo y pasivo, el hecho y la base gravable y la tarifa de las obligaciones tributarias; (ii) al establecer los elementos del tributo, es necesario que la ley, las ordenanzas o los acuerdos determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de los elementos esenciales del mismo; (iii) solo cuando la falta de claridad sea insuperable se origina la inconstitucionalidad de la norma que determina los elementos de la obligación tributaria; (iv) el requisito de precisión y claridad de las normas que señalan los elementos de la obligación tributaria no se opone a su carácter general; (v) no se violan los principios de legalidad y certeza del tributo cuando uno de los elementos del mismo no está determinado expresamente en la norma, pero es determinable a partir de ella (...) Para la Corte el principio de legalidad del tributo no implica que el legislador deba agotar la regulación de todos sus elementos hasta el menor detalle. La ley no tiene que desarrollar integralmente la materia, puesto que *‘puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos’*. Por tanto, solamente estaría sujeta al rigorismo propio del principio de legalidad la determinación política de los elementos del tributo, *‘al paso que las variables económicas que inciden sobre los mismos, son susceptibles de un tratamiento menos restringido’*.”

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-927 de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, en donde se señaló:

“En términos generales, los tributos han sido reconocidos como aquellas prestaciones que se establecen por el Estado en virtud de la ley, en ejercicio de su poder de imperio, destinados a contribuir con el financiamiento de sus gastos e inversiones en desarrollo de los conceptos de justicia, solidaridad y equidad (C.P. arts. 95-9, 150-12, 338, 345 y 363). En el caso colombiano, esta Corporación ha señalado que es posible identificar la existencia de por lo menos tres (3) clases de tributos en el actual sistema fiscal, a saber: Los impuestos, las tasas y las contribuciones. Éstos aun cuando son fruto del desenvolvimiento de la potestad impositiva del Estado tienen características propias que los diferencian”.

cumplimiento a través de la jurisdicción coactiva; y (e) La capacidad económica del contribuyente es un principio de justicia y equidad que debe reflejarse implícitamente en la ley que lo crea, sin que por ello pierda su vocación de carácter general⁵.

2. Las Contribuciones. También llamadas “contribuciones especiales”, para diferenciar el concepto de Contribución como género de los tributos. Se le entiende como un pago a cargo de ciertos contribuyentes por una inversión que beneficia a un grupo de personas, por ejemplo, como sucede con la valorización. Las contribuciones tienen las siguientes características: (a) Surge de la realización actual o potencial de obras públicas o actividades estatales de interés colectivo, en donde necesariamente debe existir un beneficio para un individuo o grupo de individuos; (b) Se trata de una prestación que reconoce una inversión estatal, por lo que su producto está destinado a su financiación; (c) La prestación que surge a cargo del contribuyente es proporcional al beneficio obtenido; (d) El obligado tributario no tiene la opción de negarse a la inversión, por el contrario, se encuentra comprometido con su pago a raíz del provecho que le reporta; y (e) La contribución, por regla general, es progresiva, pues se liquida de acuerdo con el rédito obtenido⁶.

3. Las Tasas. Son aquellos ingresos tributarios que se establecen en la ley o con fundamento en ella (origen *ex lege*), a través de los cuales el ciudadano contribuye a la recuperación total o parcial de los costos en que incurre el Estado, para asegurar la prestación de una actividad pública, la continuidad en un servicio de interés general o la utilización de bienes de dominio público. Por su propia naturaleza esta erogación económica se impone unilateralmente por el Estado a manera de retribución equitativa de un gasto público, que no obstante ser indispensable para el contribuyente, tan sólo se origina a partir de su solicitud. Sus características son: (a) La prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; (b) La misma nace como recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o servicio público; (c) La retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido; (d) Los valores que se establezcan como obligación tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; (e) Aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan sólo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente, por lo que las tasas indefectiblemente se tornan forzosas a partir de una actuación directa y referida de manera inmediata al obligado; (f) El pago, por regla general, es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos, como por ejemplo, con las tarifas diferenciales⁷.

⁵ Cfr. Sentencia C-927 de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; punto 5 de la parte considerativa.

⁶ Cfr. Ibídem, punto 6 de la parte considerativa.

⁷ Cfr. Ibídem, punto 7 de la parte considerativa.

b. La clasificación del “Pago Voluntario por Libre Circulación” dentro del ordenamiento jurídico colombiano

Ahora bien, una vez evacuada la parte teórica respecto de lo que son los tributos, sus características, elementos, principios y tipologías, debidamente explicadas una a una, veamos la disposición demandada y la obligación allí contenida, para poder, en primer lugar, extraer sus características y, con base en ello, poder catalogarla, con lo cual habremos de realizar el análisis y la conclusión respectiva.

La disposición demandada señala:

“Artículo 73. Pago voluntario por libre circulación

“A partir de la entrada en vigencia del presente Acuerdo, autorícese un pago anual, anticipado y voluntario, a los propietarios de vehículos matriculados en Bogotá D.C. para habilitar la circulación del vehículo durante la restricción a la circulación de vehículos (pico y placa) en el Distrito Capital de Bogotá. El pago tendrá como finalidad incentivar, fortalecer y mantener el transporte público en el Distrito Capital de Bogotá y mantener la malla vial de la ciudad. El Gobierno Distrital establecerá el monto, las condiciones de pago, y el esquema de supervisión.

“Parágrafo 1. Dicho valor atenderá a los criterios de disponibilidad de pago y nivel de congestión.

“Parágrafo 2. La Secretaría Distrital de Movilidad informará el valor del pago voluntario al Concejo Distrital. Además, se presentará a la Corporación anualmente un informe del impacto de la medida.”

Según la norma transcrita, que es la que establece el denominado “Pago Voluntario por Libre Circulación”, tenemos que sus características pueden ser resumidas así:

1. Se trata de un pago de **carácter voluntario**, esto es, tiene como origen la autonomía de la voluntad privada del ciudadano, o como se denomina en la doctrina, un origen *ex contractu*, no legal (*ex lege*).
2. Se establece para habilitar a los ciudadanos que lo deseen, la utilización de la infraestructura vial de la ciudad durante la restricción vehicular denominada pico y placa, es decir, se constituye en la posibilidad de obtener **una ventaja** respecto del resto de la población.
3. El cobro que por dicha habilitación o autorización se hace no tiene carácter retributivo **sino conmutativo**, esto es, no existe relación directa entre el cobro que haría la administración y el costo que para ésta implica dicha habilitación o autorización, o entre el cobro y el beneficio que puede reportar al ciudadano esta medida.
4. El dinero que se recaude con dicho cobro tiene una destinación específica, cual es, incentivar el transporte público de la ciudad, fortalecer y mantener el sistema de transporte público y generar recursos para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad.

Teniendo en cuenta las características que se acaban de anotar, podemos concluir y determinar, sin ninguna hesitación, que el denominado “Pago Voluntario por Libre Circulación” contenido en el artículo 73 del Acuerdo Distrital No. 645 de 2016, no es, pero ni por asomo, un tributo o carga fiscal, como mal lo señalan los demandantes.

En efecto, no se trata dicha medida de un tributo por lo siguiente:

En primer lugar, por cuanto no se enmarca dentro de ninguna de las clases de tributos que vimos hace un momento. Así, no queda duda que el pago allí establecido no es un impuesto, entre otras razones, por cuanto no tiene carácter obligatorio, sino que es voluntario, optativo, lo que de entrada descarta que pueda configurar esta figura; tampoco es una contribución, en razón igualmente de su voluntariedad, es decir, si bien reporta un beneficio a quien desee sufragarlo, es evidente que no se trata de la financiación de una obra pública específica que reporte utilidad de manera exclusiva a un grupo determinado de ciudadanos, con lo cual éstos estarían en la obligación de asumir dicho pago; y finalmente, tampoco se trata de una tasa, en razón, fundamentalmente, por el carácter conmutativo, no retributivo, del cobro, situación que es absolutamente diferenciadora entre ambas figuras, además del origen de ambas: el pago que consagra la norma demandada tiene un origen en la autonomía de la voluntad privada *-ex contractu-*, en tanto en la tasa el origen es de carácter legal, impositivo *-ex lege-*.

Y en segundo lugar, no se trata de un tributo en razón a que no se estructura en esta figura *-el pago voluntario por libre circulación-* todos los elementos del tributo, de manera precisa y concluyente, particularmente, la base gravable y la tarifa, que, en efecto, no tendrían lugar en este tipo de cobro, pues lo que se establecería por parte de la administración *-que es a quien la norma misma faculta para ello-* sería el valor o monto de dicho pago *-y que sería igual para todos los ciudadanos que deseen acogerse al mismo, independientemente de sus capacidades económicas, ingresos o estratificación socioeconómica-*, pero dicha determinación del monto no estaría sujeta a un porcentaje respecto de un valor determinado o determinable, o un referente (que sería una “base gravable”), y que, de hecho, haría que el *quantum* no pudiese ser exactamente igual para todos los ciudadanos, lo que precisamente no ocurre con este pago voluntario por libre circulación.

Siendo del anterior modo las cosas, debemos entonces determinar qué tipo de figura es el contemplado en la disposición normativa demandada. Dentro de la teoría de la Hacienda Pública existe un concepto, una clase de contraprestación, en la cual encaja perfectamente, por sus características ya vistas, este pago referido, y es el denominado **Precio Público**. El precio público ha sido definido como aquel ingreso del Estado, de carácter no tributario, que surge como erogación pecuniaria de contrapartida directa, personal y conmutativa a cargo de los beneficiarios, cuya causa jurídica es la autorización para acceder al uso temporal de bienes y servicios de propiedad estatal⁸, entendiendo *-claramente-* para este asunto, dentro de la expresión “bienes”, la infraestructura vial del Distrito.

⁸ Cfr. Sentencia C-927 de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; página 24.

En otros términos, se trata de una verdadera “*contraprestación*” por el otorgamiento de una autorización, permiso o concesión para la utilización -ya sea con fines lucrativos o no- de algún bien o servicio de propiedad del Estado.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-927 de 2006, en un asunto que, *mutatis mutandis*, guarda analogía o similitud con el que nos ocupa en este proceso⁹, y en punto a la diferenciación entre *tasa* y *precios públicos*, señaló con claridad lo siguiente:

“...mientras que el contribuyente en el caso de las tasas a partir de su solicitud, se compromete de manera coercitiva con el pago de una suma de dinero en la recuperación del costo que le implica al Estado la prestación de una actividad, bien o servicio de interés público o general; el beneficiario en el caso de los precios públicos asume el compromiso de pagar una remuneración como contraprestación conmutativa por un bien o servicio que se demanda siempre de forma voluntaria, en aras de obtener una ventaja o utilidad económica frente al resto de la población como beneficio derivado de la cancelación de dicha erogación pecuniaria.

“Con anterioridad, la jurisprudencia de esta Corporación como la del Consejo de Estado le ha negado el carácter de tributario a los derechos, tasas o tarifas que se reconocen en el ordenamiento jurídico a título de contraprestación por el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos para la explotación del espectro electromagnético

“(...)”

“Aun cuando la tasa y el precio público comparten el mismo supuesto de hecho, cual es que el Estado cobra un precio por un bien o servicio ofrecido; en el caso de la tasa la obligación que se impone surge como ‘*recuperación de los costos*’ que le representan al Estado, directa o indirectamente, garantizar el acceso permanente a una actividad, bien o servicio de interés público, tal y como lo reconoce expresamente el artículo 338 Superior; mientras que, en el caso del precio público la contraprestación que se causa no se origina a título de costo, sino como *remuneración* obvia por la utilización exclusiva de un bien de dominio público, como lo es, en este caso, el espectro electromagnético.

“La tasa como recuperación de los costos del servicio, excluye el reconocimiento de una utilidad económica a favor del Estado, por lo que se entiende que el precio pagado por el contribuyente guarda relación directa con los costos en que incurre el Estado y con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido. Por el contrario, el precio público constituye un derecho de contenido económico cuyo titular es la Administración Pública, como contraprestación de la habilitación que ésta realiza para permitirle a un particular el uso y la explotación de un bien de propiedad del Estado. Así las cosas, mientras que la tasa es equivalente al costo, el precio público es sinónimo de rentabilidad.

“(...)”

⁹ Si bien es cierto el caso objeto de la sentencia citada hace alusión a las tarifas que se cobraban por la utilización del espectro electromagnético, una vez el interesado obtenía el permiso o licencia para ello, el fondo del asunto sí resulta pertinente y aplicable al que nos atañe, pues se trata, en esencia, de la misma situación: determinar la naturaleza de una contraprestación de carácter conmutativa, por la utilización de un bien de propiedad del Estado, para obtener un provecho respecto de los demás ciudadanos, con lo cual la labor de diferenciación de este tipo de contraprestaciones es muy relevante, en punto de excluir la posibilidad de catalogar tal cobro como un tributo, con los efectos que de ello se deriva.

“La cuantía de la tasa como modalidad tributaria no debe sobrepasar la capacidad contributiva del contribuyente (C.P. arts. 95 y 363); a diferencia del precio público en el que se somete su señalamiento al principio de libertad. Así se reconoce, en el caso de las telecomunicaciones, entre otros, en los artículos 32 y 33 de la Ley 80 de 1993, previamente citados.

“De manera que, contrario a lo expuesto por la accionante, es innegable que la normatividad demandada no se refiere a obligaciones tributarias sino contractuales, lo que significa que bajo ninguna circunstancia el legislador desconoció el principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 338 Superior.”

Así las cosas, se reitera, resulta evidente la naturaleza jurídica del denominado “pago voluntario por libre circulación”, en cuanto se trata de un **precio público**, toda vez que, según se vio líneas atrás, goza de todos los elementos y características de éste: voluntariedad; pago de carácter conmutativo no retributivo, y por ende, que no tiene como función recuperar los costos que puede tener para el Estado ofrecer dicho bien o servicio; pago que se realiza por parte del interesado para obtener una ventaja o provecho respecto de los demás ciudadano; y cuya cuantía o monto es determinado libremente por el Estado sin atender a la capacidad contributiva del contribuyente, de ahí su carácter restringido.

Teniendo claro todo lo que se ha expuesto y analizado hasta el momento, es hora entonces de determinar si, en el caso que nos ocupa, el acto o la disposición demandada incurrió en alguna de las causales de nulidad alegadas por los demandantes, lo que procederemos a realizar de inmediato.

ii. Sobre la eventual nulidad de la disposición normativa demandada

a. Los argumentos de la demanda

Como se estableció al inicio del presente escrito, la demanda está encaminada o pretende que se declare la nulidad del acto demandado, por considerar que está viciado de nulidad por (i) infringir las normas en que debía fundarse; por expedirse sin competencia (ii) y de manera irregular (iii); con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa (iv); y con falsa motivación (v) y desviación de poder (vi); todo lo anterior en razón a que, según alegan los demandantes, se vulneró con su expedición vulneró los principios de legalidad en materia tributaria (a); el derecho constitucional de igualdad material (b); además de establecer una suerte de doble tributación por un mismo hecho generador -lo que está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico- y adicionalmente, la creación de dicho “tributo” -en palabras de los demandantes- fue irregular, toda vez que no se establecieron debidamente y con certeza y precisión todos sus elementos constitutivos (c).

Teniendo en cuenta lo anterior, procederemos a analizar, muy concretamente, cada uno de esos argumentos, para verificar si, en efecto, concurren en este asunto y, por ello, debe declararse la nulidad del acto demandado.

De entrada, y con base en la conclusión a la que llegamos en el acápite anterior, hemos de señalar que ninguno de los tres argumentos en los que los demandantes basan su demanda, tienen cabida o asidero en el presente asunto. Veamos:

Atendiendo a la naturaleza jurídica del denominado “pago voluntario por libre circulación”, este es, como precio público, no como tributo, por simple sustracción de materia se caen los argumentos esbozados en los puntos a) y c), toda vez que, precisamente por no tratarse de un tributo, pues su expedición o consagración no podría jamás vulnerar principios tributarios como el de legalidad, el de doble tributación y el de certeza y claridad en la consagración de todos los elementos del tributo. Dicho en otros términos: el acto demandado, y de manera particular la figura establecida en el artículo 73 del Acuerdo 645 de 2016, no vulneró ninguno de esos principios tributarios, por la sencilla razón de que no se trata de un tributo, sino de una contraprestación pública de otra naturaleza.

Adicionalmente, no resulta cierta la fundamentación contenida en el punto b) (violación al derecho constitucional a la igualdad material), habida consideración que, como lo acabamos de desarrollar, al ser el pago establecido en la disposición demandada un “precio público”, es de su esencia y naturaleza que permita y genere esa “discriminación” de la que se duelen los demandantes, en el sentido de que ésa es la razón de ser del precio público: permitir a quienes estén interesados, la obtención de un provecho o ventaja respecto de los demás, para lo cual, al momento de establecer su valor, no se puede ni debe tener en cuenta la capacidad contributiva de dichos interesados. Y tampoco se trata de una medida discriminatoria que atente contra el derecho al trabajo o la movilidad de los habitantes del Distrito, como de manera equivocada sostienen los demandantes, toda vez que, contrario a lo que se dice en la demanda, este pago voluntario por libre circulación no limita la utilización del vehículo particular en la ciudad, sino que, todo lo contrario, permite precisamente estar exonerado de la medida restrictiva que ya existe, para poder utilizar el vehículo de manera permanente.

Dicho en otros términos: con la consagración de la figura demandada la administración no ha generado una restricción o limitante de derecho alguno, sino que por el contrario, permite que una restricción ya existente (pico y placa), deje de ser aplicada a quienes deseen, voluntariamente, acceder a tal ventaja, a cambio del pago que se determine para el efecto, por la utilización de la infraestructura vial de la ciudad durante las horas en que aplica la restricción ya existente. Como se observa, la norma demandada no introduce limitación alguna como tampoco genera violación al derecho a la igualdad.

Teniendo en cuenta lo anterior, y comoquiera que dichas argumentaciones son las que sirvieron de base para estructurar la gran mayoría de las causales de nulidad invocadas en la demanda, éstas igualmente siguen idéntica suerte: resulta entonces evidente que con la expedición del acto demandado, y de manera concreta, con la creación y consagración de la figura demandada (pago voluntario por libre circulación), la administración no infringió las normas en que debía fundarse (*i*), respecto del principio de

legalidad que alegan los demandantes se desconoció; no se hizo sin competencia (ii) ni de manera irregular (iii) o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa (iv).

No obstante lo anterior, para esta Agencia del Ministerio Público mención aparte merecen las causales invocadas por los demandantes en los numerales (v) y (vi) del concepto de la violación, estos son, la falsa motivación -el primero de ellos- y la desviación de poder -el segundo-; en razón a que, revisado no solamente el texto actual de la norma demandada, sino también, y bien importante, los antecedentes de ella, se evidencia que, en efecto, no siguen la misma línea argumentativa que se ha desarrollado hasta el momento, y por ende, su viabilidad no depende en absoluto de lo que hemos concluido hasta el momento.

b. La falsa motivación y la desviación de poder del acto demandado

Respecto de estas dos causales de nulidad invocadas por los demandantes dentro de su escrito accionatorio, tenemos lo siguiente:

La norma en cuestión, en principio, consagra ella misma su motivación, su finalidad, la que encontramos recogida en la segunda parte de su inciso primero que señala:

“(...) El pago tendrá como finalidad incentivar, fortalecer y mantener el transporte público en el Distrito Capital de Bogotá y mantener la malla vial de la ciudad (...)”

Teniendo en cuenta lo establecido en la propia disposición, en su aparte señalado y transcrito, podemos, inicialmente, extraer dos razones o finalidades de la figura cuestionada:

Por un lado, incentivar la utilización del transporte público en la Capital, es decir, se trata de una medida que pretende implícitamente desincentivar la utilización de medios de transporte particulares, específicamente el vehículo particular, para que, como consecuencia de ello, las personas utilicen más el transporte público que oferta la ciudad.

De otra parte, dicha figura busca generar recursos para atender dos necesidades públicas: una, el mantenimiento del sistema de transporte público de la Capital, y otra, el mantenimiento y rehabilitación de la malla vial de la ciudad.

Con base en estas dos motivaciones, se observa de entrada una doble situación: si bien es cierto la segunda es válida y permitida, y por ende, resulta legal y ajustada a derecho, con lo cual se descarta una posible desviación de poder; la primera sí arroja muchas dudas y genera una inquietud considerable, atendiendo a que no es lógica ni coherente, y por ende, podemos estar frente a una auténtica “falsa motivación”.

En efecto, el que la norma disponga como razón y finalidad de la figura demandada el “*incentivar... el transporte público en el Distrito Capital de Bogotá...*”, con una medida que, precisamente, lo que genera o permite es

una mayor utilización del medio de transporte particular, lo cual es totalmente opuesto y contrario a la finalidad señalada, pues resulta claramente ilógico e incoherente.

Y esta afirmación cobra una mayor fuerza y relevancia si revisamos los antecedentes de la norma en cuestión. Así, de la exposición de motivos que antecedió la aprobación de la norma¹⁰, encontramos que de manera reiterada, la administración pretendía desincentivar la utilización de los medios de transporte privados, esencialmente de los vehículos automotores particulares, pues, se señala en este documento, la utilización del vehículo ha aumentado en los últimos años, y ello ha generado varias dificultades y problemáticas a la ciudad: mayor congestión de las vías, lo que afecta la movilidad de particulares y sobre todo de los vehículos del sistema de transporte público, entre ellos los articulados de Transmilenio (señala que se producen congestiones en cruces y vías compartidas por el uso excesivo de los vehículos); y una mayor accidentalidad, pues en un porcentaje mayoritario éstos son causados por vehículos particulares¹¹.

En consonancia con esa clara motivación expuesta desde el inicio, en la exposición de motivos del Plan de Desarrollo, se presentó ante el Concejo Distrital un proyecto de norma que disponía, en su aparte pertinente, es decir, frente a la motivación y fin de la medida, lo siguiente:

“El pago tendrá como finalidad incentivar y fortalecer el transporte público en el Distrito Capital de Bogotá.”

Como se observa diáfamanamente, desde un inicio la única finalidad perseguida era incentivar el uso del sistema de transporte público de la Capital, para fortalecerlo; con lo cual, haciendo la interpretación lógica, implica necesariamente que la intención original era desincentivar la utilización de los medios de transporte particulares. Es que resulta elemental que no se puede perseguir uno sin el otro, es decir, para incentivar a las personas a tomar el transporte público, resulta necesario que no utilicen o no deseen utilizar su transporte particular, *a contrario sensu*, si no se desincentiva la utilización del vehículo particular, pues entonces no habrá mayor interés o demanda del transporte público.

Siendo del anterior modo las cosas, bajo ese entendimiento lógico y natural, diríamos básico, pues salta a la vista que la medida consagrada en la disposición demandada resulta absolutamente contraria al fin que dice perseguir, es incuestionablemente incoherente e ilógica, pues ¿cómo se puede pretender desincentivar la utilización del vehículo particular con una medida que lo que permite es el efecto contrario, es decir, que los interesados que deseen acogerse a dicha figura puedan precisamente utilizar su vehículo particular durante el horario de restricción que existe en la Capital?

¹⁰ El “Proyecto de Plan de Desarrollo 2016-2020 Bogotá Mejor para Todos”, que puede consultarse y descargarse en la siguiente dirección en internet:
http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/PlanDistritalDesarrollo/Documentos/20160429_proyecto_PDD.pdf

¹¹ Cfr. páginas 178 y 179 del “Proyecto de Plan de Desarrollo 2016-2020 Bogotá Mejor para Todos”

Bajo otra línea argumentativa: si la medida demandada permite a los ciudadanos exonerarse de la restricción vehicular de pico y placa, pues resulta evidente que, lejos de desincentivar la utilización del vehículo, lo que hace es todo lo contrario: incentiva su utilización en el horario en que precisamente hay mayor congestión vehicular en la ciudad (horas pico).


Con ambas argumentaciones llegamos al mismo punto, claro y evidente: la medida tiene como efecto un incentivo para la utilización de los vehículos particulares, en detrimento de la utilización del sistema de transporte público de la Capital, lo que conlleva a que su motivación resulte incoherente, ilógica, que contradice y atenta contra la finalidad que ella misma señala, y por ende, nos encontramos frente a una falsa motivación, una motivación que resulta engañosa, que no se corresponde con la realidad, independientemente de cuáles fueren sus verdaderas razones, pues como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia iuspublicista, para efectos de sacar adelante una acusación de falsa motivación, solamente es necesario demostrar que las razones aducidas por la administración no se corresponden con la realidad, sin que se exija acreditar o probar cuáles son entonces los motivos verdaderos.

Así las cosas, esta Delegada considera que la disposición demandada adolece del vicio de falsa motivación, y por ende, solicitará al Despacho su anulación, en aras de restablecer la legalidad de la administración y la adecuación del ordenamiento jurídico, quebrantado con la expedición de dicha norma.

III. CONCEPTO EN SENTIDO ESTRICTO

Teniendo en cuenta todo lo expuesto con antelación, en concepto del Ministerio Público la demanda incoada en este asunto **está llamada a prosperar**, bajo las razones que se han expuesto *supra*, esto es, por cuanto la medida denominada “Pago Voluntario por Libre Circulación”, contenida en el artículo 73 del Acuerdo 645 de 2016¹², está viciada de nulidad por incurrir en **falsa motivación**; razón por la cual se solicita a la Señora Juez, de manera respetuosa, declarar la nulidad de la disposición normativa demandada, retirándola del ordenamiento jurídico.

Se suscribe respetuosamente,



CARLOS ANDRÉS ZAMBRANO SANJUÁN

Procurador 88 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá D.C.

¹² “Por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D.C. 2016 - 2020 ‘Bogotá Mejor Para Todos’”