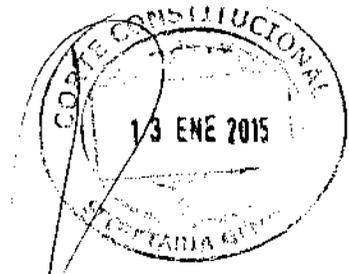


D-10622

Bogotá D.C., Enero de 2015



Honorables Magistrados
SALA PLENA
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

10:43:35

Ref: demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014 "Por medio de la cual se modifica el estatuto tributario, la ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión, y se dictan otras disposiciones".

Respetados Magistrados:

Nosotros, **CAMILO ARAQUE BLANCO** y **JUAN DAVID MESA RAMÍREZ**, ciudadanos colombianos en ejercicio, identificados como aparece al pie de cada firma, con fundamento en el derecho político que nos asiste, según lo regulado en los artículos 40 numeral 6º, 241 numeral 4º y 242 numeral 1º de la Constitución, en concordancia con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, nos dirigimos a ustedes para instaurar **demanda de inconstitucionalidad** en contra de los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014 "Por medio de la cual se modifica el estatuto tributario, la ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión, y se dictan otras disposiciones".

Para fundamentar la presente acción de inconstitucionalidad: **(I)** transcribiremos literalmente la norma demandada y subrayaremos los apartes de la misma que acusamos de inconstitucionalidad; **(II)** señalaremos las normas constitucionales que consideramos infringidas por la norma acusada; **(III)** indicaremos por qué la demanda es procedente y debe ser admitida; **(IV)** plantearemos las razones por las cuales estimamos que la norma acusada es inconstitucional; **(V)** formularemos la solicitud de fondo de la demanda; **(VI)** elevaremos una solicitud probatorio; **(VII)** haremos una petición respetuosa para solicitar se programe audiencia

pública; **(VIII)** e indicaremos el lugar en donde podemos ser notificados.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe la norma, cuyos apartes subrayados y en negrilla son los demandados:

"EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

(...)

ARTÍCULO 69°, Contribución parafiscal a combustible. Créase el "Diferencial de Participación" como contribución parafiscal, del Fondo de Estabilización de Precios de combustibles para atenuar las fluctuaciones de los precios de los combustibles, de conformidad con las leyes 1151 de 2007 y 1450 de 2011.

El Ministerio de Minas ejercerá las funciones de control, gestión, fiscalización, liquidación, determinación, discusión y cobro del Diferencial de Participación.

ARTÍCULO 70°, Elementos de la Contribución "Diferencial de Participación".

1. Hecho generador: Es el hecho generado del impuesto nacional a la gasolina y ACPM establecido en el artículo 43 de la presente ley.

El diferencial se causará cuando el precio de paridad internacional, para el día en que el refinador y/o importador de combustible realice el hecho generador, sea inferior al precio de referencia.

2. Base gravable: Resulta de multiplicar la diferencia entre el precio de referencia y el precio de paridad internacional, cuando ésta sea positiva, por el volumen de combustible reportado en el momento de venta, retiro o importación; se aplicarán las siguientes definiciones:

a) Volumen de combustible: Volumen de gasolina motor corriente nacional o importada y el ACPM nacional o importado reportado por el refinador y/o importador de combustible.

b) Precio de referencia: Ingreso al productor y es la remuneración a refinadores e importadores por galón de combustible gasolina motor corriente y/o ACPM para el mercado nacional. Este precio se fijará por el Ministerio de Minas, de acuerdo con la metodología que defina el reglamento.

3. Tarifa: Cien por ciento (100%) de la base gravable.

4. Sujeto Pasivo: Es el sujeto pasivo al que se refiere el artículo 43 de la presente ley.

5. Periodo y pago: Ministerio de Minas calculará y liquidará el Diferencial, de acuerdo con el reglamento, trimestralmente. El pago, lo harán los responsables de la contribución, a favor del tesoro nacional, dentro de los 15 días calendario siguientes a la notificación que realice el Ministerio de Minas sobre el cálculo del diferencial".

II.- NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

Los apartes subrayados y en negrilla de la norma acusada, violan lo dispuesto en los artículos 150 numerales 12 y 21, 160, 334 y 338 de la Carta Nacional, referente a la reserva de ley en

materia tributaria y el principio de consecutividad legislativo, siendo estos principios ineludibles de rango constitucional dentro del Estado adoptada por el constituyente primario como pilar fundamental, como una de las consecuencias plausibles de la existencia del llamado Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **donde prevalece el interés general** de la colectividad, y los derechos, principios, valores y fines que se entretujan de este postulado a la luz de la función pública.

III.- PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

A. Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda de inconstitucionalidad contra las normas antes transcritas, en virtud de los artículos 40 numeral 6°, 241 numeral 4° y 242 numeral 1° de la Constitución.

La competencia de la Corte Constitucional de guardar la supremacía e integridad de la Carta, debe entenderse a partir de la ruptura promovida por el Constituyente de 1991 a la tesis de la soberanía nacional (que le otorgaba poderes omnímodos al órgano legislativo), con la adopción de la soberanía popular en el artículo 3 en donde se reconoce al pueblo como titular indiscutible de la soberanía quien la ejerce "en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la constitución establece", y que, es una expresión de la democracia participativa, incluida literalmente en la séptima papeleta, soberanía popular que coexiste con el vínculo indisoluble del Estado Colombiano a los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos previsto en los artículos 93 y 214, éste último que prohíbe la suspensión de los mismos en los estados de excepción y prohíbe la suspensión de los derechos políticos como la acción pública de inconstitucionalidad (artículo 40-1); prohibición que es reforzada con la garantía de reconocimiento a "los derechos y garantías inherentes a la persona humana" contenida en los artículos 94 y 5 de la Carta; de tal suerte que la Corte Constitucional no puede ignorar la finalidad principal del constituyente de 1991 de proteger los derechos de la persona humana al incorporar como fin esencial del Estado la efectividad y garantía de los

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2), norma fundamental cuya "supremacía e integridad" debe ser garantizada en virtud del artículo 243 de la Constitución, competencia atribuida a la Corte Constitucional por el constituyente de 1991.

La Corte Constitucional es la encargada de juzgar con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas por la vía de la acción pública para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes "tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación". Es claro, sin embargo, que estas controversias hacen referencia siempre, de una u otra manera, a las limitaciones constitucionalmente establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran el Estado, y que son, en consecuencia, controversias políticas en cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituye el núcleo de la política y del derecho constitucional.

B. Ausencia de cosa juzgada constitucional

En varias ocasiones, la Corte Constitucional ha analizado la constitucionalidad de diversas disposiciones relacionadas con el tema de la reserva de ley en materia tributaria como marco axial del sistema jurídico constitucional adoptado por la Carta Fundamental, y especialmente, respecto de las contribuciones parafiscales, como la sentencia C-621 de 2013 que declaró **INEXEQUIBLE** el literal C del artículo 101° de la Ley 1450 de 2011 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014) que permitía que el Ministerio de Minas y Energía fijara una contribución parafiscal para integrar el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC producto de la diferencia del precio de referencia –que pagamos los colombianos– y que fijaba la cartera, y el precio de paridad internacional, sin que se haya analizado cargo alguno orientado a cuestionar la congruencia entre la Constitución y los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014 "Por medio de la cual se modifica el estatuto tributario, la ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión, y se dictan otras disposiciones", pese a que en estricto sentido estas normas reproducen integralmente los efectos materiales declarados inconstitucionales en la providencia de constitucionalidad citada, transgrediéndose además el artículo 243 Superior.

Por ende, es posible concluir que el fenómeno de cosa juzgada constitucional no opera respecto de la disposición acusada ni frente a los reparos de inconstitucionalidad exhibidos, por cuanto de una parte, la demanda contiene nuevos cargos de constitucionalidad que ameritan su estudio, a pesar que en buena medida su presunción de constitucionalidad se encuentra desvirtuada por la reproducción de un acto declarado inexecutable por este mismo tribunal.

C. Planteamientos de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, se reputan claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

Ahora bien, en relación a los cargos de inconstitucionalidad planteados en la presente demanda respecto de los artículos fácil es concluir que se tratan de afirmaciones jurídicas "*claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*".

Esto significa que son acusaciones comprensibles y claras, que recaen verdaderamente sobre el contenido y el fiel entendimiento de la disposición acusada y, en ese orden, son ciertas, y revelan de manera irrefutable cómo la disposición señalada vulnera la Carta, utilizando para tales efectos argumentos pertinentes, esto es, de naturaleza constitucional y no legal o doctrinaria ni referidos a situaciones puramente individuales o hipotéticas.

Por último, la argumentación que se ventilará a continuación es suficiente, en el sentido que tiene la virtualidad de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, tal como de manera reiterada lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional como órgano límite o de cierre jurisdiccional a través de sus *ratio decidendi*¹, en congruencia del principio *pro actione* conforme al cual el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte Constitucional².

¹ Corte Constitucional Sentencia C-914 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

² Corte Constitucional Sentencia C-451 de 2005.

recaudo, "y deferir a las autoridades administrativas, en caso de estimarlo conveniente, el señalamiento de las tarifas de las tasas y contribuciones, conforme a los condicionamientos previstos en la Constitución y la ley"³.

La reserva de ley es y será entonces una acepción que se utiliza como sinónimo de "principio de legalidad" o de "cláusula general de competencia del Congreso", significando que, en principio, todos los temas deben ser regulados por el o legislativo mediante ley, sin que sea necesario y permitido reglamentar todas las materias en detalle⁴, y que la actividad de la Administración, lo hará a través de su potestad reglamentaria concretando los fines superiores, la misma que debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley en los demás casos⁵.

En relación con este punto explicativo, la Honorable Corte Constitucional como órgano ha precisado que la regulación de materias que son objeto de reserva de ley incluso puede ser realizada por el rama Ejecutiva a través de una ley de facultades extraordinarias y de decretos legislativos de estados de excepción, pero nunca a través de la potestad reglamentaria de un Ministerio e manera discrecional e ilimitada:

"La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser 'delegadas' mediante ley de facultades extraordinarias

³ Sentencia de la Corte Constitucional C-875 de 2005 M.P Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Ver, entre otras, las sentencias C-234 de 2002 y C-710 de 2001.

⁵ C-1262 de 2005 (diciembre 5), M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

D. Caducidad de la acción

Teniendo presente que los cargos de inconstitucionalidad consignados en la presente demanda, versan sobre vicios de fondo y de trámite o de formación en el proceso legislativo de las disposiciones cuestionadas como contrarias al orden normativo superior, es plausible que en el caso *sub-examine* se satisfice de manera suficiente el requisito de oportunidad procesal de la acción pública de constitucionalidad, luego de hacer un cómputo entre la promulgación de la norma y la interposición de la demanda, según los precisos términos consagrados en la Carta.

IV.- CONCEPTO DE VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL

Para plantear de manera clara e inequívoca el concepto de violación normativa superior, a continuación expondremos y demostraremos los cargos de inconstitucionalidad de la demanda en relación a las disposiciones acusadas, del siguiente modo:

4.1 Las normas demandadas quebrantan la Constitución, al permitir que el Ministerio de Minas y Energía fije a través de un acto administrativo la base gravable del valor de los precios de los combustibles desconociendo el principio de reserva de ley en materia tributaria ante la ausencia de límites o variables objetivas a tener en cuenta al momento de su determinación.

4.1.1. Sea lo primero indicar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución Política, es función del Congreso de la República como órgano de representación popular dentro de un sistema democrático, desarrollar la política tributaria del Estado y establecer contribuciones fiscales y parafiscales, a través de las leyes. En ejercicio de dicha atribución, y de la inferencia de razones políticas, económicas o de conveniencia, le corresponde al Congreso como expresión del referido principio de legalidad y del principio de división de poderes, crear los tributos, predeterminar sus elementos estructurales -sin que puedan ser delegables a otros poderes públicos, salvo las excepciones constitucionalmente previstas-, definir las competencias tributarias que se confieren a las entidades territoriales, establecer los procedimientos, trámites y métodos para su

al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser 'deslegalizadas', esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución⁶.

4.1.2. En el mismo sentido no ha dudado esa misma Corte⁷, en advertir categóricamente la necesidad de la existencia de una ley para establecer cualquier tributo o elemento esencial en la obligación impositiva, como una garantía democrática frente al administrado, huyendo de cualquier régimen arbitrario o déspota, que puede llegar a desconocer las prerrogativas que concede el Estado, decantado así:

"Sobre el alcance del principio la Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades para destacar sus características básicas, las cuales son reseñadas a continuación:

- Es expresión del principio de representación popular y del principio democrático, derivado en últimas de los postulados del Estado Liberal. "Bajo esta idea, no es posible decretar un impuesto si para su aprobación no han concurrido los eventuales afectados por intermedio de sus representantes ante los cuerpos colegiados, criterio acogido de tiempo atrás en el derecho colombiano y reafirmado en la Carta de 1991". Así, solamente el Congreso, y las asambleas departamentales o los concejos municipales de conformidad con la ley, pueden crear gravámenes, sin que dicha facultad pueda ser ejercida por las autoridades administrativas o delegada en ellas.

- Materializa el principio de predeterminación del tributo, "según el cual una lex previa y certa debe señalar los elementos de la obligación fiscal", es decir, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa.

No obstante, como se explicará más adelante, por

⁶ C-1265 de 2005.

⁷ Entre otras tantas pueden consultarse las sentencias C-227/02, C-597/00, C-569/00, C-987/99, C-583/96, C-583/96, C-084/95, C-228/93 y C-004/93.

expresa autorización constitucional, en el caso de las tasas y las contribuciones especiales, la tarifa puede ser fijada por las autoridades administrativas previa definición del sistema y el método para hacerlo.

- En la medida que haya predeterminación del tributo, el principio de legalidad brinda seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones fiscales. Con ello "se otorga una debida protección a la garantía fundamental del debido proceso".

- Responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente e inspirada en el principio de "unidad económica", especialmente cuando existen competencias concurrentes donde confluye la voluntad del Congreso y la de las asambleas departamentales o de los concejos municipales".

En otra oportunidad esta mismo Tribunal Constitucional indicó:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución Política, es función del Congreso de la República desarrollar la política tributaria del Estado y establecer contribuciones fiscales y parafiscales, a través de las leyes. En ejercicio de dicha atribución, y a partir del análisis de razones políticas, económicas o simplemente de conveniencia, le corresponde al Congreso como expresión del citado principio de legalidad, crear los tributos, predeterminar sus elementos esenciales, definir las facultades tributarias que se confieren a las entidades territoriales, establecer los procedimientos y métodos para su recaudo, y deferir a las autoridades administrativas, en caso de estimarlo conveniente, el señalamiento de las tarifas de las tasas y contribuciones, conforme a los condicionamientos previstos en la Constitución y la ley"⁸.

Más adelante en la misma providencia se aseveró:

⁸ Ibídem.

"Independientemente del reconocimiento de la citada libertad, resulta indiscutible que en un Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º), sujeto a la separación de las funciones del poder público, en aras de garantizar la eficacia normativa del principio de interdicción de la arbitrariedad, cada autoridad del Estado debe cumplir dichas funciones respetando los límites trazados por el ordenamiento constitucional (C.P. arts. 6º, 113 y 122). Así las cosas, si bien al Congreso de la República le corresponde desarrollar la política económica y social del Estado, en particular en cuanto se refiere al señalamiento de la política impositiva, la misma debe tener lugar dentro de los parámetros establecidos en la Constitución.

Desde esta perspectiva, la Corte ha reconocido que al legislador en materia tributaria le asiste "una atribución genérica que incluye, desde luego, el ejercicio de todas aquellas competencias inherentes al objeto de la misma, tales como establecer las clases de tributos y sus características, precisar cuáles son los hechos gravables, contemplar las tarifas aplicables, señalar la fecha a partir de la cual principiarán a cobrarse y prever las formas de recaudo, los intereses y las sanciones correspondientes, entre otros aspectos".

Luego la Sentencia C-713 de 2008 M.P Clara Inés Vargas Hernández indicó:

"En virtud del artículo 338 de la Carta se exige al Legislador que defina directamente los elementos esenciales del tributo (sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa). No obstante, para el caso de las tasas y contribuciones parafiscales, la misma norma permite que otras autoridades fijen la tarifa, con la condición de que el Legislador haya señalado el sistema y el método para definir costos y beneficios, así como la forma de hacer su reparto. La regulación del arancel judicial desconoce las exigencias mínimas para que autoridades distintas al Legislador puedan fijar la tarifa de gravámenes como el arancel judicial, toda vez que el Congreso indicó simplemente un máximo en la tarifa, pero no fijó ni el método ni el sistema para

determinar la misma, lo que no permite ni la graduación ni el cálculo del tributo para cada caso particular".

Recientemente la sentencia C-891 de 2012 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fue precisa al indicar en el comunicado de presenta de la Corporación del mes de diciembre de la misma anualidad titulado: "el legislador no podía conferir al Ministerio del Interior facultad para reglamentar el carácter de los sujetos pasivos y la base impositiva del tributo creado por la norma demandada", declarando inexecutable la norma demandada, fundamentada la decisión textualmente:

"La Corte determinó que el inciso cuarto del párrafo del artículo 8º de la Ley 1421 de 2010 es inconstitucional, por vulnerar el principio de legalidad en materia tributaria consagrado en el numeral 12 del artículo 150 y en el artículo 338 de la Constitución Política, al señalar la posibilidad de que el Ministerio del Interior establezca dos elementos esenciales del tributo como son, la base impositiva y los sujetos pasivos, los cuales, según lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, no pueden ser determinados mediante un reglamento tal como se expresó, entre otras, en las sentencias C-253 de 1995, C-537 de 1995 y C-583 de 1996.

En el presente caso, se desconoció que 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, pues esta exigencia emana de lo prescrito por el artículo 338 superior. Por consiguiente, es claro que el inciso demandado vulnera el principio de legalidad al permitirle a un organismo de la rama ejecutiva, la determinación de los elementos esenciales del tributo. Por otro lado, la Corte verificó que los elementos de la tasa o sobretasa a la cual hace referencia la norma demandada no se encuentran definidos en otro artículo de la Ley 1421 de 2010, pues en ninguna otra parte de la ley se hace referencia a estos tributos. En este sentido, la ley simplemente señala que "los departamentos y

municipios podrán imponer tasas o sobretasas especiales destinadas a financiar los fondos-cuenta territoriales de seguridad para fomentar la seguridad ciudadana", sin que se establezca cuáles pueden ser los sujetos pasivos o la base gravable, los cuales tampoco pueden inferirse de la interpretación de otras normas.

(...)

Para tal efecto, reafirmó que cuando el legislador establece tributos de carácter nacional tiene la obligación de señalar todos sus componentes, de manera clara e inequívoca, lo cual no sucede respecto de los impuestos de carácter territorial los cuales, aunque siempre deben estar precedidos de la intervención del legislador, éste puede autorizar su creación a los entes territoriales, con fundamento en el artículo 338 de la Carta, bajo cualquiera de las siguientes hipótesis: (i) que la propia ley agote los elementos del tributo, caso en el cual, las entidades territoriales tendrán la suficiente autonomía para decidir si adoptan o no el impuesto y (ii) puede tratarse simplemente de una ley habilitante, donde serán las correspondientes corporaciones de representación popular, en el ámbito territorial, las encargadas de desarrollar el tributo autorizado por la ley, más no puede serlo el ejecutivo mediante reglamentación. En consecuencia, el inciso cuarto del artículo 8º de la Ley 1421 de 2010 fue excluido del ordenamiento jurídico".

Posición que ha sido reiterada de manera uniforme por esta misma Corporación; construyéndose una indeclinable línea jurisprudencial a partir de infinidad de precedentes jurisprudenciales algunos de estos relacionados.

4.1.3. Por su parte el Consejo de Estado en múltiples providencias ha sostenido la invariable tesis de la importancia y alcance del mencionado principio en materia tributaria reafirmando la de la Corte Constitucional:

"La Sala ha sostenido en numerosas providencias que la facultad de establecer tributos a cargo de las entidades territoriales, se encuentra sometida al principio de legalidad tributaria, que incluye la representación popular para el señalamiento de los tributos y la predeterminación de los elementos esenciales de los mismos. De acuerdo con el principio de legalidad tributaria se ha señalado que comprende el de representación popular, según el cual no puede haber impuesto sin representación de los eventuales afectados, y por ello la Constitución autoriza únicamente al Congreso, Asambleas y Concejos a establecer impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales (artículo 338 C.N.). El principio de predeterminación de los tributos implica que corresponde a esos órganos fijar sus elementos, por lo que debe indicar los sujetos activos y pasivos de la obligación tributaria, así como los hechos, las bases gravables y las tarifas -salvo autorización respecto de tasas y contribuciones-, como se desprende del tenor literal del artículo 338 de la Constitución. Por tanto, las entidades territoriales a través de sus órganos de elección popular, pueden establecer gravámenes siempre y cuando respeten el marco establecido por la disposición de rango legal. (arts. 287 y 338 C.N.). De tal manera que corresponde a la Ley, la creación de los tributos, para que a partir de ella, ejerzan su poder de imposición, las Asambleas y Concejos"⁹.

Uteriormente la sentencia de 5 de junio de 2008, número de radicación 66001-23-31-000-2006-00611-02(16603) Consejera Ponente Ligia López Díaz consagró:

"En materia tributaria, la facultad creadora de los impuestos reside exclusivamente en el Congreso de la República, en aplicación de los principios fundamentales de la Constitución Política, como República democrática, participativa y pluralista, en donde "La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus

⁹ Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta C.P María Inés Ortiz Barbosa del 29 de septiembre de 2005.

representantes, en los términos que la Constitución establece". Desde los tiempos de Juan sin tierra, se pregona que en desarrollo de los mencionados principios universales, "No hay impuesto sin ley", postulado que al centralizar en el legislador esta potestad, permite hacer efectivas las tesis democráticas de la participación ciudadana, directamente o a través del Congreso para crear sus propios tributos. Potestad originaria que además de favorecer la participación de los asociados, aplica los principios universales de la tributación referidos a la equidad y a la generalidad de las contribuciones".

4.1.4 En relación este principio la doctrina ha dicho:

"Históricamente concebido como una garantía a favor de los contribuyentes frente a los regímenes monárquicos absolutistas, hoy día puede decirse que, además de un derecho ciudadano a no pagar sino los impuestos que sean legalmente establecidos por el Parlamento, constituye también un reconocimiento al deber de pagar prestaciones coactivas de contenido patrimonial para el sostenimiento de las cargas públicas. Este principio en la actualidad algo completamente natural a un Estado democrático, como resultado del aforismo "no hay tributo sin ley que lo establezca"¹⁰.

Sobra advertir que NO existen poderes y facultades ilimitadas en cabeza de un órgano o poder determinado -incluyendo al Ministerio de Minas y Energía- como la que se desprende de la norma acusada en favor del poder ejecutivo; más aún desde la presencia inocultable del Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho que nos rige.

No obstante lo anterior, somos conscientes de la relativización del llamado principio de legalidad o reserva de ley predicable en materia tributaria, por ende es completamente necesario exponer sus excepciones con miras a establecer si nos podemos encontrar en curso de alguna de ellas, en relación con la norma

¹⁰ Lucy Cruz de Quiñones. "Marco constitucional de derecho tributario", AA. VV. Derecho Tributario, 2ª ed., Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999, p. 272.

acusada, en ejercicio de sus facultades como reglamentador, previa autorización legal.

Las excepciones conocidas predicables válidamente son:

1. La contenida en el artículo 215 inciso 3° de la Constitución Política, que regula situaciones totalmente extremas donde se le permite al Presidente de la República, mediante decretos de emergencia (sin necesidad de ley), crear tributos o modificar los existentes, siempre y cuando sea de manera TRANSITORIA, del mismo modo opera cuando el país afronta un estado de excepción y por vía de decreto en cabeza del alto mandatario, se modifica el presupuesto, siempre y cuando la urgencia o situación anormal surja del mismo o tengan estrecha conexidad.
2. Respecto a las leyes, se permite que el Presidente de la República, por vía de decreto en observancia a los artículos 150 numeral 19 y 189 numeral 25 de la Constitución Política, regule lo concerniente a las tarifas y aranceles solo al régimen de aduanas.
3. Existen otras interpretaciones doctrinales con cierta razón, en la medida que advierten la posibilidad de imposición tributaria sin existencia previa de ley que así lo establezca, cuando broten estados de excepción a causa de guerra o conmoción interior, si bien es cierto los artículos 213 y 214 de la Constitución, no lo contemplan de manera directa, por vía analógica se podría pensar.

Excepciones que no guardan homogeneidad con los supuestos de hecho y consecuencias normativas de los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014 cuestionados.

4.1.5. Una vez vistas algunas acotaciones jurídicas para respaldar el concepto de violación normativa superior, es pertinente referirnos puntualmente a los reparos de constitucionalidad invocados. Se parte entonces de la premisa que toda carga fiscal que intente ser cobrada o exigible al administrado, sin apego a los principios, normas y valores existentes dentro del derecho positivo colombiano, constituyen un claro atentado al llamado Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, sin que merezca una denominación diferente a la de inconstitucional, tal como ocurre con los 69 y

70 de la Ley 1739 de 2014, y que deben ser retirados del ordenamiento sin mayores reparos.

En el caso bajo examen no ofrece duda, el hecho que los artículos acusados permitan la fijación unilateral del precio de referencia de los combustibles en cabeza del Ministerio de Minas y Energía a su antojo -pues valga resaltar que no existe ningún criterio en la norma sobre el cual ha de ser ejercida tan **poderosa** facultad- para cotejarlo con los precios de paridad internacionales del mercado, y luego, en caso de haber diferencia positiva (que curiosamente siempre existe por la falta de límites o variantes objetivas) sea enviada ese "ahorro" al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC, configura un incontrovertible desconocimiento a la Constitución en sus artículos 150 y 338, como quiera que no fueron definidos los elementos esenciales y objetivos a que hubiere lugar, sobre los cuales el poder ejecutivo tenía como marco para ejercer la reglamentación. Teniendo presente que de la simple lectura de las disposiciones acusadas no se desprende la satisfacción de dichos requisitos necesarios *sine qua non*, nace indefectiblemente la afrenta constitucional desarrollada en la presente demanda.

No quiere decir entonces, que el ejecutivo no tenga la facultad o un margen que deba ser ejercido en aspectos técnicos y puntuales para lograr el cumplimiento de la norma habilitante. Pero lo que no puede la norma, es mencionar unos supuestos que son del resorte exclusivo del legislador, y trasladárselos sin contenido y demarcación alguna al ejecutivo, para que sea este vía reglamento el determine su alcance, desplazando las labores de los órganos de representación popular.

Se insiste que el principio de legalidad en materia tributaria antes mencionado, es uno de los ejes axiales propios del Estado Social de Derecho, que descansa en un aspecto puramente democrático y justo, y que redundo en el respeto de las garantías individuales y colectivas. De ahí que el propio constituyente primario quiso restringir tan importante facultad en el Congreso de la República, lejos de cualquier interferencia de otra rama del poder público.

En consecuencia, aquellos asuntos propios al radio de acción del principio de reserva de ley, no pueden ni deben ser regulados a través de actos administrativos, entendidos como

resoluciones, circulares, decretos reglamentarios y demás actos con estas características, tal como acontece desde la existencia del Decreto 4839 de 2008, de la Posición Neta Trimestral (para definir los precios cada tres meses de los combustibles) plasmada en otro acto administrativo independiente y luego en el literal C del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 declarado inconstitucional. Actos administrativos que se amparan actualmente en los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014.

Sobre el particular es manifiesto, que el imponer una carga de naturaleza fiscal en sí misma altera otras cargas tributarias del bien o servicio circulante en el mercado mediante un acto administrativo, como consecuencia de la fijación unilateral del precio de referencia que permite el articulado censurado. Esta es una situación que resulta extraña a la Constitución, dado que es un asunto privativo del Congreso de la República, según el artículo 338 de la Constitución Política y las excepciones antes vistas. Desconociéndose abiertamente aquel aforismo vinculante que menciona "no hay tributo sin ley", o lo que es lo mismo "nullum tributum sine legen" o "no taxation without representatio". Obligación que se traduce en una verdadera garantía institucional, que obedece a la aplicación de postulados democráticos y constitucionales, los mismos que son indeclinables y se ven abiertamente quebrantados o anulados por la norma enervada.

Como ya se anotó, el precio fijado unilateralmente en los combustibles es un carga unilateral -enmarcada como recursos públicos-, propia del mundo de los tributos y que constituyente una de sus modalidades (impuesto, tasa o contribución), y si no fuere así, de igual manera y con el mismo grado de intensidad se violan las normas constitucionales mencionadas (artículos 150 y 338), si se tiene presente que los impuestos que son objeto los combustibles, y que tienen naturaleza de recursos públicos, como el IVA, impuesto global y sobretasa, se fijan con la base gravable y el precio del bien o servicio. Siendo una razón más de peso para comprobar que en la actualidad el Ministerio de Minas y Energía es quien define prevalentemente las políticas fiscales de los combustibles: al fijar el precio y poder alterar los tributos aplicables, bajo su voluntad.

Se repite que con no solo se creó un tributo per se, al poder fijar el Gobierno el precio de referencia de los combustibles sin límite

alguno, sino que además se modificó sustancialmente la base gravable de otros impuestos de la gasolina (como el IVA, impuesto global, y la sobretasa), tema exclusivo del Poder Legislativo, pues es apenas obvio y elemental que "a mayor precio mayor tributo", definida ésta como: "la magnitud o la medición del hecho gravado, a la cual se le aplica la correspondiente tarifa, para de esta manera liquidar el monto de la obligación tributaria. En otras palabras, constituye el quantum del hecho generador sobre el que se aplica la tarifa"¹¹. Algo permitido si no existiera una Constitución que así lo prohíbe.

No hay que perder de vista que los combustibles son quizás los bienes con más cargas fiscales dentro del sistema tributario del país cercano a un 36%, y hay que tener presente además que los consumidores y usuarios protegidos constitucionalmente en el artículo 78 superior, NUNCA han podido verse beneficiados por las condiciones favorables del mercado de los combustibles más aún cuando tenemos la calidad de productores y el recurso no renovable emana del territorio nacional, pues sólo a título de ejemplo cuando el barril del petróleo llegó a estar a finales del año 2008 a escasos 34 dólares, el Gobierno se ideó y profirió el Decreto 4839 de 2008 bajo el argumento del gobierno de turno: "es tiempo de ahorrar", surgiendo la idea de fijar unilateralmente el precio de los combustibles de manera irreal frente al comportamiento de la cotización internacional. Situación similar a la actual, donde se registra una cotización cercana a 48 dólares el barril y un precio de paridad internacional cercano a 4.500 pesos, casi un 50% de más del que se está pagando por los consumidores en las diferentes estaciones del país. Pero cuando las condiciones son adversas en el mercado, como en la gran mayoría ocurre, de manera fulminante e inmediata asumen las finanzas de todos los colombianos, porque resulta necesario en ese caso ajustar el valor por el alza en el precio internacional. En otras palabras el usuario "con cara pierde el consumidor y con sello gana la Administración".

Situaciones que han generado gran preocupación por parte de la Contraloría General de la República¹², la Procuraduría

¹¹ Sentencia C-987 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹² Consideraciones que coinciden con las manifestadas por el señor Contralor Nacional Julio Cesar Turbay Quintero, como representante de los órganos de control por la naturaleza del asunto, toda vez que en sus propias palabras esgrimió: "La norma (Ley 1151 de 2007) señala exclusivamente que las fuentes de financiamiento del fondo serían parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol en

General de la Nación¹³ e incluso el Banco de la República¹⁴ por temor a los efectos inflacionarios, quienes han estado en defensa de la rebaja de precios en los combustibles, guiados por la ley de la oferta y la demanda tomando como referencia el Golfo de México¹⁵.

4.2 La sentencia C-621 de 2013 constituye precedente vinculante y obligatorio en el caso bajo análisis. Los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014 reproducen íntegramente el contenido del literal C del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 que fue declarado inconstitucional, al no tener la base gravable ni el método de la contribución parafiscal, límites claros y objetivos definidos por el Congreso de la República que guíen al Ministro de Minas y Energía en su determinación. Poniendo la norma al ejecutivo en un plano de absoluta discrecionalidad en su definición mediante acto administrativo.

La presente demanda debe ser resuelta con base a la *ratio decidendi* de la sentencia C-621 de 2013, como quiera que en esa oportunidad la Corte Constitucional definió nítidamente el mismo problema jurídico hoy planteado, consistente en que el Gobierno Nacional no puede fijar los elementos estructurales de una contribución parafiscal con destinación al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles-FEPC, derivada de

el Faep y el presupuesto nacional, y el decreto en mención (el 4839 de 2008) está incluyendo una nueva fuente de financiación no considerada en la Ley". Diario el Tiempo edición del día jueves 2 de abril del año 2009.

¹³ El jefe del ministerio público a través de sus delegados sustentó con estadísticas las disparidades existentes para la fijación de los precios de los combustibles en Colombia. "*Las estadísticas internacionales evidencian que la gasolina en la costa del Golfo de Estados Unidos registró (al pasado 6 de octubre) un precio por galón equivalente a \$6.370,95 pesos, incluyendo impuestos, mientras que el galón de gasolina en la ciudad de Bogotá cuesta \$8.535,54 pesos, es decir, es superior en cerca de un 34% al precio de referencia de los Estados Unidos".* La procuradora delegada citó indicadores que confirman las disparidades entre las condiciones económicas de los dos países como el Ingreso Nacional Bruto per cápita, que en Colombia es de US\$5.510, mientras que Estados Unidos es de US\$47.240, aproximadamente 8,5 veces el de Colombia". <http://www.caracol.com.co/noticias/economia/procuraduria-pide-a-minminas-que-aclare-formula-para-determinar-precio-de-loscombustibles/20111101/nota/1571253>. Consultada el día 18 de Enero de 2013.

¹⁴ <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra581.pdf>. "*precios de los combustibles e inflación*".

¹⁵ Además de las infinitas consideraciones por parte de otros expertos en la materia, como es el caso del ex-ministro de Hacienda Juan Camilo Restrepo, hoy Ministro de Agricultura, quien manifestó: "*Se permitía (Artículos 69 y 131 de la Ley 1151 de 2007) que los recursos que tenía ahorrados Ecopetrol en el antiguo Fondo de estabilización Petrolera (Faep) se utilizaran para constituir el nuevo Fepec. Por eso, el Artículo 69 de la Ley del Plan de Desarrollo dijo expresamente que "los recursos para la constitución de este fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A.". Pero la Ley del Plan no autorizaba nada más. Y mucho menos preveía la imposición de un ahorro forzoso gigantesco a cargo de los consumidores de gasolina. Por el contrario, contemplaba la desaparición definitiva de la política de subsidios a los combustibles".* Diario Portafolio artículo titulado "*el aguinaldo navideño*" edición de día 13 de enero de 2009.

la diferencia entre el precio de referencia –que se le cobran a los colombianos- que fija ejecutivo y el precio de paridad internacional. Es decir nos referimos a: (i) el sujeto activo; (ii) sujetos pasivo; (iii) tarifa; (iv) base gravable; (v) método, procedimiento y período.

Luego de la vigencia de la Ley 1739 de 2014, se puede inferir en sus artículos 69 y 70, la mayoría de elementos del tributo parafiscal fueron definidos *in extenso* por el Legislador, pudiéndose sostener que en efecto la norma subsanó la intención del Gobierno de seguir fijando el precio por encima del mercado y generar un ahorro. No obstante, no ocurrió lo mismo con la **base gravable** y el **método** de la contribución parafiscal titulada "*Diferencial de Participación*", que adolece de límites claros y certeros sobre los cuales puede ejercer esta facultad reglamentaria. Dejando esta importante tarea en un plano absoluto y discrecional en cabeza del poder ejecutivo y no de los órganos de representación popular como lo ordena el artículo 150-12 y 338.

Recordemos que la facultad reglamentaria en materia de parafiscalidad, es y será siempre una facultad subordinada, descrita, detallada y subsidiaria, y no tiene la naturaleza de originaria como lo permiten los artículos demandados.

En la *ratio decidendi* de esta sentencia fue del todo clara en relación a los requisitos que debe tener la base gravable y método de esta contribución parafiscal, citando incluso otros precedentes donde se ha declarado la constitucionalidad de normas demandadas por contener límites para el ejecutivo al momento de fijar la tarifa y la base gravable del tributo:

“La disposición en comentario prevé que los recursos recaudados por el FEPC provendrán de la diferencia entre el precio de referencia fijado por el Ministerio de Minas y Energía y el precio de paridad internacional, cuando el primero sea superior al segundo. Como fue explicado, el carácter de recaudo impositivo proviene del hecho que el Ministerio de Minas y Energía es el que establece el precio de referencia, por autorización expresa del literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011. En este caso, la base gravable de la contribución

parafiscal prevista la constituye la diferencia entre uno y otro precio.

Aunque en apariencia se realiza la determinación de la base gravable por parte de la disposición acusada, en realidad el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 delega esta tarea al Ministerio de Minas y Energía, lo que implica una deslegalización de este elemento esencial de la contribución parafiscal.

En efecto, ninguno de los elementos de la base gravable es determinado de forma precisa por la disposición legal. Respecto del precio de paridad internacional no se establece cuál será la referencia internacional que debe ser considerada para establecerlo^[34]; ni con base en qué promedio se calculará dicho precio; ni los periodos de tiempo que se tomarán como base para el cálculo; ni el precio de cuáles combustibles será tenido en cuenta en el cálculo previsto; entre otros.

La ausencia de los parámetros para el cálculo del precio de paridad internacional implica el incumplimiento del principio de legalidad tributaria – artículo 338 de la Constitución- por parte del legislador, por cuanto deja a la total discrecionalidad del Ministerio de Minas y Energía esta determinación. Lo anterior no quiere decir que el Ministerio no tenga la capacidad o los recursos técnicos para realizar adecuadamente esta tarea; el desconocimiento de la Constitución proviene de despojar a dicho proceso de decisión de la legitimidad democrática que aporta el ser decidido o determinable a partir de parámetros establecidos por los órganos de representación popular.

Otro tanto ocurre con el precio interno de los combustibles –precio de referencia-, respecto del que el artículo 101 de la ley 1450 de 2011 no contiene ningún parámetro que guíe al Ministerio de Minas y Energía en su determinación. No se establece por parte del literal acusado o cualquier otra disposición

de rango legal ni el procedimiento; ni la fórmula o, al menos, las variables que deban tenerse en cuenta para llevar a cabo dicha tarea - verbigracia estadísticas de comportamiento de los precios, tendencias históricas de ascenso o descenso del precio de los combustibles de referencia, etc.-; ni, mucho menos, un tope o techo de la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia que se fije en un período, entre otros. Lo que también conlleva las consecuencias expuestas en el inciso anterior.

En resumen, el literal ahora acusado simplemente determina que la base gravable será la diferencia entre dos precios, respecto de los cuales no existe un solo elemento normativo de rango legal que sirva como derrotero al Ministerio de Minas y Energía al momento de establecerlos. Esta situación ubica en un espacio de discrecionalidad absoluta a la entidad administrativa en ejercicio de la competencia prevista en el literal acusado, lo que implica en la práctica una deslegalización en la determinación de la base gravable de una contribución parafiscal, con la consiguiente vulneración de los mandatos que se derivan del principio de legalidad, previsto en el tantas veces mencionado artículo 338 de la Constitución.

La ausencia de parámetros legales tiene como efectos prácticos, además de los ya expuestos, la indeterminación absoluta sobre la tarifa de la contribución creada, así como la inexistencia de una metodología o sistema que permita establecerla, lo que reafirma la ausencia de determinación de los elementos esenciales de la contribución parafiscal por parte de las disposiciones de rango legal que determinan su creación. Y, aunque podría argumentarse que la tarifa en este caso equivale al cien por cien de la base gravable -es decir, el total de la diferencia entre los dos precios-, la incertidumbre absoluta que existe respecto de la base gravable, hace que dicha indeterminación tenga como efectos prácticos la ausencia absoluta

de elementos de juicio a partir de los cuales establecer cómo se fija la tarifa en el caso que ahora estudia la Corte Constitucional.

Los argumentos anteriormente expuestos sirven de fundamento para concluir que el literal acusado no satisface las exigencias de precisión en la determinación de los elementos esenciales de un tributo, tal y como son previstas por el artículo 338 de la Constitución.

Esta decisión reitera el precedente establecido por la sentencia C-1067 de 2002 –antes referida–, ocasión en la que la Corte tuvo oportunidad de estudiar si la llamada regulación legal de la cesión de estabilización –que, como se expuso anteriormente, es una contribución parafiscal que reciben los fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros– cumplía con las exigencias del artículo 338 de la Constitución. En aquella oportunidad la Corte encontró que los artículos 38 y 40 de la ley 101 de 1993 definían adecuadamente los elementos de la contribución parafiscal que se creaba y, por consiguiente, los declaró exequibles.

En los aspectos que resultan relevantes para el caso que ahora conoce la Sala, debe mencionarse que sobre los sujetos pasivos de la contribución la Corte concluyó “[e]l sujeto pasivo es el productor, vendedor o exportador de productos agropecuarios y pesqueros (art. 38)”, ya que dicha norma legal, en lugar de guardar silencio como la regulación estudiada en este caso, estableció **expresamente** que estos serían los sujetos obligados a realizar la cesión de estabilización.

En relación con los elementos que configuran la base gravable de la contribución parafiscal que se creó, la Sala encontró que éstos sí estaban previstos en el artículo 40 de la ley 101 de 1993, una de las disposiciones acusadas en aquella ocasión. Al respecto, el artículo 40 estableció que “[l]os Comités

Directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros establecerán la metodología para el cálculo del precio de referencia **a partir de la cotización más representativa en el mercado internacional para cada producto colombiano, con base en un promedio móvil no inferior a los últimos 12 meses ni superior a los 60 meses anteriores**". Puede observarse que en este caso fue la ley la que determinó los criterios que debía seguir la autoridad encargada de fijar el precio de referencia utilizado por los fondos de estabilización de precios. Por esta razón, en la sentencia C-1067 de 2002 se concluyó

"En lo que respecta al sistema y al método para fijar la tarifa, en el artículo 40 de la Ley 101 de 1993 el Congreso los estableció, tal como se señala en el numeral 3 ibídem. Es decir, que la misma se establece por los Comités Directivos dentro de un margen máximo o mínimo que oscile entre el 80% y el 20% de la diferencia entre ambos precios del producto gravado. **Pero para poder fijar ese porcentaje de la diferencia, los Comités deben establecer el precio de referencia a partir de la cotización más representativa en el mercado internacional para cada producto, lo cual se hará con base en un promedio móvil no inferior a los últimos 12 meses ni superior a los 60 anteriores.**" -negrilla ausente en texto original-

Finalmente, y tal como se manifiesta en el aparte transcrito, la disposición analizada en aquella ocasión también contenía parámetros que permitían establecer la tarifa de la contribución parafiscal que se creó. Fue el inciso sexto del artículo 40 de la ley 101 de 1993 el que consagró "[e]l porcentaje de la diferencia entre ambos precios que determinará las respectivas cesiones o compensaciones de estabilización entre los Fondos de Estabilización y los productores, vendedores o exportadores, según el caso, será establecido por los Comités Directivos de los Fondos de Estabilización dentro de un margen

máximo o mínimo que oscile entre el 80% y el 20% para el respectivo producto".

En este sentido, observa la Corte que los artículos 38 y 40 de la ley 101 de 1993, y su análisis de constitucionalidad realizado en la sentencia C-1067 de 2002, son ejemplo de las exigencias que surgen para el legislador en los eventos que decide crear un recaudo de naturaleza parafiscal, como el previsto por el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011".

Sentencia que es bueno recordar, fue desconocida por cerca de 15 meses por parte del Gobierno Nacional -mientras era creada la presente Ley 1739 de 2014- quien siguió ahorrando y manteniendo superficialmente el precio de los combustibles, amparándose en una facultad que había desaparecido del ordenamiento jurídico.

En definitiva, es evidente que la facultad que tiene el señor Ministro de Minas y Energía para fijar la base gravable y el método y procedimiento de la contribución parafiscal a través de acto administrativo, es un cheque en blanco, que no es consecuente con el orden consagrado en la Constitución de 1991. Pues no el Ministro de Minas no debe tener en cuentas factores objetivos o límites que lo orienten en esa tarea tales como: estadísticas, porcentajes de cotización, costos de producción, comportamientos históricos, variables objetivas como el dólar o el valor del barril petróleo, y un techo para fijar la contribución o ahorro por parte de los contribuyentes, por mencionar sólo algunos.

Desconocimiento que es igualmente reprochable a ambas carteras, de una parte al Ministro de Minas y Energía por fijar a su gusto el precio de los combustibles y alterar toda la base gravable de los tributos de los combustibles por un acto administrativo mensual (como el IVA, impuesto global y la sobretasa en el caso de la gasolina) sin tener competencia en ese sentido, retando frontalmente la sentencia C-621 de 2013 de un órgano de cierre o límite de la jurisdicción cobijada por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional al que hace alusión el artículo 243 constitucional, y de otra, el Ministro de Hacienda y Crédito Público que no ve ningún problema en

recibir, administrar y ejecutar unos dineros que hacen parte de una fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC que fue declarada inconstitucional, y que dicho sea de paso, gasta arbitrariamente y sin mayor dificultad en causas diferentes a las contempladas por el ordenamiento jurídico (artículo 101° de la Ley 1450 de 2011), por fuera del control fiscal de los órganos de control, alegando un constante y mentiroso "déficit" del mismo, en detrimento de los colombianos y sin que nada ocurra.

Ignorando el Gobierno Nacional que en materia de contribuciones parafiscales, tanto la Ley que creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC como la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, indican, que las fuentes obtenidas deben ser gastadas de manera exclusiva y restringida en el sector económico o para el fin pretendido, es decir en este caso particular: para mitigar el impacto de las fluctuaciones y cambios bruscos internacionales de los combustibles en el mercado interno. Función que léase bien, jamás ha funcionado por cuenta de la fijación del precio de referencia por parte del señor Ministro de Minas y Energía por encima del precio de paridad internacional al no tener límite alguno.

4.3 Intervención en la economía por parte del Ejecutivo siempre debe ser con sujeción a límites ciertos y plausibles contenidos en una ley aprobada por el Congreso de la República como Órgano de Representación Popular dentro de nuestro sistema democrático. Permitir la fijación de precios de referencia sin límites o demarcación legal, configura la afrenta constitucional.

4.3.1 Además de lo anteriormente analizado, debe considerarse como otro motivo de inconformidad de la norma demandada con la carta fundamental, el hecho de estarse en franca oposición al contenido normativo del artículo 334 del texto superior:

*"ARTICULO 334. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. **Este intervendrá, por mandato de la ley,** en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción,*

distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, **el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo** y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.....". (Negritas y subrayas fuera del texto).

Con el fin de configurar el discurso argumentativo del presente cargo de inconstitucionalidad, es menester establecer las premisas sobre las cuales se edifica la conclusión que no es otra que la inexecutable de la norma demandada.

4.3.2 Toda vez que el precio de referencia, el cual es el que fija unilateralmente el ejecutivo central, tiene su justificación en ser elemento necesario para lograr establecer el diferencial de participación, y convertirse en fuente de financiación –parafiscal- del Fondo de Estabilización de los Precios de los Combustibles (FEPC), y dado que curiosamente dicho precio de referencia en la práctica siempre resulta ser superior al precio de paridad internacional, lo que significa estar, ni más ni menos que ante el precio por galón de los combustibles para el consumidor final.

Lo anterior supone: primero, que independientemente de la nominación reglamentaria que el Gobierno Nacional quiera darle a la figura, este es el precio final de los combustibles para los consumidores. Segundo, el recaudo de los ingresos parafiscales provenientes del diferencial de participación no sólo versa sobre una simple contribución parafiscal –que como se vio o verá es inconstitucional por los cargos que se expusieron o expondrán- sino que se trata en una intervención directa del Estado en la economía, pues de forma artificial el Gobierno Nacional impone el precio de un bien de consumo de alto impacto de conformidad a variables distintas a la mera aplicación de la ley natural de la ciencia económica, ley de oferta y la demanda. De lo anterior presta testimonio el sistema

anterior que existía en Colombia para fijar los precios de los combustibles, el cual, si bien se regía por procesos técnicos especializados que tenían en cuenta el valor internacional del crudo y otras variables económicas, el método no era otro que, la autorregulación del mercado. El cambio en el sistema devino de normas como la que actualmente se demanda, las cuales disfrazan en conceptos inocuos, la verdadera naturaleza de la atribución: precio de los combustibles para su consumidor final, lo que nos lleva a la conclusión obvia de estar frente a un claro caso de intervención del estado en la economía con sujeción a un acto administrativo, desprovisto de límites materiales y objetivos que debieron ser definidos por el legislador (artículo 150-21).

4.3.3 Dentro de la evolución que ha tenido el concepto de Estado, la relación de este con la economía, ha sido uno de los factores que determinan su misma configuración; verbigracia de lo anterior, es que una vez llegadas las revoluciones Francesa y Norteamericana, el estado exacerbado por la clase burguesa y ávido de mayores libertades y menos restricciones entro en una época de libertad económica absoluta. A la postre, el sistema demostró no ser viable por lo que se hizo necesaria la intervención estatal para moderar los efectos del mercado. Sin embargo, en este nuevo enfoque estatal, si bien se morigeran los efectos del Estado impávido, se conserva la esencia de la postrevolución la cual impone que el estado actúe siempre bajo el amparo de la ley, por lo que, hasta nuestros días y de acuerdo a nuestro actual modelo estatal, éste puede intervenir en la economía pero con los lineamientos que el órgano de representación democrática le otorgue. Principio de legalidad en estado puro.

Dichos lineamientos son traducibles en muchos aspectos, pero los que se quieren resaltar -pues constituye la esencia del cargo imputado a la norma acusada- son dos aspectos básicos: por un lado, la existencia previa de una Ley que autorice la intervención y dé los parámetros de dicha intervención; por otro, que se constituyan los límites de la intervención; estos aspectos son los que nos permite, por ejemplo, que la veleidad política gubernamental no determine nuestro modelo económico, el cual no es ajeno al texto de la Carta

Fundamental¹⁶; tal es así que el constituyente previó la necesidad de que fuese el legislador quien estableciera los parámetros para la intervención del Estado en la economía,¹⁷ pues de no existir dicha previsión sería relativamente sencillo pasar de un sistema basado en la protección a la propiedad y capital privado, a la interdicción de derecho y libertades propias de modelos incompatibles con la carga axiomática de nuestra Constitución.

La intervención del estado en la economía no es un asunto menor; no sólo es un mecanismo más para alcanzar los fines estatales esenciales, sino que en buena medida define nuestro modelo económico, las prioridades del quehacer estatal y la interacción ciudadano – administración, por lo que mal puede entender el Gobierno Nacional que dicha facultad le compete de forma exclusiva y excluyente, tal y como lo quiso el constituyente, al establecer que debe filtrarse dicha potestad a través del órgano vivo del principio democrático: el Congreso de la República.

4.3.4 Nuestra honorable Corte Constitucional ha llenado de contenido normativo de los artículos 150-21 y 334, pues como intérprete autorizado de nuestro ordenamiento superior se ha encargado de esbozar los alcances de dicha norma¹⁸. Mediante una línea jurisprudencial constante y reiterada, la Corte Constitucional ha planteado unos requisitos mínimos para poder intervenir el mercado:

- i. La limitación debe llevarse a cabo por ministerio de la ley (donde debe constar de manera clara y legible el concepto de la limitación, a través de la descripción de conducta normativa y el propósito de tal intervención,

¹⁶ Sentencia Corte Constitucional C-1040 de 2007. En esa oportunidad la Corte señaló: "Si bien esta Corporación ha insistido en que la adopción del principio de Estado Social de Derecho no supuso la constitucionalización de "un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias (C-616 de 2001)", eso no quiere decir que la Carta Política de 1991 sea un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o del Estado. Por el contrario "el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del que hacer estatal (C-616 de 2001)."

¹⁷ Sobre el particular, en la sentencia C-692 de 2007, la Corte explicó: "Al legislador le corresponde: [...] (iii) regular la forma de intervención económica del Estado (C.P. arts. 189-25, 334 y 335); [...]"

¹⁸ Sentencia Honorable Corte Constitucional C-352 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

permitiendo la reglamentación de otras autoridades con base en la anterior).

ii. No puede limitar el núcleo esencial del derecho.

iii. Debe obedecer a finalidades o motivos expresamente señalados en la Constitución.

iv. Debe estar conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Una vez expuestos los argumentos del presente cargo de inconstitucionalidad, nos permitimos realizar las siguientes conclusiones:

- La facultad de recaudar la fuente de financiación del FEPC relacionada con el diferencial de participación, justifica la existencia misma del precio de referencia el cual es fijado por el Gobierno Nacional.
- El precio de referencia es siempre mayor al precio de paridad internacional¹⁹, por lo que en la práctica dicho precio de referencia, totalmente desproporcional, es el valor que paga el consumidor final de los combustibles.
- Que mientras el precio de referencia sea mayor al de paridad internacional, el precio de los combustibles es el fijado por el Gobierno Nacional.
- Que al ser los combustibles bienes de consumo, la teoría económica sugiere que su precio debe ser establecido por la Ley de la oferta y la demanda.
- Que es válida la intervención del Estado en la economía en consideración de variables y aspectos diferentes a la oferta y la demanda.
- Que la intervención de la economía por mandato expreso de la constitución, debe cumplir con algunos requisitos,

¹⁹ Así ha sido por lo menos en más del 95% de los meses. Excepcionalmente el precio de paridad fue alguna vez ligeramente más alto que el de referencia por lo que fue la única ocasión en la que el gobierno tuvo que estabilizar los precios.

entre estos, que exista ley previa que establezca los alcances y límites de la intervención. Situación no demostrable en el presente asunto, pues el Ministro de Minas y Energía tiene una potestad en blanco atribuida por el Congreso.

- Que la norma demandada no sólo justifica el recaudo de una contribución parafiscal sino que en el fondo, en la práctica y la realidad demuestran que se trata de la fijación de los precios del combustible pues de no ser así ¿Qué justifica que el Ministerio de Minas y Energías mediante acto administrativo emita el precio de referencia, si no es para ser comparado con el precio de paridad internacional y determinar el diferencial de participación? De no existir la norma demandada, no tendría sentido que se estableciera el precio de referencia trimestralmente, pues lo que subyace no sólo es el recaudo del ingreso parafiscal sino la fijación del precio de referencia, esto es, el precio de los combustibles para el consumidor final.
- Que la norma demandada, pese a estar autorizando al Gobierno Nacional para que vía acto administrativo intervenga mes a mes la economía nacional, en ningún momento así lo manifiesta y mucho menos establece los criterios objetivos (estadísticas, porcentajes de cotización, costos de producción, comportamientos históricos, variables objetivas como el dólar o el valor del barril petróleo, y un techo para fijar la contribución o ahorro por parte de los contribuyentes, por mencionar sólo algunos) bajo los cuales se realizara dicha intervención y cuáles son los límites de la facultad otorgada. Incluso del texto legal, los debates realizados y el objeto mismo de la ley, se aprecia y se puede decir con alto grado de certeza que el legislador desconoce que su ley está otorgando -indebidamente- facultad al Gobierno Nacional para intervenir la economía en materia de combustibles, pues la apariencia es la ser una norma que autoriza el mero recaudo de un ingreso parafiscal, cuando de fondo lo que autoriza es intervenir en la dinámica del mercado por la determinación de un precio irreal fruto de una competencia totalmente discrecional.

- La norma demandada carece de contenido necesario para otorgar la facultad de intervenir la economía, pues en nada cumple con los postulados establecidos jurisprudencialmente para dicho fin. Igualmente se aprecia que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna ley de la República que autorice al Gobierno Nacional a intervenir la economía en materia de combustibles, por lo que la norma acusada tampoco obedece a la modificación, derogación o subrogación de otra norma legal que justificase su contenido, razón por la que necesariamente debe ser declarada inexecutable por ser totalmente contraria a los supuestos normativos contenidos en los artículos 150-21 y el 334 Constitucional.

4.4 Lo artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014 de la norma acusada, no fueron incluidos, discutidos, debatidos y aprobados por todas y cada una de las instancias legislativas de ambas cámaras tanto en Comisión Constitucional Permanente y en Plenaria como lo ordena el artículo 160 Constitucional.

4.4.1 El presente cargo se demuestra, al cotejar y comparar: (i) el proyecto de ley inicialmente presentado por el Gobierno Nacional; (ii) las proposiciones realizadas en cada instancia por los Congresistas; (iii) los respectivos informes de ponencia; (iv) el texto aprobado por las Comisiones; (v) el texto aprobado en cada Plenaria y (vi) el texto definitivo luego de la conciliación, para concluir que los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014, no hicieron parte integral desde un comienzo de los diferentes 4 debates adelantados en el Congreso, ni del contenido del proyecto legislativo en las diferentes instancias, hoy ley de la República.

4.4.2 Ciertamente la Corte Constitucional dando una interpretación al artículo 160 Superior, relativo a los principios reinantes en el procedimiento legislativo, como el de consecutividad, ha dicho:

"... el articulado de un proyecto y los temas en él contenidos tienen que ser debatidos y votados -afirmativa o negativamente- en todas y cada una de las instancias legislativas reglamentarias, sin que éstas puedan renunciar al cumplimiento de tal exigencia ni

tampaca trasladar la responsabilidad a otra célula congresional para que el debate sea considerado en una etapa posterior. Dicha en otras palabras, a través del principio de consecutividad se busca que la totalidad del texto propuesta en la plenaria sea discutida y aprobada o improbadada por las respectivas comisiones constitucionales permanentes y por las plenarios, en forma sucesiva y sin excepción, según sea el caso²⁰.

4.4.3 El hecho que los artículos demandados relativos a la contribución parafiscal "Diferencial de Participación", no hayan hecho parte del desarrollo consecutivo del proceso formativo de la Ley, vicia de manera automática a la disposición en su conjunto demandado, en la medida, que esta no fue consecuencia del juicio y sensato debate por parte los miembros del Congreso, y fue más, una introducción abrupta en el entretanto de las Plenarios de Cámara y Senado por parte de algún parlamentario, evitando la suficiencia en su publicidad y conocimiento por la totalidad de la corporación, para luego, ser aprobada o improbadada según fuere el caso, como en efecto ocurrió.

Teoría que la comparten diferentes Congresistas como el Senador Luis Fernando Velasco (Partido Liberal) y Jorge Enrique Robledo (Partido Polo Democrático), que alegan públicamente, la introducción y votación de los artículos 69 y 70 de Ley 1739 de 2014 a sus espaldas a último minuto en la Plenarios de Senado y Cámara, sin la correspondiente introducción inicial y discusión en el seno democrático en cada de sus instancias.

En suma todos estos factores de inconstitucionalidad endilgados, son diáfanos y palmarios. Transgrediéndose ostensiblemente el orden normativo superior de manera irrefutable.

V.- PRETENSIONES

Con base en lo expuesto a lo larga de esta demanda, solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional lo siguiente:

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1040/05.

PRIMERO: Se declaren **INEXEQUIBLES** las expresiones demandadas de los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014 "*Par media de la cual se modifica el estatuto tributario, la ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión, y se dictan otras disposiciones.*

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se obligue a que el Gobierno Nacional - Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstenga de generar, cobrar, administrar y ejecutar la contribución parafiscal cuya destinación es el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC o el tesoro nacional, hasta tanto el Congreso de la República profiera una norma que se ajuste a las reglas jurisprudenciales en la materia.

TERCERO: Teniendo en cuenta que las disposiciones hoy demandadas, reproducen en buena medida el contenido normativo declarado inconstitucional en la sentencia C-621 de 2013, se obligue a que el Gobierno Nacional compense y devuelva a los contribuyentes de la carga parafiscal destinada al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC o al tesoro nacional, sea de manera particular a quienes se encuentren en capacidad de demostrar el perjuicio ocasionado según las reglas probatoria correspondientes o *in natura* a través de una rebaja general de los combustibles en el país en la misma intensidad y duración que fue cobrada la contribución parafiscal contraria a derecho.

CUARTO: Advertirle al Gobierno Nacional - Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que los recursos obtenidos por cuenta de la contribución parafiscal cuya destinación es el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC, sólo pueden ser ejecutados de manera restrictiva para la finalidad y el sector económico por el cual fue creada conforme a la amplia jurisprudencia de la Corporación en ese sentido.