

OFICIO 220-024337 DEL 04 DE FEBRERO DE 2022

ASUNTO: COMPENSACIÓN DE OBLIGACIONES DE NATURALEZA PARAFISCAL EN PROCESOS DE INSOLVENCIA.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia, por medio de la cual plantea la siguiente inquietud:

“¿Si las obligaciones de naturaleza parafiscal con destino al FEP y al FFP son susceptibles de compensación civil (como modo de extinguir obligaciones) entre la presentación del palmero al proceso de reorganización y el auto que admite al palmero al concurso, así como durante todo el proceso hasta su culminación. Lo anterior en la medida que dichos recursos no pertenecen al palmero concursado sino al gremio en general y su impago afecta tanto el mecanismo de estabilización del FEP así como los programas de desarrollo del FFP?”.

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 proferida por esta entidad, emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que la jurisprudencia constitucional vertida en la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como Juez en las instancias procesales a que haya lugar.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

En consecuencia, es necesario indicarle que esta entidad no tiene competencia para pronunciarse sobre asuntos que sean sometidos o que se estén sometiendo al litigio concursal y en esa medida deben estarse a lo dispuesto dentro del proceso de insolvencia; por ende, le corresponderá al Juez del Concurso pronunciarse al respecto.

Con el alcance indicado, se expondrán de manera ilustrativa las siguientes consideraciones:

Estableció la Corte Constitucional lo siguiente, acerca de las contribuciones parafiscales:

“Contribuciones Parafiscales. Son los pagos que deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos, mixtos o privados, para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma.

(...)

Según la Carta Política, se sostiene para los tiempos de paz la competencia exclusiva del Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales para imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Competencias que son desarrolladas por la Constitución Política en los artículos 150 numeral 12, 300 numeral 4o. y 313 numeral 4o. y que encuentran excepción expresa en el artículo 215 ibídem, que habilita al Gobierno en el estado de emergencia económica, social, ecológica o de grave calamidad pública, para establecer nuevos tributos o modificar los existentes.”¹.

Igualmente, la misma Corte Constitucional indicó:

“CONTRIBUCION PARAFISCAL- Características

Según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las contribuciones parafiscales son: 1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo de Estado; 2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico; 3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa; 4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa; 5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que forman parte del presupuesto general de

1 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-545 (1 de diciembre de 1994). M.P. Doctor FABIO MORON DIAZ. [Consultada el 20 de enero de 2022]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=28377>

la Nación; 6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, corresponde a la Contraloría General de la República; 7a. Las contribuciones parafiscales son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley"².

“(…)

CONTRIBUCION PARAFISCAL-Concepto/CONTRIBUCION PARAFISCAL-
Características

Las contribuciones parafiscales tienen las siguientes características: (i) 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; (ii) Se trata de una prestación que reconoce una inversión estatal, por lo que su producto está destinado a su financiación; (iii) La prestación que surge a cargo del contribuyente es proporcional al beneficio obtenido; (iv) 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; (v) La contribución, por regla general, es progresiva, pues se liquida de acuerdo con el rédito obtenido. Así, la jurisprudencia ha explicado que la contribución parafiscal es un instrumento para la generación de ingresos públicos que afecta a un determinado y único grupo social o económico (singularidad) y que dirige su beneficio al propio grupo gravado (especificidad).

CONTRIBUCION PARAFISCAL-Elementos materiales

Los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber: 1) obligatoriedad: toda vez que el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, y el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) Singularidad: pues tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico; y 3) Destinación Sectorial o especificidad: ya que los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores.”³

También, el Consejo de Estado determinó acerca de las contribuciones parafiscales:

“Ahora, en la sentencia C – 678 de 1998 al examinar los cargos presentados contra el artículo 2 de la Ley 89 de 1993, reiteró el carácter de contribución parafiscal de la cuota de fomento ganadero y lechero, y agregó:

2 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-152 (19 de marzo de 1997). M.P. Doctor JORGE ARANGO MEJÍA. [Consultada el 20 de enero de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-152-97.htm>

3 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-307 (29 de abril de 2009). M.P. Doctor JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. [Consultada el 20 de enero de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-307-09.htm>



“Los recursos parafiscales no afectan el fisco, no hacen parte de los ingresos presupuestales del Estado (...) La parafiscalidad es una técnica del intervencionismo económico legitimada constitucionalmente, -destinada a recaudar y administrar (directa o indirectamente) y por fuera del presupuesto nacional -determinados recursos para una colectividad que presta un servicio de interés general...”⁴

Por último, y también según lo determinado por la Corte Constitucional, tenemos lo siguiente:

“4. El margen de configuración del legislador en materia tributaria

Acorde con lo dispuesto en los artículos 150 numeral 12, 154 y 338 de la Constitución, en materia tributaria el legislador goza de un amplio margen de configuración para crear, modificar y eliminar impuestos, tasas y contribuciones, así como regular todos los aspectos relacionados con su recaudo, base gravable, sujetos pasivos y activos, tiempo de vigencia, forma de cobro, exenciones y limitaciones.

Esta prerrogativa se funda en el principio democrático puesto que es el legislador en su condición de órgano representativo, deliberativo y pluralista el encargado de definir los fines de la política tributaria y los medios adecuados para alcanzarlos con el fin de lograr un orden económico y social justo. En esa orientación se pronunció la Corte desde la Sentencia C-007 de 2002:

“En primer lugar, la Corte ha partido del reconocimiento de que la potestad impositiva del Estado ha sido confiada a los órganos plurales de representación política, y en especial, al Congreso de la República. Este ejerce su potestad según la política tributaria que estime más adecuada para alcanzar los fines del Estado. Por eso, dicha potestad ha sido calificada por la Corte como "poder suficiente", ya que es "bastante amplia y discrecional". Incluso, la Corte ha dicho que es "la más amplia discrecionalidad". Aplicando estos criterios al campo de las exenciones tributarias, la Corte ha señalado:

Si el Congreso tiene autoridad suficiente para establecer impuestos, tasas y contribuciones, señalando los hechos en que se fundamenta su obligatoriedad, las bases para su cálculo, los sujetos contribuyentes, los sujetos activos y las tarifas aplicables, es natural que goce del poder suficiente para consagrar exenciones y otras modalidades de trato a los contribuyentes, por razones de política económica o para realizar la igualdad real y efectiva, a partir de la iniciativa del Gobierno (art. 154 C.P.)

(...)

4 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Radicado 11001-03-06-000-2008-00057-00(1919) (4 de septiembre de 2008). C.P. Doctor WILLIAM ZAMBRANO CETINA. [Consultado el 19 de enero de 2022]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76834>



En segundo lugar, el amplio margen de configuración del legislador en materia tributaria tiene varias implicaciones al momento de ejercer en forma razonable el poder de imposición. Así, en virtud del principio democrático, el legislador no sólo puede definir, en el marco de la Constitución, los fines de la política tributaria sino también goza de un amplio margen para escoger los medios que estime adecuados para alcanzarlos.

Es claro, además, que en una democracia pluralista, caben distintas políticas tributarias que responden a concepciones diferentes sobre la mejor manera de alcanzar un "orden económico y social justo" (Preámbulo y art. 2° de la C.P.). La competencia de escoger la opción a seguir, ante diferentes alternativas legítimas al respecto, ha sido depositada en el Congreso de la República, el órgano representativo, deliberativo y pluralista en una democracia.”

Esta postura jurisprudencial fue reiterada en la Sentencia C-615 de 2013, por la cual esta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“De conformidad con el tenor literal de estas disposiciones superiores, es claro para la Sala que los artículos 150 numeral 12 y 338 CP le confieren al Legislador una amplia potestad de regular lo concerniente a las contribuciones fiscales y parafiscales y le reconocen la facultad para exigirlos cuando la ley lo determina. En este sentido, el legislativo puede establecer, imponer o crear los tributarios en general, puede modificarlos, derogarlos, y puede igualmente determinar los mecanismos para su recaudo, así como los controles y sanciones necesarios ante el incumplimiento del deber de tributar por parte del contribuyente. Por lo tanto, es evidente el amplio espectro de configuración que constitucionalmente le asiste al Legislador en esta materia, y se observa así mismo la importancia del principio de legalidad, el cual parte del supuesto de que la obligación tributaria solo puede crearse a partir de la ley.”

(...)

En este sentido, han establecido los fallos de esta Corte, que es necesario que el Legislador precise los elementos mínimos del tributo, debido a que la falta de certeza en la definición legal de los elementos de los tributos conduce a la inexecutable, en razón a que esta falta de claridad es insuperable. Por tanto, ha recabado en que el Legislador tiene la obligación de indicar directamente los elementos mínimos del tributo, máxime si los mismos son de orden nacional. En este sentido, la potestad del Legislador en materia tributaria se extiende a la competencia para “... fijar, de manera razonable y de acuerdo con la Constitución, los elementos básicos de cada gravamen tales como los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, las tarifas y las formas de cobro y recaudo”. En este sentido, “el Congreso de la República, en relación con los impuestos nacionales, goza de un margen de maniobra para crearlos, modificarlos, eliminarlos, así como para regular todo lo referente a su



vigencia, sujetos activos y pasivos, hechos, bases gravables, tarifas, formas de cobro y recaudo”.

Sobre la amplitud en el margen de configuración del legislador en materia tributaria, recientemente en Sentencia C-551 de 2015 la Corte sostuvo:

“El margen de configuración del legislador en materia tributaria es muy amplio, conforme a lo previsto en los artículos 150.12, 154 y 338 de la Constitución. Dentro de este margen el legislador puede crear, modificar y eliminar impuestos, tasas y contribuciones nacionales, y puede regular todo lo pertinente al tiempo de su vigencia, sus sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, las tarifas y las formas de cobro y recaudo. Además, puede prever exenciones a dichos tributos.

En virtud del principio democrático el legislador, dentro del marco de la Constitución, puede definir tanto los fines de la política tributaria como elegir los medios que considere adecuados para alcanzar dichos fines. En el contexto de una democracia pluralista, como es el de la República de Colombia, son posibles diversas concepciones acerca de la manera de lograr un “orden económico y social justo”. Frente a las múltiples alternativas, el legislador, en tanto órgano representativo, deliberativo, pluralista y democrático, puede elegir la que considere mejor o más adecuada, al punto de que este tribunal ha llegado a sostener que “se presume que su decisión es constitucional y la carga de demostrar lo contrario recae sobre quien controvierta el ejercicio de su facultad impositiva”.

La amplitud en el margen de configuración del Legislador en esta específica materia hasta el momento descrita, no significa que sea absoluta, pues el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia, progresividad y proporcionalidad, razón por la cual existen límites materiales que no pueden desconocerse al momento de ejercer la potestad impositiva. Al respecto, esta Corporación en la referida Sentencia C-007 de 2002 precisó lo siguiente:

“En cuarto término, como ninguna potestad, por amplia que sea, es absoluta en una democracia constitucional, el Congreso no puede ejercer su poder impositivo de una manera incompatible con los mandatos constitucionales, lo cual excluye su ejercicio arbitrario, es decir, imposible de justificar a partir de razones acordes con la Constitución. Tampoco puede ejercerla de una forma contraria a los derechos fundamentales.”

Similares consideraciones fueron efectuadas por la Corte en la Sentencia C-397 de 2011, al explicar el alcance de los principios que orientan el sistema tributario:



“De acuerdo con el artículo 363 de la Constitución, el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad, los cuales constituyen el marco general que guía la imposición de las cargas fiscales a través de las cuales el Estado obtiene los recursos necesarios para su consecución y funcionamiento.

Es importante tener en consideración que los principios de equidad, eficiencia y progresividad son predicables del sistema tributario en su conjunto y no de un impuesto en particular. En estos términos, para la Corte tales principios “constituyen los parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario y, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular.”

De acuerdo con lo anterior, en criterio de este Despacho, solo la ley puede determinar en cada caso particular, de acuerdo con lo descrito a lo largo del presente oficio, si las determinadas “contribuciones parafiscales” puede ser susceptibles de “compensación” como forma de recaudo de las mismas y para saldar las respectivas obligaciones, esto teniendo en cuenta el interés que protegen de manera directa.

En la medida de lo anterior, la organización consultante deberá analizar la norma en materia de contribuciones parafiscales y verificar en cada caso particular, si la esta permite la operación que se pretende realizar.

Igualmente, se reitera lo determinado en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006: “ A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso. (...)”.

Por su parte, el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, establece: “Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de



facilidades de pago a que hace referencia el parágrafo del artículo 10 y el parágrafo 2o del artículo 34 de esta ley.”.

Por tanto, la entidad acreedora deberá tener en cuenta la fecha en que se causó la obligación para dar aplicación a las disposiciones mencionadas.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 y que en la Página Web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros documentos de consulta.