D-13641
ok

CORTE CONSTITUCIONAL
SECRETARIA GENERAL
19 DIC 2019
Folios 0:27

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

Bogotá, diciembre 18 de 2019.

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

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 18 y 314 de la ley 1955 de 2019 por la cual se expide el Plan Nacional de desarrollo "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"

LUCY CRUZ DE QUIÑONES Y DIEGO QUIÑONES CRUZ , identificados respectivamente con las Cédulas de ciudadanía 41.581.364 de Bogotá y 80.874.959 de Bogotá, en nuestra calidad de ciudadanos colombianos, actuando en nombre propio y con fundamento en el artículo 40, numeral 6°, en armonía con el artículo 241,numeral 4° de la Constitución Política, conforme con el decreto reglamentario 2067 de 1991, presentamos ante la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 18 (parcial) y 314 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, que se adjunta en versión digital a la presente demanda .

I. NORMAS DEMANDADAS

Se transcriben las normas demandadas a continuación:

Ley 1955 de 2019[1]

"Por el cual (sic) se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA

Artículo 18. Contribuciones especiales a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). *Modifíquese el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:*

Artículo 85. Contribuciones especiales a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Con el fin de financiar los gastos de funcionamiento e inversión de la CREG, la CRA y la SSPD, y en general recuperar los costos del servicio, las

[1] Publicada en el diario oficial 50. 964 de mayo 25 de 2019

personas prestadoras y entidades sujetas a la regulación, inspección, vigilancia y control de las respectivas entidades, serán sujetos pasivos del pago de las contribuciones especiales anuales descritas en el presente artículo, cuyas tarifas serán determinadas por las entidades respectivas y las cuales no podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de las respectivas bases gravables. Los elementos de las contribuciones a que hace referencia el presente artículo serán:

1. Base gravable: La base gravable de cada sujeto pasivo se determinará con base en los ***costos y gastos totales devengados de acuerdo con la técnica contable menos los impuestos, tasas, contribuciones y los intereses devengados a favor de terceros independientes, del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación, este resultado se denomina costos y gastos totales depurados. Este valor se multiplicará por la división de los ingresos por actividades ordinarias reguladas y el total de ingresos por actividades ordinarias, conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior a la cual se haga su cobro.*** *La base gravable descrita se calculará para cada sujeto pasivo así:*

*Base gravable = (Costos y Gastos totales depurados) * (Total ingresos actividades ordinarias y sus actividades complementarias de servicios sujetas a inspección vigilancia, control y regulación devengados en el período) / (Total de ingresos de actividades ordinarias devengados en el período).*

Se entenderá que es un tercero independiente siempre que no cumpla con alguno de los criterios de vinculación previstos en el artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

2. Tarifa: La tarifa de cada contribución especial se determinará por cada uno de los sujetos activos de la contribución de manera independiente, ***tomando el valor del presupuesto neto de la entidad correspondiente en el año a financiar, incluidos la totalidad de gastos de funcionamiento e inversión, el cual se dividirá por la suma de las bases gravables determinadas para los sujetos pasivos conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior.***

Tarifa de contribución de sujeto activo = (Presupuesto a financiar de sujeto activo) / (Suma de bases gravables de sujetos pasivos).

3. Hecho generador. El hecho generador de cada contribución especial por parte de los sujetos pasivos, ***será la prestación de los servicios sometidos a inspección, control, vigilancia y la venta de sus bienes vigilados o regulados.***

4. Sujetos pasivos. Los sujetos pasivos de la contribución especial son las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conforme a los artículos 15 y16 de la Ley 142 de 1994, y todos aquellos que inciden directa o indirectamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos y las personas prestadoras del servicio de alumbrado público. Tratándose de la CREG también lo serán las personas prestadoras a que hace referencia el artículo 61 de la Ley 812 de 2003 y el Decreto número 4299 de 2005, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o deroguen, con excepción de los distribuidores minoristas en estación de servicio en un municipio ubicado en zona de frontera.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

Parágrafo 1°. El Gobierno nacional reglamentará las características y condiciones especiales que se requieran para la determinación de las contribuciones especiales a que hace referencia el presente artículo, así como los asuntos relacionados con la declaración, administración, fiscalización, el cálculo, cobro, recaudo y aplicación del anticipo y demás aspectos relacionados con obligaciones formales y de procedimiento. Las sanciones e intereses por el incumplimiento de las obligaciones formales y sustanciales relacionadas con la contribución especial serán las mismas establecidas en el Estatuto Tributario para el impuesto sobre la renta y complementarios.

(…).

2. La misma ley, en su artículo 314, estableció una contribución adicional y temporal sobre las mismas bases, para el fortalecimiento del Fondo Empresarial, cuyo texto legal es el siguiente:

> ***"Artículo 314. Contribución adicional a la contribución definida en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 para el fortalecimiento del Fondo Empresarial.*** *A partir del 1° de enero de 2020 y hasta el 31 de diciembre de 2022 se autoriza el cobro de una contribución adicional a la regulada en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Dicha contribución se cobrará a favor del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Las reglas aplicables a esta contribución serán las siguientes:*
>
> *1. La base gravable es exactamente la misma que la base de la contribución de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, o cuando corresponda las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen.*
>
> *2. Los sujetos pasivos son todas las personas vigiladas por la SSPD.*
>
> *3. El sujeto activo de esta contribución será la SSPD.*
>
> *4. La tarifa será del 1%.*
>
> *5. El hecho generador es el estar sometido a la vigilancia de la SSPD.*
>
> *El recaudo obtenido por esta contribución adicional se destinará en su totalidad al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. El traslado de los recursos de las cuentas de la Superintendencia al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estará exento del gravamen a los movimientos financieros";*

II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y ESQUEMA DE LAS VIOLACIONES

Las normas acusadas, contenidas en los artículos 18 y 314, violan los siguientes artículos del orden constitucional colombiano, conforme se explica en el capítulo siguiente del "concepto de la violación". En este aparte baste con listar las normas constitucionales violadas y sintetizar el sentido de la violación.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

2.1 Por el primer cargo, las normas acusadas agreden el **valor justicia junto con el principio de equidad** propios del deber individual y solidario de contribuir, por exceso en el gravamen y desproporción en relación con la **capacidad contributiva,** que son imperativos en todo deber u obligación de contribuir, según el artículo 95.9 de la CP y propios del sistema tributario artículo 363 de la CP que incluye además de la equidad, el principio de eficiencia. Las normas constitucionales establecen:

> "(…) T*oda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (…)*
> *9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado* ***dentro de conceptos de justicia y equidad****."*
>
> *Artículo 363. El sistema tributario se funda en los principios de* ***equidad, eficiencia*** *y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.*

La justicia en la tributación como principio aplicable a cualquier tipo de tributo se basa en la capacidad contributiva del obligado, noción que forma parte de la definición del género tributo y por ende común a todas las especies, siendo más exigente en los impuestos que financian gastos públicos generales, y matizada en las tasas y contribuciones con la idea de "equivalencia" relacionada con el beneficio recibido a cambio del tributo, que se funda en el uso o apropiación del servicio público, que debe ser financiado por quien lo recibe.

En el caso de las normas acusadas se ignoran las dos facetas de la justicia en la tributación, porque el tributo ignora cualquier señal de capacidad contributiva del obligado y tampoco indaga de ninguna manera el beneficio, que no llega a concretarse en el costo de la regulación o supervisión recibida por cada uno de los contribuyentes sino por una fórmula genérica de reparto de un presupuesto muy libre de las entidades de vigilancia y de un Fondo Empresarial, cuyo monto se distribuye entre todos los vigilados como si su capacidad y beneficio fuesen similares y su rol en la producción y distribución semejante: Se les grava por el flujo de costos y gastos propios y no por el servicio recibido ni por la disponibilidad de ingresos percibidos.

Esta concepción de los dos artículos acusados va en contravía del principio de justicia y de la equidad que implica reconocer a cada contribuyente según su especial posición frente al tributo o capacidad de pago. El caso extremo de injusticia en la tributación es la duplicidad de la contribución para un Fondo Empresarial sobre un mismo hecho gravado, los mismos sujetos pasivos, y sobre la misma base gravable contemplado en el artículo 314 de la Ley 1955 de 2019.

2.2 Por el segundo cargo. El artículo 18 acusado viola el **principio de legalidad,** previsto en el numeral **12 del artículo 150** de la Constitución Política, en su versión certeza en el establecimiento de la contribución. La norma violada dispone:

> Corresponde al Congreso (…) No. 12 "***establecer*** *contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley*"

Igualmente, se viola el **artículo 338 relativo a la reserva de ley** para los elementos esenciales de la obligación tributaria (sujetos activo y pasivo, hechos gravables y tarifas), norma que fija *una reserva absoluta para los impuestos y una relativa para las tasas y contribuciones,* que ya tienen su propio límite específico por el valor de la función o servicio

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

prestado y el beneficio que ellos reportan al obligado tributario. En el evento de delegación de la tarifa se exige al legislador especificar un método y un sistema legal que sirvan de derroteros claros para **el ejercicio delegado de fijación de la tarifa, al tiempo que se establece que la forma de repartir la carga también es materia reservada a la ley**. La norma constitucional expresa:

> ***Artículo 338.*** *En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. La ley, las ordenanzas y los acuerdos* ***pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos****.*
> *(…)*

Resulta que no se dijo en la ley el método específico y sistema para recuperar los costos individualizados en cada uno de los vigilados según sus características, lo que fue deferido al Gobierno. Es decir la distribución de los presupuestos entre los obligados en función de los costos propios no es un método de cálculo de beneficio alguno o de equivalencia entre el gasto público y lo que el particular debe aportar para recibir un determinado servicio. En este caso los presupuestos públicos se llevan a una sola bolsa por cada sujeto activo, para que sea la propia Superintendencia, la CREG, la CRA las que dividan por la sumatoria, englobada, de bases gravables de los sujetos para hallar una tarifa proporcional que no supera el 1% por cada ente y un 1% adicional para el Fondo Empresarial. Es decir, esta tarifa puede llegar a ser del 3% sobre la base de flujo de costos y gastos brutos sin impuestos e intereses.

2.3 Por el tercer cargo contravienen el principio de **eficiencia en materia tarifaria de servicios públicos contemplado en los artículos 365, 367 y 370** de la Constitución porque por disposición constitucional todos los costos de generar, comercializar y distribuir servicios se trasladan a los usuarios como parte del valor de las tarifas del servicio de que se trate, que incluye las contribuciones de vigilancia. Con este esquema que traslada la carga económica desde las empresas de servicios públicos o entidades autorizadas al usuario, toda desproporción y exceso de las nuevas contribuciones se paga como tributo por las entidades vigiladas y controladas pero el impacto se asume por el *usuario* del servicio público domiciliario -a quien se le factura todo costo- en desmedro de la prestación eficiente, porque la regulación duplicada en el caso del articulo 314 y aumentada en el caso del 18 encarecen sin medida el valor de los servicios.

Dicho de otra forma, el control, inspección y vigilancia de los servicios atribuido a la Superintendencia de Servicios para que se preste de la manera más eficiente paradójicamente encarecerá su prestación y recepción. Las normas violadas por este cargo son del siguiente tenor:

> *Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado* ***asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional****. (…)*

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y ***el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos****. (…)*

Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y ***control de eficiencia de los servicios públicos*** *domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios,* ***el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.***

Al encarecer los servicios públicos so pretexto de vigilarlos y regularlos se limita el acceso y desmejora la calidad de vida de los ciudadanos y el acceso a los bienes primarios básicos que son objetivos constitucionales de los Estados como el nuestro basados en la provisión social de servicios. En los casos de servicios intermedios o complementarios que no pudieran trasladarse a los usuarios finales, se privilegia la integración económica y el monopolio y se eliminan del mercado agentes que introducen la sana competencia con violación del principio de eficiencia en el mercado que es el mandato de estos artículos en el caso de servicios público inherentes a la finalidad del estado como energía y agua.

2.4 Por el cuarto cargo, que se enfoca en el artículo 314 de la Ley del Plan, se evidencia que la sobreimposición sobre determinadas riquezas es ineficiente, y agrede el **artículo 363 de la Carta**, aunque cada uno de los tributos individualmente considerados satisfaga los exámenes de legalidad, certeza, y no retroactividad, dado que este es un principio diferente que pretende recaudar tributos con el menor costo posible para la administración y menores fricciones entre los agentes de mercado. El problema radica en que la misma fuente de riqueza soporta dos o más tributos en favor del mismo sujeto activo (en este caso la superintendencia) sobre la misma base u objeto (lo que se establece en el 314) y sobre el mismo sujeto pasivo vigilado. **Este es uno de los ejemplos clásicos de inequidad proscrita en la Constitución bajo la noción justicia y equidad del art. 95 numeral 9.**

2.5 Por el quinto Cargo, el artículo 18, así como el 314 de la Ley del Plan violan el **artículo 339 de la Constitución** porque no es un vehículo apto para modificar normas tributarias permanentes ni para establecer sobretasas a las existentes que no guardan relación de conexidad con el plan mismo. Además, se viola el **principio de unidad de materia** contemplado en el artículo **158 de la carta**.

Las dos normas demandadas violan **el art 339** puesto que, por un lado, se modifica una norma permanente de tributación vinculada: la Ley 142 de 1993 en su artículo 85, cuando la materia de la ley del Plan se refiere a la acción estatal y de inversiones de las entidades públicas y además su vigencia es limitada. La otra norma acusada, el artículo 314 aunque es temporal tampoco encaja en la materia del artículo 339 de la Constitución puesto que también genera obligaciones dinerarias a los sujetos pasivos ajenos al Estado, creando un tributo nuevo para un Fondo empresarial que maneja y administra la misma Superintendencia que es el sujeto activo del tributo. Tampoco se trata de ***"especificar recursos financieros***" preexistentes para ciertos programas y proyectos públicos, porque crear no es especificar.

Colombia
UTISTA ZULUAGA
Notario 15
ARIA QUINCE
O DE BOGOTA, D.C.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

Se viola el artículo 158 por falta de unidad de materia. La Corte recientemente en mayo de 2019 profirió la sentencia C-219 de 2019[2] para declarar inexequible una norma que pretendía modificar un factor de la base de liquidación pensional, *"reiterando la línea jurisprudencial sentada en las Sentencias C-008 y C-092 de 2018 sobre la verificación del cumplimiento del principio de unidad de materia, no solo como vicio formal, sino visto desde la perspectiva de un examen material, esto es, que su análisis se adelante a partir del escrutinio del contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que este guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte."*

Las normas violadas por este cargo son del siguiente tenor:

> ***ARTICULO 158.*** *Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.*
>
> ***ARTICULO 339****. <Inciso 1o. modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es siguiente:> Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general* ***se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno****. El plan* ***de inversiones públicas*** *contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y* ***la especificación de los recursos financieros requeridos*** *para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal*

2.6 Por el sexto Cargo, se infringe el principio de debida deliberación democrática y de publicidad articulo 157 y 341 de la Constitución porque las normas tributarias acusadas fueron incluidas en la Ley del Plan omitiendo un cuarto debate con publicación previa de los textos que habían sido modificados en tercer debate en la Cámara que quedaron sin deliberación y fueron votados conforme a lo dicho por la Cámara.

Se viola la **publicidad del cuarto debate** y la debida deliberación del articulado, en particular tratándose de normas tributarias que no fueron debatidas mínimamente y además no fueron publicadas porque se optó por seguir el texto aprobado por la Cámara de representantes en sesión que culminó a las 7 y 30 de la noche, sin mediar publicación ni lectura de la proposición modificada en la Cámara para incrementar la tributación acusada.

Las normas violadas por el presente cargo disponen:

> **ARTÍCULO 157**. *Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:*
> *1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.*
> *2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el*

[2] Corte Constitucional, comunicado No. 16 del 22 y 23 de mayo de 2019.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.
3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.
4. Haber obtenido la sanción del Gobierno.

Artículo 341. *El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo de Gobierno Judicial y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.*

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, **cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria**.

III. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Dado que la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples providencias que en este tipo de acciones es deber del ciudadano accionante *"(…) formular por lo menos un cargo concreto, específico y directo de inconstitucionalidad contra la norma acusada, que le permita al juez establecer si en realidad existe un verdadero problema de índole constitucional y, por tanto, una oposición objetiva y verificable entre el contenido literal de la ley y la Carta Política"*,[3] las acusaciones que aquí se exponen se formulan directamente, de manera clara y comprensible sobre proposiciones jurídicas ciertas y reales como son las contenidas en los artículos 18 y 314 de la Ley del Plan y específicas en la medida en que se precisa cómo las normas vulneran los preceptos de la Constitución. Entendemos que los argumentos son pertinentes porque son de naturaleza constitucional, y son suficientes ya que plantean cuestiones de constitucionalidad debidamente razonadas y probadas, aptas para entrar a decidir sobre la constitucionalidad en cada uno de los cargos.

3.1 PRIMER CARGO: EL ARTÍCULO 18 AGREDE EL VALOR JUSTICIA DEL TRIBUTO JUNTO CON EL PRINCIPIO DE EQUIDAD, POR EXCESO EN EL GRAVAMEN Y DESPROPORCIÓN EN RELACIÓN CON LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA, QUE SON LOS ESTANDARES IMPERATIVOS EN LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE CONTRIBUIR SEGÚN LOS ARTÍCULOS 95.9 Y 363 DE LA CONSTITUCIÓN.

Los artículos 95.9 y 363 de la CP exigen criterios de justicia y equidad asociados al deber de contribuir al sistema tributario, lo que se refleja en el reparto individual de la carga que se impone a la "persona y el ciudadano" en virtud de la primera norma. Los criterios de justicia y equidad son exigibles en relación con las normas legales que diseñan el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones públicas para cada uno de los contribuyentes, naturalmente, atendiendo al tipo de tributo y a su fin. Dicho de otra forma, ningún tributo puede subsistir si agrede los criterios límites de justicia y equidad con los que se configuró constitucionalmente la noción tributo como deber jurídico.

- La **justicia** en la tributación es una característica intrínseca de la definición de tributo, que comprende tanto los impuestos como las tasas y contribuciones especiales,

[3]Sentencia C-561 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

fiscales y parafiscales, y corresponde, en términos generales a la forma como se considera la **capacidad contributiva** del sujeto pasivo en relación con el hecho gravado. La capacidad no es otra cosa que la aptitud que tiene cada contribuyente para pagar los tributos conforme con su riqueza y desempeño propio y cualquier otra circunstancia reveladora de riqueza y facultad de contribuir. Esas circunstancias se estandarizan en la ley tributaria en forma de magnitudes, índices y valores que conforman la base gravable a declarar, que revela una fuente de riqueza o de renta y, además, en el caso de los tributos "vinculados" a una función o servicio públicos una magnitud que muestre el valor de **apropiación o equivalencia** de un beneficio del servicio público.

- El principio de equidad tributaria ha sido definido por la propia Corte Constitucional en sentencia C-278 de 2019[4] en los siguientes términos:

  ***"En líneas generales, el contenido de ese principio refiere a la prohibición que el orden jurídico imponga obligaciones excesivas o beneficios desbordados al contribuyente**. En términos de la jurisprudencia, la equidad tributaria consiste en "un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. **Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión**"[5].*

Pues bien, los agentes del mercado sometidos a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos (SSPD) y a la Comisión Reguladora respectiva de energía y gas (CREG) o de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) deben pagar, desde 1994, un tributo especial, de período anual, por el servicio de vigilancia, control y regulación recibido, esto es por las actividades que desarrollan los citados entes administrativos en provecho de las entidades vigiladas y de la transparencia del mercado de estos servicios. Pero la modificación que sufrió la norma por el artículo 18 acusado es de tal entidad que la base gravable es completamente ajena al fin del tributo que en términos de justicia y equidad es costear el servicio recibido o apropiado por el vigilado. En este caso no se siguió el principio del beneficio porque no se mide la **equivalencia** entre el costo del servicio y su uso o apropiación y tampoco el de **capacidad contributiva** que no solo no se mide sino que llega a rebasarse porque considera el volumen de la operación de costo y gastos propios sin establecer algún límite de capacidad, como hubiera sido deseable o un referente sobre pérdidas y ganancias propias del contribuyente , utilidades, tamaño de las empresas, su rol estabilizador de precios o tarifas de mercado, su impacto ecológico, su papel en las zonas no interconectadas, etc., precisamente para evitar el exceso y la inequidad.

La contribución tributaria como especie del género tributo debe guardar relación con la porción de gastos públicos que beneficia al sujeto, no con todo el presupuesto de gastos e inversiones de la entidad que va también dirigida al cumplimiento de los deberes, a la penalización de las infracciones, y otros propósitos públicos que no afectan o inciden en la regulación de un contribuyente estándar, con buenas prácticas y autorregulación. Los gastos de funcionamiento e inversión de las entidades SSPD, CREG y CRA que se reparten entre los sujetos pasivos no son idóneos para medir este tributo de vigilancia si queremos cumplir el mandato de justicia y equidad, ya que una porción importante de los gastos públicos está

---

[4] Sentencia C-278 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[5] Sentencia T-734 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterado en las sentencias C-169 de 2014, MP. María Victoria Calle Correa y C-600 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

llamada a enjugarse con recursos del presupuesto general, o con recursos propios de esos entes por su impacto general ajeno a los individuos vigilados prestadores o receptores de servicios. Los factores materiales de la tributación vinculada que existen en la Constitución Colombiana, según el violado artículo 95.9 deben establecer esa **conexión entre el fin del servicio y el valor a pagar**, sin traspasar la capacidad de pago de los contribuyentes para cumplir con los criterios de justicia y equidad que impide la existencia de tributos exorbitantes y excesivos como este.

Precisamente, la gravedad constitucional del caso que aquí se presenta radica en que la norma acusada del art 18 de la ley del Plan, no ausculta ningún criterio previo de **justicia y equidad** (95.9) porque la **"capacidad contributiva" del sujeto pasivo,** como medida fundamental de la tributación (la llamada *justa proporción*), no se ve reflejada en la base gravable del sujeto, concebida como un **flujo de costos y gastos devengados según la técnica contable de una empresa vigilada.**

En el pasado, bajo la ley 142 de 1993 que ahora se modifica, en el artículo 85 original sí tomaba una base gravable que medía solo el gasto de *funcionamiento* de los entes de vigilancia y control efectivamente realizado y se asociaba a la actividad vigilada, vinculando el valor a repartir también con los gastos de funcionamiento de la empresa vigilada. Aunque esa operación tampoco distribuía beneficios recibidos, lo cierto es que una porción baja de gastos públicos asociada a una porción baja de gastos propios, directamente administrativos, sin compras, ni costos directos, no significaba una gran afrenta al principio de justicia y equidad porque se presumía que el remanente de los presupuestos públicos al descubierto se cubriría con recursos de otras fuentes no tributarias, como multas y partidas presupuestales, con lo cual el impacto de la contribución no llegaba a agotar las cajas de los prestadores de los servicios y de sus usuarios.

Ahora, al incluirse indiscriminadamente todo el presupuesto público de la entidad como base repartible y además llevar todos los costos propios del contribuyente a la base gravable individual, por ejemplo, tácitamente las compras de combustibles y energía que son indispensables para realizar las actividades, se castigan con el tributo, de manera que en cualquier ejercicio se pagará **por operar un servicio público y no por recibir algo de la función pública o del servicio de esas entidades.**

Las costos y gastos totales devengados, revelados en los estados financieros de cada prestador del servicio, como lo indica la técnica contable son erogaciones necesarias para producir o intermediar en el ciclo de producción y venta de bienes y servicios, y por ello **no denotan capacidad de pago sino simplemente una inversión en los inventarios para la venta o en la producción del bien de que se trate,** que definitivamente en nada se relaciona con la prestación misma del servicio de vigilancia y control.

La norma demandada obliga a tomar las compras y demás costos junto con los gastos de funcionamiento propios del vigilado, lo que genera un aumento exorbitante e inusitado en la presión fiscal, por uno de los múltiples tributos que coexisten en nuestro ordenamiento. Esta afirmación se demuestra con lo que significan los costos y gastos del sector respecto de los cálculos esperados de incremento en las dos contribuciones: (i) artículo 314 y (ii) artículo 18 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, que arrojan incrementos muy significativos. Por ejemplo, en el presupuesto de la Superintendencia de Servicios, que van desde un presupuesto en el año 2019 de $ 143.315.000.000 a un presupuesto estimado de $620.248.000.0000 en el 2020. El incremento es para el fondo de 1.610% y para la Superintendencia de 333% como se aprecia en el siguiente cuadro:

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

AÑO 2019[6]	AÑO 2020[7]
Presupuesto para el Fondo Empresarial: $27.711.987.514	**Presupuesto para el Fondo Empresarial:** $473.900.000.000
Presupuesto total para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: $143.314.758.544	**Presupuesto total para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:** $620.200.000.000

Adicionalmente, la norma tampoco indaga por algún indicador que revele **diferencias sustantivas en materia de capacidad contributiva o en valor o frecuencia de los servicios de vigilancia, control o regulación recibidos para establecer la forma de hacer el reparto de la contribución, a sabiendas de que los agentes son disimiles y la forma de hacer el reparto de los presupuestos a financiar no debería hacerse por partes iguales** dejando de lado criterios redistributivos y equitativos.

La Honorable Corte Constitucional de Colombia ya ha reconocido que la clave de bóveda en este análisis del reparto del tributo es la capacidad contributiva de los sujetos:

> "*La medida de la contribución, por vía general, la señala la ley. No obstante, si la misma excede la capacidad económica de la persona, esto es, si ella supera de manera manifiesta sus recursos actuales o potenciales con cargo a los cuales pueda efectivamente contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, la norma tributaria estaría consolidando un sistema tributario injusto.*
> *"De las normas constitucionales citadas se deriva la regla de justicia tributaria consistente en que **la carga tributaria debe consultar la capacidad económica de los sujetos gravados**.*
> *En la capacidad económica se puede identificar un presupuesto o premisa inicial de la tributación, que no puede faltar, pues, de lo contrario, con grave detrimento para la justicia tributaria, el legislador podría basarse en cualquier hecho, acto, o negocio jurídico, así ellos no fueran indicativos de capacidad económica para imponer de manera irrazonable las cargas impositivas*".
> *La tributación es de suyo la fuente de los deberes tributarios y éstos no pueden superar el umbral de lo que en un momento dado resulta **objetivamente razonable exigir de un miembro de la comunidad.*** [8]

Eso ocurre porque la base gravable, en este caso, es indiferente a la capacidad de cada cual de dar lo suyo (justicia) y porque, además trata como iguales a los desiguales que merecen un tratamiento diferenciado de acuerdo con sus posibilidades (equidad). Recuérdese que la

---

[6] **Fuente Datos 2019:** Resolución No. SSPD-20191000000025 del 2 de enero de 2019 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la cual se encuentra el presupuesto desagregado de la entidad para el año 2019. Consultado en: https://www.superservicios.gov.co/nuestra-entidad/gestion-financiera/presupuesto

[7] **Fuente Datos 2020:** En el proyecto de ley presentado para el Presupuesto General de la Nación para el año 2020, para la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios el Gobierno presenta un presupuesto de $620.200.000.000, de los cuales destinará 473.900.000.000 para el Fondo Empresarial (gaceta 674/19, página 101). En el texto aprobado en plenaria de Senado y Cámara, figura la suma de $620.248.483.343 como presupuesto para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pero no se menciona qué monto será destinado al Fondo Empresarial (Gacetas 1079 y 1037 de 2019).

[8] Sentencia de la Corte Constitucional C-252 de 1997 MP Eduardo Cifuentes Muñoz

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ
BOGOTA, D.C.

equidad fue afirmada en la Constitución como principio que informa el deber personal de contribuir y como principio del sistema en su conjunto, de manera que es controlable la norma en cuestión que pretende incrementar las tarifas de la contribución de vigilancia sin relación alguna con la capacidad contributiva sino en el apetito de gasto de las entidades de control a las que tampoco somete a ningún límite o factores de austeridad en su presupuesto.

En verdad la base -tal como queda en la norma del art 18- permite aumentar la contribución en la misma medida en que se incremente el presupuesto de las entidades en cuestión. La prohibición de exceso en la tributación (denominada en el pasado no confiscación) constituye una obviedad para un Estado que se funda en una economía de mercado y se define a sí mismo como Estado Social de Derecho que, como tal, está obligado a mantener las fuentes tributarias sin agotarlas, para cumplir sus fines prestacionales. Esta prohibición conserva valor como límite a la desproporción, más allá del cual se haría nugatorio el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa. La prohibición de exceso y la expropiación indirecta proscritas por la justicia y equidad del nivel constitucional constituyen un reforzamiento de la interdicción de arbitrariedad y falta de razonabilidad que es predicable bien sea de la base, la tarifa o en el conjunto de los tributos en tanto llevan a una obligación excesiva para el fin propuesto.

La Corte Constitucional, sobre el tema del tributo excesivo en una temprana sentencia C-364 de 1993 en la que actuó como M.P. Carlos Gaviria, advierte:

> *Cierto tipo de limitaciones excepcionales al poder impositivo del Estado -particularmente de orden cuantitativo-* ***que la jurisprudencia anterior a la actual Constitución justificaba bajo la figura del "impuesto confiscatorio" o "expropiatorio"****, deben ahora considerarse de acuerdo con los principios de* ***justicia y equidad*** *fiscales que, de una parte, se erigen en el fundamento del deber de toda persona de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (C.P art. 95-9) y, de otra, en límite del poder impositivo del Estado (C.P art. 95-9 y 363). Esto quiere decir que el establecimiento de un impuesto injusto e inequitativo no entra en la órbita constitucional del poder impositivo. La tributación necesariamente afecta la propiedad y la riqueza y es un poderoso y legítimo instrumento de redistribución del ingreso y de reducción de las desigualdades sociales y económicas.* ***Sin embargo, su cometido no es destruir las fuentes de la riqueza y del trabajo de la sociedad.*** *(...)*[9]

Adicionalmente, la norma ignora la otra cara de la moneda, que es la **moderación en el gasto a financiar** (que no es otro que el presupuesto de gastos e inversión del ente de control y regulador), ya que no establece límite alguno de crecimiento, ni relaciona ningún indicador económico conocido, como el IPC o el crecimiento del PIB. De manera, que la "contribución" crece año tras año sin ningún muro de contención, pese a que los ingresos y actividades privadas e incluso públicas de quienes prestan servicios públicos no corren con la misma suerte.

Para observar cómo el aumento exorbitante e inusitado en el presupuesto de la Superintendencia de Servicios Públicos (de 143.315.000.000 a un presupuesto estimado de

---

[9]Corte Constitucional, Sentencia C-364 de 1993, REF.: Demanda Nº D – 198, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 118 de la Ley 6ª de 1992 *"por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones*". Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

$620.248.000.0000 en el 2020) impacta en mayor medida a algunos operadores de los sectores regulados. Por ejemplo, vamos a tomar los **agentes y empresas del sector de la energía que exhiben diferencias sustantivas en los márgenes operacionales de su actividad (ver anexo 1)**. Así, mientras que los generadores y quienes tienen empresas con integración vertical (involucrando generación, distribución y comercialización) se enfrentan a costos en promedio del 55 al 60% de sus ingresos operativos, quienes se dedican a la transmisión tienen costos bastante menores en términos relativos (aproximadamente del 30% de sus ingresos), mientras que los distribuidores tienen costos promedio cercanos al 70% de sus ingresos. El caso más grave es el de los comercializadores que tienen promedios que oscilan en torno al 90% de sus ingresos **(ver anexo 1**).

La anterior diferencia fundamental en el modelo financiero de los distintos operadores significa que el impacto de un tributo cuya **base gravable está construida en función de los costos y gastos totales es marcadamente más oneroso** (**e inclusive confiscatorio) para los agentes que llevan a cabo actividades de bajo margen**, por ejemplo, (en esencia, los comercializadores y, en menor medida, los distribuidores), que para los agentes con márgenes moderados (los generadores y los agentes con operación integrada), y que para los agentes con altos márgenes (los transmisores). Así, un comercializador de energía (cuyos costos superan el 90% de sus ingresos), debe tributar de forma desproporcionadamente mayor a los que transportan la energía no adquirida, al igual que los que transportan el gas o el agua hasta la puerta de la ciudad y por eso el peso de la contribución para cada agente puede variar asombrosamente en relación con su disponibilidad de recursos, aun en igualdad de condiciones de utilidades. En algunos casos los contribuyentes pueden ver su tributación de vigilancia variar del 20% al 400% de su utilidad.

Desde el punto de vista de la agresión a la **equidad,** se evidencia que la norma acusada genera un impacto desigual para los prestadores que requieren manejar mayores costos y gastos para el buen funcionamiento de sus servicios aunque su margen propio sea mínimo. En una disposición acrítica de las diferencias intragrupo considera que los costos y gastos impactan por igual a los distintos tipos de agentes y empresas, cuando el porcentaje de los ingresos por servicios de su actividad operacional que cada tipo de actor debe gastar para sufragar los costos de poner en venta su bien o prestar su servicio es considerablemente disímil como se advierte de un examen aritmético de la proporción de costos y gastos de los operadores en el sector de la energía eléctrica, por ejemplo, en relación con sus ingresos que oscilan desde el 30% hasta el 90% sin que ese indicador signifique que los últimos reciben mayor beneficio o generen mayores controles.

Lo dicho hasta aquí es predicable del artículo 18 y, también del 314 porque este último lo replica, sujetándose en todo a las definiciones del primero. En el caso del artículo 314 que sigue las mismas reglas, la falta de justicia y equidad intrínseca del tributo es superlativa porque se obliga a pagar no por un beneficio propio o real del contribuyente vigilado o regulado sino por la simple existencia de un Fondo al que accederán solo los que manejan mal sus empresas, con cargo a los cumplidores de sus deberes mercantiles y sociales. De hecho, la Corte Constitucional, sentencia C-278/19, afirma que el rasgo característico de las contribuciones radica en el beneficio directo que ella reporta:

> *24. Para esta Corporación, las contribuciones especiales tienen como fundamento "...la compensación que le cabe a la persona por el* ***beneficio directo que ella reporta como consecuencia de un servicio u obra que la entidad pública presta, realiza o ejecuta.*** *Correlativamente, el sistema y el método para definir la tarifa de*

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

cada una de estas dos especies tributarias es diferente y debe, en todo caso, ajustarse y consultar su naturaleza específica."

En posterior pronunciamiento reiteró la Corte que las contribuciones especiales tienen como finalidad: "... la compensación por el beneficio directo que se obtiene como consecuencia de un servicio u obra realizada por una entidad."

25. De esta manera, el principal rasgo característico de las contribuciones especiales radica en la producción de beneficios particulares en bienes o actividades económicas del contribuyente, ocasionada por la ejecución del gasto público. En otras palabras, se trata de una especie de compensación por los beneficios recibidos causados por inversiones públicas realizadas por el Estado y busca evitar un indebido aprovechamiento de externalidades positivas patrimoniales y particulares generadas por la actividad estatal, que se traducen en el beneficio o incremento del valor de los bienes del sujeto pasivo[10].

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

Finalmente, la posibilidad de trasladar la carga a los terceros usuarios (posibilidad que en el caso de algunos comercializadores ni siquiera existe) de los servicios no es una excusa constitucionalmente válida para incrementar desmesuradamente esta contribución, porque el consumidor de servicios públicos básicos debe ser protegido en un Estado como el nuestro que se precia de su condición de Estado Social de Derecho, como se expone en el tercer cargo. Ninguna indicación o referencia se hace al crecimiento del presupuesto a financiar como el PIB o IPC o algún otro referente al tope de crecimiento de un año a otro en la carga del contribuyente, que sería, precisamente, un criterio de justicia y equidad que se echa de menos en la formulación acusada y ratifica la completa ajenidad a consideraciones de equidad y de justicia en la tributación.

Como se observa, se cumplen los supuestos que la Corte Constitucional, en sentencia C-278/19[11], ha determinado que configuran vulneraciones al principio de equidad tributaria y que por su importancia se transcriben a continuación[12].

*33.1. **Un primer supuesto es cuando el monto a pagar por concepto del tributo se define sin atender la capacidad de pago del contribuyente**. Ejemplo de ello es la situación analizada en la **Sentencia C-876 de 2002**[13], fallo que declaró la inexequibilidad de la norma que establecía una base gravable presunta con carácter no desvirtuable, que incluso podía llegar a ser superior a la capacidad de pago del contribuyente.*

*33.2. El segundo supuesto opera cuando **la regulación grava de manera disímil a sujetos o situaciones jurídicas análogas, sin que concurra una justificación constitucionalmente atendible para ello**. Por ejemplo, en la **Sentencia C-748 de 2009**[14] se concluyó que se vulneraba el principio de equidad tributaria al otorgarse beneficios tributarios a los magistrados de tribunal, con exclusión de otros funcionarios*

---

[10] Sentencia C-278/19 Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019).

[11] Sentencia C-278/19 Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019).

[12] La recopilación de variables de afectación de la equidad tributaria, en los tres primeros supuestos, es tomada de la sentencia C-010 de 2018, antes citada.

[13] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[14] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

judiciales que históricamente habían recibido el mismo tratamiento legal, tanto de índole laboral como administrativo y tributario.

33.3. El tercer supuesto de afectación del principio de equidad, identificado por la jurisprudencia constitucional, es cuando ***el tributo es o tiene implicaciones confiscatorias.*** *Ello sucede en el caso que la obligación fiscal implique una expropiación de facto de la propiedad privada o de los beneficios de la iniciativa económica de los particulares.* ***Esto en razón a que dicha actividad productiva deba destinarse exclusivamente al pago del tributo, impidiéndose el logro de ganancia para el sujeto pasivo del mismo.***[15] *A este respecto, debe tenerse en cuenta que el efecto confiscatorio en mención opera cuando el impuesto genera un impacto desproporcionado en el patrimonio del contribuyente, con efectos claramente expropiatorios. Así, previsiones que establezcan tratamientos fiscales más gravosos o que deroguen beneficios impositivos, pero que carezcan de la entidad señalada y estén dirigidas a la satisfacción de fines constitucionalmente valiosos, no generan infracción del principio de equidad tributaria*[16].

33.4. Finalmente, un cuarto supuesto de vulneración de la equidad tributaria detectado por la jurisprudencia constitucional, este con un carácter más general, consiste en la prescripción por el Legislador de ***tratamientos jurídicos irrazonables, bien porque la obligación fiscal se base en criterios abiertamente inequitativos, infundados o que privilegian al contribuyente moroso y en perjuicio de quienes cumplieron oportunamente con el deber constitucional de concurrir con el financiamiento de los gastos del Estado****. Para la Corte:*

> *"La equidad tributaria se desconoce cuándo se deja de lado el principio de igualdad en las cargas públicas. La condición de moroso no puede ser título para ver reducida la carga tributaria. La ley posterior retroactivamente está produciendo una inequitativa distribución del esfuerzo tributario que se supone fue establecido de manera igualitaria. La reasignación de la carga tributaria paradójicamente favorece a quienes incurrieron en mora y se acentúa en términos reales respecto de quienes observaron la ley."*[17]

En resumen, en el caso presente se evidencia que las normas acusadas toman el tributo como un medio para financiar la actividad de control y vigilancia de un sector que si bien es indispensable para la sociedad, tiene como fin último "regular" no destruir un sector que lleva bienestar a los usuarios de servicios públicos. La norma acusada no se interesa por las proporciones equitativas entre el medio (la contribución) y la finalidad (la financiación de un servicio) que se le presta al contribuyente, ni la idoneidad de la base para medir el beneficio o "justa medida" según lo que recibe quien es llamado contribuyente. Esto se constata no solo porque la base y la tarifa escritas en las normas acusadas no se relacionan en forma alguna con el beneficio sino porque tampoco indican - así fuera indirectamente- la medida de utilidad o externalidad positiva que se recibe según el principio del beneficio inherente a las contribuciones.

---

[15] Sentencia C-619 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[16] Sentencia C-1003 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[17] Sentencia C-511 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de un conjunto de normas que prescribían saneamientos fiscales y redenciones de las obligaciones tributarias a cargo de personas morosas en el pago de ciertos impuestos).

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

3.2 SEGUNDO CARGO: EL ARTÍCULO 18 VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SU VERSIÓN CERTEZA RESPECTO DE LA BASE, SUJETOS Y HECHO GRAVADO (ARTÍCULO 338) Y EN CONSECUENCIA EL 314 TAMBIÉN INCURRE EN LOS MISMOS VICIOS

Se viola el *principio de legalidad. "nullum tributum sine lege praevia, scripta, stricta et certa"*. Las normas demandadas omiten definiciones comprensibles o ciertas de todos los elementos de la obligación, pese a la obligación de fijarlos prevista en el art 338 para que el tributo se entienda establecido como lo manda el 150 No. 12.

Partiendo del principio de legalidad, que se encara con la expedición de la ley por el órgano reconocido, es necesario verificar las características que se han desarrollado a través del tiempo para que se entienda que realmente fue la ley la que en efecto estableció el tributo dada la claridad de sus elementos: la ley debe ser escrita (***lex scripta***); debe ser anterior al hecho instituido como gravable (***lex praevia***); debe ser estricta o de conductas típicas porque lo que no está expresamente gravado pertenece al mundo de lo excluido por el legislador (***lex stricta***) y debe estar dotada de certeza, lo que alude a la comprensibilidad por aquellos llamados a cumplir con el gravamen y también por los funcionarios llamados a aplicar las normas (***lex certa***). Para el cumplimiento del principio de legalidad no basta con sugerir una "idea" de gravamen porque estas características propias de la ley tributaria, análogas a las de la ley penal, exigen que la ley penetre en la definición del tributo y la forma en que nace la obligación sustancial o de pago.

Entonces, la interpretación de las competencias reguladas en el artículo 338 debe armonizarse con la existencia de una **ley cierta y previa** que defina los elementos esenciales que identifican y separan el tributo en cuestión de otros instrumentos tributarios. Se trata también de un derecho del contribuyente a conocer desde su creación cómo y en qué sentido lo impactan las decisiones tributarias del Congreso que lo obligan a desprenderse de una parte de su renta o riqueza para sostener las cargas públicas en distintos niveles de gobierno.

La idea, hoy aceptada, de permitir que otros actos que no tienen fuerza y valor de ley fijen un elemento como la tarifa o alícuota para cuantificar la obligación, deja a salvo la identidad, tipicidad o taxatividad y certeza que son propios de la ley expedida por el Congreso en virtud del principio de legalidad. En la sentencia C-260 del 2015, con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional afirma que este principio reviste las siguientes características: "i*) la necesaria representación popular en el establecimiento de los tributos; ii)* ***la certeza del tributo, que implica la fijación clara y precisa de todos y cada uno de los elementos del mismo****; iii) la ausencia de soberanía fiscal en cabeza de las entidades territoriales; y iv) la posibilidad de que las entidades territoriales, con base en su autonomía, regulen aspectos tributarios dentro del marco fijado por la ley*[18]*".* De acuerdo al artículo 338 de la C.P., en nuestro derecho constitucional, **el mandato del Legislador es de imperativo cumplimiento para la autoridad administrativa en el caso de tributos nacionales y esta contribución es de carácter nacional.**

Debe establecerse por ley un sujeto activo, uno pasivo, un hecho generador, una base gravable y una tarifa. Si bien la Constitución permite que se autorice a estas autoridades para determinar la tarifa en las tasas y contribuciones (*siguiendo el método y el sistema*

---

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-260 del 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperada en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-260-15.htm

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

establecido por la ley), su actuación está restringida a lo prescrito en la ley de creación del tributo, que debe ser lo suficientemente indicativa de la esencia del tributo y el mecanismo que sirva para captar la obligación, en función de ciertas pautas que entrelazadas entre si constituyan un método de determinación claro para todos para hallar primero el factor en el que el tipo o tarifa se aplica a una base ya dada por la ley .

Una primera conclusión resulta imperativa: en virtud de los principios de legalidad y seguridad jurídica es el legislador quien está facultado para determinar los elementos esenciales del tributo (principio de reserva de ley estricto para impuestos nacionales que se concentra en la ley). Y una segunda conclusión nos lleva a afirmar que en virtud del mandato constitucional del artículo 338 de la Constitución Política, que autoriza cobrar tasas y contribuciones a los contribuyentes con el objetivo de recuperar los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionan, **se permite determinar vía reglamento o resolución administrativa, según la autorización, solamente el valor de la tarifa, siempre y cuando "*el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, estén fijados por la ley*"**.

En este caso los elementos del tributo "formalmente" se describen en la norma del artículo 18 y se siguen en el 314, ambos acusados, pero en verdad son tan erráticos que no especifican por qué se superponen bases y tarifas en dos tributos acumulativos ni cómo entrará a modularse la suma a pagar ***según el beneficio,* o dentro del espectro de todas los costos y gastos cuáles podrían ser adecuados o excluidos, dejando un espacio amplio al reglamento para fijar esas circunstancias, incompatible con el principio de legalidad.**

Veamos cada uno de los elementos:

a. La base está "definida" en la ley acusada como una magnitud referida al sujeto pasivo, "con base en" costos y gastos totales depurados de impuestos, tasas, contribuciones e intereses, así

> "1. Base gravable: La base gravable de cada sujeto pasivo ***se determinará con base en los costos y gastos totales devengados de acuerdo con la técnica contable menos los impuestos, tasas, contribuciones y los intereses devengados a favor de terceros independientes, del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación***, este resultado se denomina costos y gasto totales depurados. Este valor se multiplicará por la división de los ingresos por actividades ordinarias reguladas y el total de ingresos por actividades ordinarias, conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior a la cual se haga su cobro. La base gravable descrita se calculará para cada sujeto pasivo así:
>
> Base gravable = (Costos y Gastos totales depurados) * (Total ingresos actividades ordinarias y sus actividades complementarias de servicios sujetas a inspección vigilancia, control y regulación devengados en el período) / (Total de ingresos de actividades ordinarias devengados en el período). "
>
> Se entenderá que es un tercero independiente siempre que no cumpla con alguno de los criterios de vinculación previstos en el artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

La incertidumbre insuperable surge porque el legislador acudió a una formulación abierta para fijar **la base** a través de la expresión ***"con base en"*** los costos y gastos totales

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

devengados por cada sujeto" de acuerdo "con la técnica contable" pero no reveló directamente cuáles de esos costos y gastos contables realizados por el sujeto son objeto de tributación. "Con *base en"* se emplea en el lenguaje corriente para expresar que aquello de lo que se habla tiene cierto apoyo o fundamento, así, se usa con el sentido de 'con apoyo en' o 'con fundamento en'. En este sentido, puede reemplazarse por expresiones como *sobre la base de*, *en función de*, *basándose en*, *a partir de*, *de acuerdo con*, *con base en* o *según*[19] que consideran los rubros anotados pero no necesariamente en su totalidad. Como no existe en Colombia una autorización constitucional para gravar **todo el costo o gasto de una entidad jurídica o persona natural con una contribución especial** que no pretende cubrir todos los costos y gastos del aparato estatal y mucho menos de dos o tres entidades de control y vigilancia, esa última interpretación podría ser plausible para condicionar la constitucionalidad a que no se entiendan todos los costos y gastos del prestador gravados con la contribución, lo que salvaría la acusación de falta de equidad, pero no la de falta de legalidad o certeza por el espacio discrecional que se otorga al reglamento, que es superior al que la Constitución permite precisamente por el principio de legalidad. *Al respecto ha señalado la Corte:*[20]*"*

> *"La Constitución establece entonces que la ley debe fijar directamente los elementos esenciales del tributo, pero no cualquier definición basta para satisfacer el principio de legalidad.* ***Una abierta imprecisión en el diseño de la obligación implica que las autoridades encargadas de ejecutarla serán las llamadas a completar los vacíos o indeterminaciones de la regulación legal, con lo cual estas terminarían definiendo a su vez aspectos esenciales de los elementos constitutivos del gravamen cuyo establecimiento es competencia del Congreso****. Por tanto, estos elementos deben fijarse de modo suficientemente claro y cierto."*

b. La tarifa aplicable a la base, que presuntamente es la delegada a cada entidad no se estructura mediante un método abstracto sino a través de una operación aritmética en la que las entidades siempre tienen la flexibilidad de aumentarla permanentemente dependiendo del valor de sus propios presupuestos generales de gastos e inversión, como se aprecia de la redacción legal:

> 2. Tarifa: La tarifa de cada contribución especial se determinará por cada uno de los sujetos activos de la contribución de manera independiente, tomando el valor del presupuesto neto de la entidad correspondiente en el año a financiar, incluidos la totalidad de gastos de funcionamiento e inversión, el cual se dividirá por la suma de las bases gravables determinadas para los sujetos pasivos conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior.
> Tarifa de contribución de sujeto activo = (Presupuesto a financiar de sujeto activo) / (Suma de bases gravables de sujetos pasivos).

Como se puede observar, la tarifa también viola el principio de legalidad porque es absolutamente abierta: la tarifa se establece para cada uno de los **sujetos activos** de la contribución (SSPD, CREG, CRA) de manera independiente, porque se forma tomando el valor del ***presupuesto neto de la entidad correspondiente en el año a financiar***, incluidos

---

[19] Diccionario de Dudas del Lenguaje: https://www.diccionariodedudas.com/con-base-en-en-base-a-o-con-base-a/ Consultado: 8 de octubre de 2019, 04:10 pm.

[20] Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz) y Sentencia C-585 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa)

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

la totalidad de gastos de funcionamiento e inversión. Este valor se **dividirá por la suma de las bases gravables determinadas para los sujetos pasivos conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior** con lo cual se puede afirmar:

1. Los costos y gastos que sirven de fundamento al contribuyente para determinar la base concurren dos veces: en la formación de la base gravable ya analizada y en formación de la tarifa de esta contribución, lo que no aparece como una norma clara.
2. La tarifa por cada entidad puede superar la unidad porque se hace una operación independiente por cada sujeto activo o ente público, de manera que no se comprende bien el tope del 1%.
3. Además en materia de base a repartir para fijar la tarifa, como ya se expuso en el cargo primero, si la existencia de los entes de control, vigilancia y regulación está justificada por la tarea de dinamizar y estabilizar al sector en beneficio de los usuarios y al mismo tiempo propender por un esquema de precios justos y de condiciones de contratación que hagan equilibradas las prestaciones entre las partes, se concluye que el presupuesto atiende una función más amplia que alude a la promoción del cumplimiento de los deberes por parte de los usuarios y de las obligaciones de las empresas y demás entes prestadores acorde con el mercado y su lógica económica y no solo está para beneficiar al vigilado luego su presupuesto pleno no podría ser, lógicamente, el punto de partida de la tarifa sino la porción que va dirigida a los prestadores de servicios.

La tarifa es una alícuota de la base gravable propia del contribuyente, que arroja la obligación dineraria a pagar según el beneficio recibido, como ya se ha dicho. Esta fracción es la Constitución exige definir directamente o delegar en autoridades administrativas mediando método y sistema, pero en la norma acusada la tarifa depende fundamentalmente de la inmoderación de los entes públicos que ejercen la vigilancia y control porque estando las sumas bajo el control del sujeto pasivo en el divisor todo ahorro en costos y gastos propios aumenta la tarifa, lo que tampoco puede entenderse como el querer del legislador. El tope del 1% tampoco significa un método o un sistema sino un límite.

c. El hecho generador que es el factor que identifica cada tributo para conocer su naturaleza y encajarlo en la tipología tributaria de los tributos o contribuciones fiscales (en la terminología del 150 n 12) y en la taxonomía constitucional más específica (del artículo 338) como impuesto, tasa o contribución, en este caso debería consistir en la función misma o servicio prestado relacionado con el beneficio (por ejemplo en la contribución de valorización el valor de la obra ejecutada por el coeficiente individual atribuible al predio y al sujeto, que es el que se apropia por el contribuyente).

Pero extrañamente para ese elemento esencial la disposición acusada prescribe que el hecho generador, predicable del sujeto pasivo, es prestar servicios sujetos a inspección control vigilancia y vender servicios regulados o vigilados lo cual es una tautología inconstitucional porque el simple hecho de prestar servicios públicos vigilados no da origen a ningún tributo vinculado, en tanto el hecho gravado es la percepción de un beneficio, servicio o incremento de utilidades que requiere la presencia de beneficios y servicios públicos recibidos.

> 3. Hecho generador. **El hecho generador de cada contribución especial por parte de los sujetos pasivos, será la prestación de los servicios sometidos a inspección, control, vigilancia y la venta de sus bienes vigilados o regulados.**

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

Pero según la Constitución, en las contribuciones el hecho gravado o generador no parte de una actividad del sujeto pasivo sino del sujeto activo, cuyo costo se pretende financiar con un tributo porque el sujeto activo ejecuta labores o funciones en beneficio de los contribuyentes y son, precisamente esas tareas las que dan origen a la obligación tributaria a cargo del grupo de individuos beneficiados en proporción al beneficio o valor del servicio. Un hecho muy distinto es ser vigilado o regulado porque esa categoría o en esa condición se atribuye la condición de sujeto pasivo "potencial" que se hace efectivo cuando recibe el beneficio. Más oscuridad introduce el hecho generador en el artículo 314 porque en esa norma se define como "***estar sometido a la vigilancia de la SSPD"*** y no la mera prestación del servicio sometido a inspección, cuando es el mismo tributo, duplicado, con una destinación diferente.

d) **Los sujetos pasivos** no lo son en cuanto prestadores del servicio simplemente sino en cuanto vigilados efectivamente dentro de un mercado regulado que los preserva y alienta, para guardar coherencia con la contribución y por ello una fracción del artículo en lo que se refiere al **sujeto pasivo también es inconstitucional** al traer a la misma condición de beneficiarios de la función a quienes **"*inciden* en los servicios públicos**" aun sin ser vigilados como pretende la norma legal. La tributación vinculada a un servicio se finca en una actividad pública de tal forma que sin servicio no hay tributo vinculado y sin beneficio tampoco porque ambos son elementos de las tasas y contribuciones al tenor del artículo 338 constitucional, que se viola como se constata con la lectura de la norma legal:

> *"4. Sujetos pasivos. Los sujetos pasivos de la contribución especial son las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley 142 de 1994, y todos aquellos que inciden directa o indirectamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos y las personas prestadoras del servicio de alumbrado público. Tratándose de la CREG también lo serán las personas prestadoras a que hace referencia el artículo 61 de la Ley 812 de 2003 y el Decreto número 4299 de 2005, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o deroguen, con excepción de los distribuidores minoristas en estación de servicio en un municipio ubicado en zona de frontera."*

Es cierto que el parágrafo 1 de este artículo permite al Gobierno Nacional reglamentar las características y aquellas condiciones especiales que se requieran para desarrollar esta contribución, con lo cual se podría, eventualmente, establecer las diferencias de equidad, los límites de crecimiento, la comprobación del beneficio y otras circunstancias que harían más claras las categorías del tributo. No obstante, dado el diseño legal en la parte en la que se pretende financiar completamente tres entres públicos relacionados con los servicios públicos domiciliarios, y la omisión de objetivos de la ponderación de circunstancias la norma tampoco logra garantizar la legalidad en versión certeza lo que pone en duda que se logre preservar la capacidad de los sujetos pasivos para continuar contribuyendo sin que el pago del tributo haga su negocio inviable y, consecuentemente, se genere un círculo vicioso de menor recaudo tributario porque esas características y condiciones diferenciales y técnicas solo podrían influir en la segmentación de tarifas y no en la base que ya es un dislate en la ley.

> Parágrafo 1°, según el cual *"El Gobierno Nacional reglamentará las* ***características y condiciones especiales que se requieran para la determinación de las contribuciones especiales*** *a que hace referencia el presente artículo, así como los asuntos relacionados con la declaración, administración, fiscalización, el cálculo,*

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

cobro, recaudo y aplicación del anticipo y demás aspectos relacionados con obligaciones formales y de procedimiento.(…)"

e) Y **respecto de delegación de la tarifa**, se viola la misma norma constitucional del 338, porque el método no consta en la ley sino que se delegan las circunstancias específicas al reglamento en el parágrafo 1 de ese mismo artículo.

La norma acusada cuando se refiere a la tarifa describe una operación aparentemente simple pero oscura en el fondo: dividir el gasto total del presupuesto público de cada uno de los entes de control entre la sumatoria de las bases (costos y gastos) de los vigilados, sin contar para ello con criterios de relación entre los dos factores y los beneficios recibidos por el contribuyente, como ya se mencionó en el cargo de falta de justicia y equidad. Lo desconocido en la delegación de la tarifa son varios aspectos tutelares del tributo:

- Existe una variable que depende de los entes de control que es el monto total de su presupuesto de funcionamiento e inversión sin ningún límite en su crecimiento relacionado con variables macroeconómicas como el crecimiento del PIB o del IPC, lo cual invita a una gran expansión de nómina y gastos públicos, absolutamente incontrolados por los ciudadanos contribuyentes.

- La norma acusada otorga a los entes públicos la garantía de dividir tales gastos entre todos los actores vigilados de manera que una parte de la ecuación es variable pero garantizada, peso a peso, **pero no indica el método** según el cual se tomarían los coeficientes de cada uno de los gastos propios de cada sector o de cada agente vigilado, para auscultar los beneficios medibles. Tampoco se toma la molestia de fijar indicadores de eficiencia de los entes públicos para que la tarifa de contribución se enlace con los provechos de la gestión. En efecto, la norma acusada regula esta fórmula para fijar la tarifa así:

> *Tarifa: La tarifa de cada contribución especial se determinará por cada uno de los sujetos activos de la contribución de manera independiente, tomando el valor del presupuesto neto de la entidad correspondiente en el año a financiar, incluidos la totalidad de gastos de funcionamiento e inversión, el cual se dividirá por la suma de las bases gravables determinadas para los sujetos pasivos conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior.*
>
> *Tarifa de contribución de sujeto activo = (Presupuesto a financiar de sujeto activo) / (Suma de bases gravables de sujetos pasivos).*

Como el divisor del monto a financiar es la sumatoria de bases gravables de todos los sujetos pasivos, también resulta indispensable recordar cuál es la base individual. La regla acusada, fija la siguiente base

> *"Base gravable: La base gravable de cada sujeto pasivo se determinará con base en los costos y gastos totales devengados de acuerdo con la técnica contable menos los impuestos, tasas, contribuciones y los intereses devengados a favor de terceros independientes, del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación, este resultado se denomina costos y gastos totales depurados. Este valor se multiplicará por la división de los ingresos por actividades ordinarias reguladas y el total de ingresos por actividades ordinarias, conforme a los estados financieros de la vigencia*

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ
BOGOTA, D.C.

fiscal anterior a la cual se haga su cobro. La base gravable descrita se calculará para cada sujeto pasivo así:

*Base gravable = (Costos y Gastos totales depurados) * (Total ingresos actividades ordinarias y sus actividades complementarias de servicios sujetas a inspección vigilancia, control y regulación devengados en el período) / (Total de ingresos de actividades ordinarias devengados en el período).*

Se entenderá que es un tercero independiente siempre que no cumpla con alguno de los criterios de vinculación previstos en el artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

Pero para la norma constitucional violada el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. La falta de certeza del método se comprueba en que a renglón seguido, luego de haber descrito una fórmula global de reparto sin pautas ni criterios que pudieran llamarse sistemáticos, se autoriza la entrada del Ejecutivo para reglamentar las *condiciones especiales y las características de la contribución* como si esta parte del método no estuviera cubierta por la reserva de ley, precisamente para establecer bajo qué características las tarifas se pueden graduar o aminorar, si se pueden diferenciar los factores según las actividades vigiladas y si una porción de la operación de la Superintendencia y comisiones se financia con recursos presupuestales y otros ingresos.

- Las descripciones aplicables a los actores del sector eléctrico[21] -que van desde pequeñas empresas de energías renovables, distribuidores, comercializadores, hasta grandes generadores y empresas de gran tamaño-pueden ser dictados por el Ejecutivo y no por el Legislador que se desentendió de las características y condiciones especiales para determinar la contribución.

---

[21] Art 15 y 16 de la ley 142 de 1994 **ARTÍCULO 15.** Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos: 15.1. Las empresas de servicios públicos. 15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. Ver art. 125, Ley 1450 de 2011. 15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley. 15.4. Reglamentada por el Decreto Nacional 421 de 2000. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. 15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley. 15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17. Ver art. 1, Decreto Nacional 1713 de 2002, Ver Resolución CREG 135 de 2012. **ARTÍCULO 16**. Aplicación de la ley a los productores de servicios marginales, independiente o para uso particular. Los productores de servicios marginales o para uso particular se someterán a los artículos 25 y 26 de esta Ley. Y estarán sujetos también a las demás normas pertinentes de esta Ley, todos los actos o contratos que celebren para suministrar los bienes o servicios cuya prestación sea parte del objeto de las empresas de servicios públicos, a otras personas en forma masiva, o a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la Ley, o en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia. Las personas jurídicas a las que se refiere este artículo, no estarán obligadas a organizarse como empresas de servicios públicos, salvo por orden de una comisión de regulación. En todo caso se sobrentiende que los productores de servicios marginales independientes o para uso particular de energía eléctrica están sujetos a lo dispuesto en el ARTÍCULO 45 de la ley 99 de 1993. PARÁGRAFO. Cuando haya servicios públicos disponibles de acueducto y saneamiento básico será obligatorio vincularse como usuario y cumplir con los deberes respectivos, o acreditar que se dispone de alternativas que no perjudiquen a la comunidad. La Superintendencia de Servicios Públicos será la entidad competente para determinar si la alternativa propuesta no causa perjuicios a la comunidad.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

- Como si fueran pocos los defectos constitucionales de la base y de la tarifa, el artículo 18 escoge factores de costos y gastos del sujeto pasivo que tampoco revelan la intensidad en el uso del servicio que ellos hacen y que presta la superintendencia y las comisiones.

- Por último, otro factor de incertidumbre del Artículo 18, al modificar las contribuciones especiales a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) es el que menciona las tarifas delegadas por cada una de las entidades respectivas, de forma plural, explicando que las tarifas "**no podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de las respectivas bases gravables", pero no dice si acumulativamente pueden superar el límite del 1 o del 3%**

3.3 TERCER CARGO: SE VIOLA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 365, 367 Y 370, POR CUANTO EL NUEVO TRIBUTO OBLIGA A PRESTAR EL SERVICIO EN CONDICIONES DE INEFICIENCIA ECONÓMICA CON MAYOR COSTO PARA EL USUARIO, SIN CONSIDERACIÓN A LA FINALIDAD SOCIAL QUE EL ESTADO CUMPLE A TRAVÉS DE LA GARANTÍA DE ACCESO A ESTOS SERVICIOS. ADICIONALMENTE SE VIOLA EL PRINCIPIO PROPIO DE LA TRIBUTACIÓN QUE ES LA EFICIENCIA.

Todos estaremos de acuerdo con la idea según la cual el Estado debe dar ciertas facilidades y oportunidades para que cada uno de los ciudadanos desarrolle sus capacidades y acceda a los bienes primarios, incluso ejecute programas que permitan incrementar las capacidades de los menos favorecidos con el fin de que adquieran esos bienes y servicios primarios según sus necesidades e intereses.

En el plano constitucional el artículo 365 de la Constitución Política consagra que "*los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado"* y que "es deber del Estado asegurar su prestación **eficiente** a todos los habitantes del territorio nacional" al tiempo que se mantiene en cabeza del Estado *"la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*". Por otra parte, el artículo 367 atribuye a la ley la fijación de "competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos". Es decir, la financiación del servicio y las tarifas son objeto de regulación por una ley especial que se ha visto interferida por el artículo 18, en desmedro de los derechos de los usuarios a quienes desprotege cuando se le traslada la contribución y de los operadores de los servicios a quienes recarga con una contribución excesiva que no siempre se puede trasladar a los usuarios por el papel que juegan en la cadena de prestadores ciertos agentes.

Es cierto que el control y vigilancia de los servicios públicos se ejerce por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como lo ordena el artículo 370 de la Carta pero la finalidad de tal intervención no es otra que asegurar la prestación eficiente de los servicios. Ahora, como los costos eficientes y otros factores de modulación en el régimen de control de tarifas o en el de libertad vigilada limitan el ingreso de los prestadores, muchos sujetos pasivos resultan afectados de tal forma que se restringe, en lugar de expandir el acceso al servicio público, y asegurar la prestación de los servicios, que es la tarea que le asigna a la Superintendencia la propia Constitución. En contra de los mandatos constitucionales se obliga a los sujetos pasivos a asumir el incremento inmoderado de estas contribuciones lo que implica una vulneración del valor justicia en la tributación atribuible a

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

la ampliación exagerada del presupuesto de la entidad de vigilancia mientras que el servicio recibido permanece de manera similar.

En lo tributario, la contribución permite tomar como base los costos y gastos de los agentes vigilados, influenciando el mercado de una manera fuerte porque solo aquellos que transan con los usuarios regulados o finales la venta de servicios públicos o insumos son los que pueden recuperar el peso de la exacción, pero no aquellos que están destinados a operar de otras formas dentro del sistema, como ocurre, por ejemplo con los proveedores de alumbrado público que contratan con las municipalidades. Estos agentes desaparecerán con graves consecuencias para la provisión de bienes por una regulación que no asume la neutralidad del mercado.

El principio de eficiencia consagrado en el artículo 363 para la materia tributaria también se viola porque el aumento de la contribución influye en el comportamiento de los consumidores frente a servicios esenciales que, pese a su encarecimiento, no pueden dejar de adquirir. No obstante, la situación del consumidor empeora por vía de este mayor gasto, que económicamente se expresa en la pérdida de bienestar. Al crearse un tributo sobre productos inelásticos el resultado no será un menor consumo, por el contrario, dado que recae sobre bienes que se consumirán de forma más o menos fija, lo que ocurrirá con los hogares será que se verán obligados a pagar el nuevo precio incrementado por la contribución en desmedro de otros consumos de subsistencia .

Indirectamente, siguiendo el mismo principio de eficiencia, los mandatos constitucionales que exigen que el Estado **promueva la libertad económica** (art. 333 CP) y ejerza su labor de dirigir y racionalizar la economía en materia de servicios públicos (art. 334 CP), se ven frustrados porque el tributo del articulo 18 sostiene la operación de la CRA, la CREG y la SSPD, a costa de una **ruptura evidente de la neutralidad económica que distorsiona el libre funcionamiento del mercado**, porque introduce una ventaja tributaria para el sujeto que puede trasladar la carga al usuario en contra del sujeto que cumple sus transacciones con sujetos no regulados que deben asumir contra su patrimonio la carga tributaria. La norma del artículo 18 distorsiona la eficiencia de las cadenas de prestación de los servicios públicos y la competitividad de los operadores involucrados.[22]

---

[22] (..) *la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta "i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad".*

La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. (...) Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado". Sentencia C-228/10

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

La idea más generalizada de eficiencia es la optimización en la que se pueden producir más bienes de un tipo sin dejar de producir bienes de otro tipo mejorando el servicio sin perjudicar a nadie. Así nadie se opondría al cambio porque se llega a una situación óptima, pero resulta que acá pasa algo más grave para la provisión de servicios: no solo no se mejora la situación sino que no se prevé como compensar a los que empeoran en contra de las reglas mínimas de convivencia para ofrecer y disfrutar de los servicios básicos .

3.4 CUARTO CARGO. VIOLACIONES ESPECÍFICAS DEL ARTÍCULO 314 DE LA LEY DEL PLAN

La norma en cuestión establece otra contribución igual a la del artículo 18 tantas veces citado, sobre la misma base gravable. En términos sencillos esta norma materializa una doble tributación proscrita por motivos de equidad, porque no puede gravarse dos veces el mismo hecho con cargo al mismo sujeto pasivo, y en este caso sobre la misma base gravable que resulta duplicada sin ninguna justificación. ¿Qué contribución seria aquella que pretende apropiarse de la misma cifra que cobra para el sostenimiento e inversión de otra entidad que simplemente administra el Fondo? O, si se trata del presupuesto del Fondo, qué relación tiene este, de carácter compensatorio, con el beneficio apropiado por el contribuyente?

> ***ARTÍCULO 314. CONTRIBUCIÓN ADICIONAL A LA CONTRIBUCIÓN DEFINIDA EN EL ARTÍCULO 85 DE LA LEY 142 DE 1994 PARA EL FORTALECIMIENTO DEL FONDO EMPRESARIAL.*** *A partir del 1° de enero de 2020 y hasta el 31 de diciembre de 2022 se autoriza el cobro de una contribución adicional a la regulada en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Dicha contribución se cobrará a favor del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Las reglas aplicables a esta contribución serán las siguientes:*
> *1. La base gravable es exactamente la misma que la base de la contribución de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, o cuando corresponda las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen.*
> *2. Los sujetos pasivos son todas las personas vigiladas por la SSPD.*
> *3. El sujeto activo de esta contribución será la SSPD.*
> *4. La tarifa será del 1%.*
> *5. El hecho generador es el estar sometido a la vigilancia de la SSPD.*
> *El recaudo obtenido por esta contribución adicional se destinará en su totalidad al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. El traslado de los recursos de las cuentas de la Superintendencia al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estará exento del gravamen a los movimientos financieros.*

Además de lo hasta ahora expuesto que aplica para los elementos del tributo, la contribución adicional temporal para el Fondo Empresarial , prevista en el artículo 314 ofrece sus propios vicios de inconstitucionalidad:

a) El **hecho generador** adolece de incertidumbre porque el numeral 5 del artículo en mención dice que el hecho gravado "*es el estar sometido a la vigilancia de la SSPD.*" cuando el Fondo **no regula ni vigila** y la actividad del sujeto sometido a la vigilancia no es la causa del tributo de contribución especial sino la relación de beneficio que recibe de un servicio público de regulación. En todas las contribuciones y tasas el hecho generador es la función pública, o el servicio o la obra que se pretende financiar, o el uso del dominio público que es la magnitud cuantificable en la base gravable. Por esa misma razón la actividad misma del sujeto se tiene en cuenta para establecer el aspecto subjetivo del hecho imponible. La

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

prestación de un servicio vigilado no es la que genera el tributo, que en ese caso devendría en un impuesto, sin conexión directa con las actuaciones públicas o los servicios recibidos por el contribuyente como corresponde a la noción de impuestos.

Lo que genera el tributo denominado contribución, es el beneficio recibido por la función o servicio público de control y vigilancia; de allí que los sujetos pasivos sean todas las personas vigiladas por la SSPD. La tipología constitucional reconocida en el artículo 338 establece como nota caracterizadora de las contribuciones[23] y las tasas[24] *los beneficios recibidos y los costos de los servicios* que se les prestan a los contribuyentes de tasas y de contribuciones. (jurisprudencia) y sin superar el costo del servicio o el beneficio recibido por servicios regulatorios y de control prestados por la SPPD, la CREG y la CRA que en gracia de discusión podrían existir en esos entes pero no en el Fondo Empresarial que debe formarse como una cuenta especial de la Superintendencia.

La sobreimposición sobre determinadas riquezas es ineficiente, y agrede el artículo 363 de la Carta, aunque cada uno de los tributos individualmente considerados satisfaga los exámenes de legalidad, certeza, y no retroactividad, dado que este es un principio diferente que pretende recaudar tributos con el menor costo posible para la administración y menores fricciones entre los agentes de mercado. El problema radica en que la misma fuente de riqueza soporta dos o más tributos en favor del mismo sujeto activo (en este caso la superintendencia) sobre la misma base u objeto (lo que se establece en el 314) y sobre el mismo sujeto pasivo vigilado. **Este es un caso patológico de la tributación y uno de los ejemplos clásicos de inequidad proscrita en la Constitución bajo la noción justicia y equidad del articulo 95 numeral 9.**

La equidad y la eficacia del sistema contenida en el artículo 363 resultan maltrechas porque no se integra el nuevo tributo de alguna forma, en relación con el preexistente, a través de

---

[23] En sentencia C- 402 de 2010 la Corte determina que "**Las contribuciones tienen las siguientes características**: (i) surgen 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, así lo reconoce el artículo 338 Superior al señalar que: "La ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [contribuciones] que cobren a los contribuyentes, como (...) participación en los beneficios que les proporcionen**"; (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..

Para el caso de las contribuciones fiscales, resulta pertinente resaltar que el artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto las define como "los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector."

[24] Corte Constitucional. Sentencia C- 278 de 2019. En este orden de ideas, se consideran **tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características**: (i) la prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; (ii) la misma nace como recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o servicio público; (iii) **la retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido, así lo reconoce el artículo 338 Superior al disponer que: "La ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [tasas] que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten"**; (iv) los valores que se establezcan como obligación tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; (v) aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan sólo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente, por lo que las tasas indefectiblemente se tornan forzosas a partir de una actuación directa y referida de manera inmediata al obligado[38]; (vi) el **pago, por regla general, es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos, como por ejemplo, con las tarifas diferenciales**[39].

(...)

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

algún tipo de exclusión o de minoración. Además la tarifa se establece directamente en el 1%, es decir en el tope superior de la ordinaria y aunque el hecho generador se trastoca como si se tratara de un impuesto a la vigilancia se le denomina "contribución adicional" aunque no se sigue la taxonomía tributaria porque acá el beneficio para los contribuyentes no solo no se puede cuantificar sino que no se puede anticipar, dado que no se sabe si el fondo va a ser llamado a apalancar a otras entidades.

Resulta evidente que se trata del mismo tributo solo que este tiene una destinación más específica, dirigida a un Fondo Empresarial manejado por la misma Superintendencia que, según la ley, se destina a financiar a las empresas en toma de posesión. De manera que su hecho generador revela más bien la existencia de un impuesto de destinación específica y si así fuera sería violatorio del artículo 359 de la Constitución, además de discriminatorio contra los miembros del sector que es objeto de la vigilancia que resultan saliendo al salvamento de empresas que no cumplen con los estándares de operación, o que tienen dificultades de cartera u otros problemas financieros. Como ocurrió en su día con el GMF, la Corte explicó que no se trataba de una contribución y tampoco podía destinarse al salvamento de los bancos[25].

Puede ocurrir, en un examen de equidad, que sobre un mismo objeto imponible recaigan varios tributos y que ellos, independientemente, sean acordes con dicho principio de capacidad contributiva, pero lo critico y relevante para el análisis de constitucionalidad es determinar si dicha plurimposición contraría el principio, porque se causa de manera acumulativa en una imposición opresiva para las personas particulares y además hostil en contra del cumplidor de los deberes regulatorios de quien se extrae la exacción para destinarla a empresas que no cumplen o entran en dificultades financieras, que definitivamente es el caso.

3.5 QUINTO CARGO: LA LEY DEL PLAN VIOLA EL ARTICULO 339 DE LA CONSTITUCIÓN PORQUE NO ES UN VEHÍCULO APTO PARA MODIFICAR NORMAS TRIBUTARIAS PERMANENTES NI PARA ESTABLECER SOBRETASAS A LAS EXISTENTES, QUE NO GUARDAN RELACIÓN DE CONEXIDAD CON EL PLAN MISMO. IGUALMENTE SE VIOLA EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 158 DE LA CARTA.

Las normas violadas determinan:

> ***ARTICULO 339***. *<Inciso 1o. modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es siguiente:> Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general* ***se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno****. El plan* ***de***

[25] En la Sentencia C-136 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del Decreto 2331 de 1998, expedido en el marco del estado de emergencia, contemplado en el artículo 215 de la Constitución. El artículo 29 de dicho decreto, contemplaba la creación de la "contribución sobre transacciones financieras"[26]. La Corte señaló en esa oportunidad que si bien el artículo 29 del Decreto 2331 de 1998 daba a entender que la carga tributaria allí descrita era una contribución parafiscal, en realidad se trataba de un impuesto debido a que dicho artículo establecía "como sujetos pasivos de la contribución a los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman, y como beneficiario al sistema mismo", es decir, porque los contribuyentes eran diferentes de los beneficiarios.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

inversiones públicas *contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y* ***la especificación de los recursos financieros requeridos*** *para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.*

ARTICULO 158. *Todo proyecto de ley debe referirse a una* ***misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella.*** *El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas*

a) Sobre la violación del artículo 339 tenemos que admitir que realmente en las Bases de la Ley del Plan[26] no existen consideraciones tributarias y por ello ningún tributo fue presentado en la iniciativa original. Solo en la ponencia para primer debate se introdujeron, entre otras normas tributarias, los textos que luego vinieron a convertirse en los artículos 18 y 314 acá demandados. Una contribución con vocación de permanencia, como la que pretende aumentar y financiar el costo de los servicios prestados a los entes vigilados en principio es ajena a la Ley del Plan cuyos objetivos, metas y estrategias no son de carácter tributario. Además la jurisprudencia de la Corte ha dictaminado que la "unidad de materia":

"Impide entonces que se incluyan disposiciones extrañas al objeto general de la ley y, en esa medida, asegura (i) que la deliberación legislativa se surta adecuadamente,

---

[26] Las prioridades y objetivos del Gobierno actual. Se dividen así:

a. **Pacto por la legalidad:** Se refiere a la lucha por la creación de una cultura de legalidad a partir del establecimiento de seguridad efectiva y justicia transparente, empleando como instrumentos el respeto por la propiedad privada, la lucha contra la corrupción, la presencia del Estado y la independencia de todas las instituciones tendiente a promover la participación ciudadana. Adicionalmente, se planea la intervención para la estabilización social y económica de los territorios, la reparación a víctimas del conflicto y el acompañamiento a los excombatientes que efectivamente se han desmovilizado.
b. **Pacto por el emprendimiento, formalización y productividad:** Pretende fomentar y apoyar el emprendimiento a partir de la legalidad. Plantea como elemento fundamental la libertad económica y el pleno desarrollo del potencial productivo. Para alcanzar dichos fines, resulta necesario conseguir una mejora regulatoria y tributaria que racionalice trámites y promueva el emprendimiento y la actividad empresarial en el país.
   Simultáneamente, expone la necesidad de llevar a cabo una transformación productiva que permita reducir la dependencia de los hidrocarburos y que posibilite conseguir una transformación digital, la provisión de bienes públicos para el sector productivo y el diseño y aplicación de proyectos estratégicos en materia de infraestructura y transporte, todo con la intención de potenciar sectores agroindustriales, la economía naranja y el turismo, entendido este último como eje central de la economía de los próximos años.
   Las estrategias a emplear para alcanzar las mencionadas metas, y dinamizar el desarrollo del sector rural consisten en superar la falta de inversión, conseguir un pleno aprovechamiento del potencial agropecuario, la inclusión social y productiva, la promoción de la mujer rural, la innovación y aprovechamiento del capital natural.
c. **Pacto por la equidad:** Plantea la necesidad de reducir la desigualdad y discriminación en todos los sectores de la sociedad, mediante el aumento de oportunidades a fin de construir un país con más altos ingresos y mejores condiciones de vida para su población. En este sentido, se reducir la pobreza monetaria a través de la remoción de barreras de acceso a educación, salud, servicios sociales esenciales, así como fomentar la inclusión productiva y la articulación de la población pobre y vulnerable con los proyectos de emprendimiento.
d. **Pactos transversales y habilitadores para la equidad:** Presenta los pactos que servirán de habilitadores y que fomentarán la creación de espacios de coordinación que propicien la construcción de condiciones para la equidad y la igualdad de oportunidades.
e. **Pactos regionales y territoriales:** A la luz de todo lo anterior, plantea un conjunto de pactos diseñados para aplicar todos los demás pactos de manera exitosa al interior de los territorios, mediante la cooperación entre la nación y los gobiernos subnacionales.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

respetando el principio democrático (art. 3) y (ii) que la aprobación de leyes resulte ordenada a fin de que los ciudadanos y las autoridades puedan conocer las normas que rigen su comportamiento, asegurando así la vigencia del Estado de Derecho (arts. 1 y 6) y el principio de publicidad (art. 209)[20].

"3.2.5. El precedente vigente, relativo al alcance y fundamento de la unidad de materia en la ley del Plan Nacional de Desarrollo, puede sintetizarse en los siguientes enunciados.

a) El principio de unidad de materia en la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo impone la conexión o vínculo entre los objetivos o metas contenidos en la parte general del Plan y los instrumentos creados por el legislador para alcanzarlos. En consecuencia, el legislador no puede incluir cualquier tipo de normas en la ley del Plan, siendo indispensable que las medidas de naturaleza instrumental se encuentren en una relación de conexidad directa con los objetivos y metas del Plan. Si ello no ocurre o si la disposición no incorpora ningún mecanismo para la ejecución de una de las políticas del Plan, se producirá una infracción del artículo 158 de la Carta. Así pues, las exigencias del principio de unidad de materia se predican de las normas de carácter presupuestal y de aquellas que señalan mecanismos para la ejecución de Plan[26].

En otra jurisprudencia que se reitera se refiere a las normas de contenido instrumental como las dirigidas a ejecutar planes y programas y metas del plan.

"Otras, de contenido instrumental, deben señalar las estrategias presupuestales o normativas para realizar tales programas. Si estas últimas no pueden ser referidas a las primeras, es decir carecen de aptitud sustancial directa e inmediata para realizar los planes y programas y las metas generales, resultan ajenas a la materia o asunto de que trata la ley. Y si la disposición no recoge ningún instrumento de realización de políticas, igualmente debe ser considerada extraña a la materia de una ley cuatrienal de planeación." Sentencia C-305 de 2004

Tal vez la más importante de estas líneas jurisprudenciales es la que relaciona la unidad de materia con la ejecución de presupuestos y prohíbe corregir normas legales anteriores o llenar vacíos:

"Complementando el anterior criterio para el juzgamiento de la ley del Plan, la jurisprudencia también ha sostenido que violan el artículo 158 "aquellas normas que no tengan como fin planificar y priorizar las acciones públicas y la ejecución del presupuesto público durante un cuatrienio" de manera tal que la Ley del Plan no puede ser empleada "para "llenar los vacíos e inconsistencias que presenten leyes anteriores" (…) o para "ejercer la potestad legislativa general reconocida al Congreso de la República, sin ninguna relación con los objetivos y metas de la función de planificación" (…)."Sentencia C-394 de 2012. Se apoyó la Corte, en esa oportunidad, en las sentencias C-573 de 2004, C-795 de 2004, C-376 de 2008 y C-377 de 2008. [27]

Pues bien, la cuestión constitucional se plantea porque estas dos normas tributarias no guardan conexidad con las bases y objetivos del Plan de manera directa ya que simplemente

---

[27] Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 2016. M.P Alejandro Linares

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

modifican la tributación vinculada contenida en una norma preexistente la Ley 142 de 1993 en su artículo 85, que el gobierno estimó insuficiente. Por otro lado por cuanto la materia de la ley del Plan se refiere a la acción estatal y de inversiones de las entidades públicas a los propósitos y metas de la acción estatal y sus presupuestos de manera que muy excepcionalmente se podrían modificar tributos permanentes. El artículo 314, aunque es temporal, tampoco encaja en la materia del artículo 339 de la Constitución, puesto que su propósito no es planear sino establecer obligaciones dinerarias a los sujetos pasivos ajenos al Estado, creando un tributo nuevo para un Fondo Empresarial que maneja y administra la misma Superintendencia que es el sujeto activo del tributo. Tampoco se trata de ***"especificar recursos financieros***" preexistentes para ciertos programas y proyectos públicos, porque crear no es especificar.

b) Sobre la violación del artículo 158 de la Constitución, también por falta de unidad de materia, es necesario acudir al precedente de la Corte que recientemente en mayo de 2019 profirió la sentencia C-219 de 2019[28] para declarar inexequible una norma que pretendía modificar un factor de la base de liquidación pensional, *"reiterando la línea jurisprudencial sentada en las Sentencias C-008 y C-092 de 2018 sobre la verificación del cumplimiento del principio de unidad de materia, no solo como vicio formal, sino visto desde la perspectiva de un examen material, esto es, que su análisis se adelante a partir del escrutinio del contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que este guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte."*

El Comunicado de prensa de la Sentencia C-219 de 2019[29] recordó la naturaleza jurídica de las leyes que aprueban el Plan Nacional de Desarrollo y sus contenidos, y especificó que este tipo de leyes son multi-temáticas o heterogéneas porque están compuestas de una parte general, en donde se formulan los propósitos, objetivos y metas de la política económica, social y ambiental, en un periodo de cuatro años, y un plan de inversiones públicas en donde se determinan los recursos financieros y las normas jurídicas instrumentales para poder llevar a cabo los objetivos generales del Plan. Así mismo, se puso de manifiesto que para verificar el respeto del principio de unidad de materia previsto en el artículo 158 de la Constitución Política, en las leyes que aprueban el Plan Nacional de Desarrollo se tiene que efectuar un **control de constitucionalidad más estricto**, a fin de comprobar si las normas contenidas en este cumplen con los presupuestos de **conexidad directa e inmediata entre los objetivos generales y las normas instrumentales o de ejecución:**

> *"Con fundamento en las anteriores consideraciones y en aras de verificar la unidad de materia del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 que establece un ingreso base de cotización mínimo del 40% del valor mensualizado de los ingresos de los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, se realizó el* ***juicio de conexidad directa e inmediata y se comprobó que no se cumplen con los criterios fijados en la jurisprudencia del juicio estricto de constitucionalidad de las normas que se incorporan al Plan Nacional de Desarrollo****, en la medida en que se trata de una disposición de seguridad social de índole transversal y con carácter permanente en el orden jurídico que debe estar incluida en una ley ordinaria*

[28] Corte Constitucional, comunicado No. 16 del 22 y 23 de mayo de 2019.
[29] Corte Constitucional, comunicado No. 16 del 22 y 23 de mayo de 2019.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

que se ocupe de regular concretamente esta materia." (Negrilla fuera del texto original).

En el texto del proyecto de ley no se encuentra proposición alguna sobre los artículos 18 y 314 ni se mencionan las características de las contribuciones especiales que en estos se modifican y crean. Únicamente se hace mención a las contribuciones especiales del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 en la página 452 y a la necesidad de consolidar el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la página 449 del documento Bases del Plan nacional de Desarrollo 2018-2022 – Pacto por Colombia, pacto por la equidad, dentro del Objetivo 4: *Incorporar las modificaciones pertinentes al esquema y capacidad institucional del sector, para mejorar la ejecución de proyecto y fortalecer la vigilancia y la regulación oportuna y diferenciada a las empresas*[30], objetivo que no se relaciona directamente con aumentar de manera exorbitante los tributos a los particulares puesto que existen múltiples mecanismos para fortalecer una institución en relación con sus facultades, funciones o herramientas jurídicas. No todo es cuestión de recaudo.

Las alusiones al Plan de Desarrollo solo se refieren a un fortalecimiento institucional que les indicaba a todos que esa fortaleza se daría, pero con posterioridad a que las entidades mencionadas generaran insumos técnicos y jurídicos para modificar la base gravable, a través de ley ordinaria. No se debe perder de vista que cuando se trata de ley que aprueba el PND, **el control del respeto del principio de la unidad de materia debe ser rígido**, a diferencia de lo que ocurre con las normas ordinarias, para que de esta manera se conserven los objetivos del Plan. Más aun tratándose de normas tributarias[31].

De hecho, el **problema es de temporalidad de la ley del Plan y de unidad de materia** planificadora que no equivale a la materia de los tributos y tampoco corresponde a un instrumento aparejado a una nueva institución. No tendría sentido erigir una tipología especial de ley, con una materia expresa y separada para tratar todos los temas propios de las leyes tributarias que se deliberan y discuten según un férreo principio de legalidad, por cuanto penetran en la esfera de la propiedad y establecen límites al ejercicio de ciertas actividades, si esta tipología, sus formas y sus garantías pueden verse modificadas por la Ley del Plan.

SEXTO CARGO. SE INFRINGE EL PRINCIPIO DE DEBIDA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA Y DE PUBLICIDAD ARTICULO 157 Y 341 DE LA CONSTITUCIÓN

---

[30] Mención al artículo 85 de la Ley 142 de 1994:

4) Objetivo 4. Incorporar las modificaciones pertinentes al esquema y capacidad institucional del sector, para mejorar la ejecución de proyectos y fortalecer la vigilancia y regulación oportuna y diferenciada a las empresas

(...)

b) Fortalecer institucional, financiera y técnicamente a la SSPD y a la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico (CRA)

- La SSPD y la CRA generarán los insumos técnicos y jurídicos para la modificación de la base gravable de la contribución especial de los servicios de vigilancia y regulación, al que hace referencia el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, con el fin de fortalecer la capacidad para ejercer sus funciones en el territorio nacional. MinVivienda expedirá una norma orientada al fortalecimiento técnico de la CRA. (página 452)
- Mención al Fondo Empresarial de la SSPD:

Entre estas medidas se debe robustecer el financiamiento, la solidez y sostenibilidad del fondo empresarial de la SSPD, como instancia que respalda y garantiza la continuidad del servicio sin generar exposición fiscal. Lo anterior, en la medida en que, con la participación predominante del sector privado en la prestación de servicios públicos, se debe contar con instancias que mitiguen la afectación de la continuidad del servicio en el evento que dichos actores, por circunstancias de cualquier tipo, pierdan la capacidad entre estas las financieras, o la idoneidad para la prestación del servicio (Página 449).

[31] Corte Constitucional. Sentencias C-573 y C-795 de 2004, C-377 y C-539 de 2008.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

PORQUE LAS NORMAS TRIBUTARIAS ACUSADAS FUERON INCLUIDAS EN LA LEY DEL PLAN OMITIENDO UN CUARTO DEBATE CON PUBLICACIÓN PREVIA DE LOS TEXTOS QUE HABÍAN SIDO MODIFICADOS EN TERCER DEBATE EN LA CÁMARA QUE QUEDARON SIN DELIBERACION Y FUERON VOTADOS CONFORME A LO DICHO POR LA CAMARA.

Las normas constitucionales violadas dicen:

> "**ARTÍCULO 157**. *Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:*
> *1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.*
> *2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.*
> *3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.*
> *4. Haber obtenido la sanción del Gobierno.*
>
> **Artículo 341.** *El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo de Gobierno Judicial y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.*
>
> Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, **cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria**.

La ley Orgánica 152 de 1994 también ordena los debates y discusiones a las que se somete el proyecto de Ley del Plan

> Artículo 20º.-Presentación y primer debate. El proyecto del Plan Nacional de Desarrollo será presentado ante el Congreso de la República y se le dará primer debate en las comisiones de asuntos económicos de ambas Cámaras en sesión conjunta, en un término improrrogable de cuarenta y cinco días.
> Artículo 21º.-Segundo debate. Con base en el informe rendido en el primer debate, **cada una de las Cámaras en sesión plenaria discutirá y decidirá sobre el proyecto** presentado en un término improrrogable de cuarenta y cinco días.

La jurisprudencia constitucional considera que el **principio de publicidad** en el trámite legislativo, "*tiene como finalidad **contribuir en la deliberación de las iniciativas legislativas**, lo cual es uno de los contenidos característicos del sistema democrático, sobre el cual descansa la organización política diseñada por la Constitución de 1991 (artículo 1)*[32]". En efecto, la publicidad es el presupuesto del debate, la herramienta que permite el funcionamiento transparente de las reglas de discusión al interior del órgano legislativo y por ende, "***los congresistas deben conocer previamente los proyectos, iniciativas y proposiciones que deben estudiar y analizar para participar, en representación de sus electores, en el escenario de deliberación por excelencia: el debate parlamentario.***"

---

[32] Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 2019. M.P. Alejandro Linares.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

En Sentencia C-760 del 2001[33], que declaró la inexequibilidad parcial de la Ley 600 de 2000 porque los representantes a la Cámara al momento del cuarto debate no conocieron el contenido de unas proposiciones modificatorias del texto del proyecto, la Corte advierte que *"el **desconocimiento general del proyecto o de la proposición que lo modifica,** excluye la posibilidad lógica de su debate, pues **equivale a la carencia de objeto de discusión**. Contrario sensu el conocimiento del proyecto o de sus proposiciones de enmienda es el presupuesto lógico del debate, en cuanto posibilita la discusión del mismo. Por lo tanto, la votación sobre un texto desconocido no puede convalidar la carencia de debate*". Posición que ha sido reiterada en Sentencia C-481 de 2019, donde la Corte concluye que *"**no puede existir debate en los términos del Reglamento del Congreso si los congresistas no conocen de manera previa el contenido integral de los proyectos o proposiciones**."*

Ahora bien, como la Corte deja establecido en Sentencia C-481 de 2019, el **conocimiento del proyecto y de las proposiciones debe ser completo y no parcial,** *"es claro que a los congresistas les está vedado discutir y votar un texto indeterminado o desconocido parcialmente, **lo que supone haber tenido acceso al tenor literal de las disposiciones que se someten a su consideración y aprobación**."* Además, en este fallo se aclara que debe ser un **conocimiento real** por parte de los congresistas que participaron en el debate. De manera que si no es posible concluir que los congresistas conocían el texto integral, ni que tuvieron el tiempo para estudiarlo, expresar una opinión informarla y debatirlo, no se da el presupuesto lógico para que estemos ante una verdadera deliberación democrática.

El examen es incluso más estricto, más exigente, respecto a las formas y las reglas de procedimiento que garantizan el principio de deliberación en la aprobación de normas tributarias. La Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos, reconoce la importancia del principio democrático para la formación y deliberación de este tipo de normas, y hace alusión a la garantía establecida en la Carta Magna de 1215 que expresa que no pueden existir tributos sin representación. En Sentencia C- 084 de 2019, sobre este punto se indica:

> *"Las reglas procedimentales son condiciones esenciales en la formación libre de la voluntad de las cámaras legislativas y constituyen una garantía del debate y de procesos deliberativos transparentes, imparciales y reflexivos. De ahí que en **el ámbito tributario, en el cual se maximizan las exigencias del principio democrático**, los principios de consecutividad e identidad flexible permitan la introducción, en segundo de debate, adiciones y supresiones a los proyectos de Ley, solo si tales modificaciones no comportan una materia de regulación separable, autónoma o independiente*"

---

[33] *"El debate es pues la oportunidad de hacer efectivo el principio democrático en el proceso de formación de la ley, en cuanto posibilita la intervención y expresión de las minorías, así como la votación es el mecanismo que realiza la prevalencia de las mayorías, también consubstancial a la democracia. [...] Es decir, el objeto sobre el cual recae el debate o discusión es el proyecto o la proposición de fórmula legal que va a adoptarse. Por lo tanto, puede concluirse que si no existe este objeto, o si el mismo es desconocido de manera general por quienes deben discutirlo, naturalmente no puede haber debate o discusión. El desconocimiento general del proyecto o de la proposición que lo modifica, excluye la posibilidad lógica de su debate, pues equivale a la carencia de objeto de discusión. Contrario sensu el conocimiento del proyecto o de sus proposiciones de enmienda es el presupuesto lógico del debate, en cuanto posibilita la discusión del mismo. Por lo tanto, la votación sobre un texto desconocido no puede convalidar la carencia de debate"*. Corte Constitucional, Sentencia C-706 de 2001.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

La Corte Constitucional en Sentencia C-481 de 2019[34] advierte que "*particular componente democrático en materia tributaria se refleja en que los principios que están instituidos para realizarlo, como el de publicidad, deban tener una mayor exigencia*". Además, aclara que "*por regla general, la autoridad del Estado sólo puede* ***decretar obligaciones tributarias siempre y cuando la colectividad****, a través del órgano de representación popular,* ***haya sido consultada, deliberado y manifestado su consentimiento en la etapa decisoria del proceso legislativo.***" Consentimiento que tiene una mecánica particular para su formación, dado que "*debe cumplir con las disposiciones constitucionales y orgánicas que indican los modos en que esa voluntad, que es la forma de creación de las leyes, debe formarse*", so pena que el desconocimiento de dichas formas vicie el resultado del trámite legislativo.

Si se verifica la falta de publicidad en el debate, en especial tratándose de normas tributarias donde la exigencia es mayor, entonces *"la votación subsiguiente puede considerarse invalida[35]"*. Se transcribe la advertencia de la Corte, resaltando el aparte más relevante. "*{e}ntonces, la verificación de la ausencia de publicidad puede llevar a concluir que* ***hizo falta uno de los debates****,* ***como elemento estructural del proceso legislativo****, y a consecuencia de ello, derivarse la no aprobación por parte de una determinada célula legislativa.[36]"*

- **Trámite que dio origen a la Ley del Plan Nacional de Desarrollo**

En cuanto al trámite específico que debe surtirse en cumplimiento de todas las reglas constitucionales y legales para la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-016 de 2016 ha fijado los siguientes condicionamientos:

a. *Su elaboración le corresponde al Gobierno Nacional quien deberá garantizar la participación de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y en la actualidad del Consejo de Gobierno Judicial –antes Consejo Superior de la Judicatura- (arts. 341 C.P y 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 152 de 1994).*

b. *Una vez elaborado el Plan de Desarrollo el Gobierno debe someterlo al Consejo Nacional de Planeación, instancia que formulará las observaciones del caso, las cuales podrán ser o no acogidas por el Gobierno a efectos de incluir las enmiendas que correspondan (arts. 340 y 341 C.P y 18 de la Ley 152 de 1994).*

c. *Agotada esta etapa y en un término máximo de 6 meses contados a partir del inicio del período presidencial el Gobierno presenta a consideración del Congreso de la Republica el proyecto de ley (arts. 341 C.P. y 19 de la Ley 152 de 1994).*

d. ***A continuación, la iniciativa es examinada en primer debate por las comisiones de asuntos económicos de ambas Cámaras en sesión conjunta en un término máximo de 45 días (arts. 341 C.P. y 20 de la Ley 152 de 1994) y, con fundamento en su informe, se discute y aprueba por la Plenaria de cada una de las Cámaras en un término máximo de 45 días (arts. 341 C.P. y 21 de la Ley 152 de 1994).***

e. *(…) durante cualquiera de las etapas y bajo la condición de mantener su equilibrio financiero el Congreso de la Republica puede introducir modificaciones al Plan de Inversiones Públicas. Si la modificación tiene como resultado la inclusión de nuevos*

---

[34] Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 2019. M.P. Alejandro Linares.

[35] Corte Constitucional, Sentencia C-760 de 2001.

[36] Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 2019. M.P. Alejandro Linares.

programas o proyectos de inversión será indispensable la autorización por escrito del Gobierno Nacional (arts. 341 C.P y 22 de la Ley 152 de 1994).

f. *(…) este [el Gobierno]* ***podrá introducir, durante cualquier etapa del trámite legislativo, las modificaciones que estime pertinentes*** *(arts. 341 C.P y 23 de la Ley 152 de 1994).*

g. *Finalmente, la Constitución establece una regla de habilitación extraordinaria del Gobierno Nacional que le permite, si el Congreso no lo aprueba en el término de tres meses después de haberle sido sometido a consideración, poner en vigencia el Plan de Inversiones Públicas a través de la expedición de un decreto con fuerza de ley (arts. 341 C.P. y 25 de la Ley 152 de 1994).*

La Corte Constitucional en sentencia C-298 de 2016 además fijó el carácter obligatorio de los debates tanto en comisiones como en plenaria so pena de violar el artículo 157 de la Carta:

(i) *El número mínimo de congresistas que deben estar presentes para iniciar la deliberación de cualquier asunto, así como para adoptar decisiones (Artículo 145, CP).*

(ii) *La mayoría necesaria para adoptar decisiones en la respectiva corporación que, salvo que la Constitución exija una mayoría especial, debe ser la mayoría de los votos de los asistentes (Artículo 146, CP).*

(iii) ***El carácter imperativo de los debates en las comisiones y en las plenarias, sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley (Artículo 157, CP).***

(iv) ***La necesaria publicidad de lo que va a ser sometido a debate como presupuesto mínimo para garantizar la participación efectiva de los congresistas (Artículo 157, CP).***

(v) ***El período mínimo que debe mediar entre debates como garantía de que la decisión del Congreso sobre el proyecto de ley es producto de una reflexión ponderada (Artículo 160, CP).***

(vi) ***La votación de lo discutido como finalización del debate (Artículo 157, CP).***

En el presente caso, a partir de la información de las Gacetas así como de los audios de las sesiones, se evidencia que **se votó en último debate en el Senado sin conocer el texto que había sido aprobado horas antes en la Cámara**. Consta en la gaceta 135 que el artículo que pretende crear un fondo para asistir a Electricaribe fue discutido bajo protesta en sesión del 18 de marzo de 2018 en el Análisis de Proposiciones llevado a cabo por los ponentes designados, quienes sesionaron de manera conjunta. En dicha discusión, los senadores Germán Darío Hoyos Giraldo y Luis Iván Marulanda Gómez intervienen y reclaman que el tema solo fue abordado un día antes de radicar la ponencia para primer debate:

> **Hoyos Giraldo:** "*Yo me ratifico en lo que he dicho hoy, en el sentido de afirmar que este tema no lo pueden traer de últimas después de haber debatido tanto*". (pág. 80)
> **Marulanda Gómez:** "*Decir primeramente que lo que dijo el H.S. Hoyos es cierto. ¿Cómo se les ocurre sacar semejante tema un día antes de radicar la ponencia para primer debate?*". (pág. 80)

Adicionalmente, en gaceta 135 se encuentra consignado que la proposición de los artículos 18 y 314 fue presentada por el Gobierno Nacional ante los coordinadores y ponentes del

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

proyecto de ley para primer debate[37]. En desarrollo del primer debate **de las Comisiones Terceras y Cuartas de Cámara y Senado del 22 de marzo de 2019: Gaceta 430**, se votó y aprobó el articulado en varios **bloques**. Los artículos 186 (18 de la Ley 1955 de 2019) y 291 (314 de la Ley 1955 de 2019) fueron aprobados por los congresistas sin llevar a cabo un análisis de cada una de las normas contenidas en el articulado, y sin realizar la lectura del contenido de cada uno de los artículos. Los artículos 186 y 291 fueron aprobados en bloque con otras normas que tampoco fueron objeto de estudio minucioso.

En la Gaceta 430 de 2019 dos senadores se refieren a dos irregularidades frente al procedimiento de discusión y aprobación del texto en primer debate conjunto de Comisiones Terceras y Cuartas de Senado y Cámara:

- **Senadora Aída Abella:** *"(…) a ver por qué no dieron el debate del Plan de Desarrollo, cuando nos llevaron al Ministerio de Hacienda, y entonces allá se daban los debates a oscuras, porque parecíamos unos funcionarios del señor Carrasquilla. Quién me acompañó, para que diéramos ese debate de cara a la ciudadanía, de cara al país. ¿Por qué los dos últimos días o los tres es que venimos a hacerlo, delante del país dos veces, allá en los salones oscuros del Ministerio de Hacienda? ¿Por qué donde estábamos discutiendo artículo por artículo, no podíamos hacerlo aquí en este salón? A ver doctor Lemos,* ***¿Cómo así, que ahora ustedes reclaman hacerlo a toda carrera? ¿Por qué ayer nos entregaban los documentos que debíamos leer? Anoche a medianoche, aquí me mandaban un video con la propuesta de la doctora de Planeación Nacional y le contesté a un Parlamentario que me lo envió, y eran como las doce y quince de la noche***". (Gaceta 430, página 21)

- **Senador Jhon Jairo Cárdenas:** *"(…) que ha ocurrido en el día de hoy, es absolutamente sui géneris,* ***porque hemos aprobado, casi cuatrocientos artículos de un proyecto de ley sin discutir ninguno, sin debatir ninguno; lo***

---

[37] • **Artículo 18:** "Con el fin de ajustarse a las nuevas condiciones de operación y de fortalecer la capacidad para ejercer sus funciones en el territorio nacional, se propone la actualización de la base gravable y de los sujetos pasivos sobre los cuales se cobran las contribuciones especiales de los servicios de regulación y de control y vigilancia, a las que hace referencia el artículo 85 de la Ley 142 de 1994." (pág. 141)

• **Artículo 314:**

Necesitamos como gobierno de la facultad del Congreso para que mediante el fondo empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos podamos crear una especie de Fogafin que ayude a las empresas de servicios públicos domiciliarios cuando se encuentren en problemas financieros.

Lo que se busca es una especie de Fogafin que salga a respaldar a aquellas empresas de servicios públicos domiciliarios que están a punto de quiebra; es decir, aquella empresa que está en problemas. La idea es que el "Fogafin" sea el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Se debe generar muchos recursos a este fondo para poder salvar de aquí en adelante a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por otro lado, se debe colocar en perspectiva los artículos que se han tratado. Aprobando estos artículos sería de 180.000 y 200.000 millones de pesos, lo cual de por sí es insuficiente, porque el déficit hasta hoy es de 1.8 billones de pesos, el cual va en aumento.

El tercer artículo es la sobretasa la cual es absolutamente necesaria, para poder dotar al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Se debe confesar que igual la sobretasa que se está exponiendo es muy pequeña, entonces hay que hacer un gran esfuerzo, para sacar este tema adelante.

Finalmente, es importante no olvidar que se han intentado varios intentos de solución, pero que no se han consolidado. Esta propuesta a la que se ha llegado es la única que se ve posible. Es más, una vez que se empiece a desarrollar esta propuesta, lo que se tienen que hacer con el mercado energético de la Costa Caribe es seccionarlo.

Estos artículos son de naturaleza transitoria porque es para atender una situación excepcional. Si no encontramos operadores mediante estas reformas, lo que va a pasar es que tova sacar los recursos para ayudar a Electricaribe del Presupuesto General de la Nación. Adicionalmente, la idea no es nacionalizarla porque de acá en adelante se tendría que poner a competir los recursos, por ejemplo, de la educación con dicha entidad nacionalizada.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

que constituye una negación de la esencia misma de nuestra condición de parlamentarios.
Y quiero destacar que hemos llegado a esta situación absolutamente insólita, en virtud de un hecho, y es que solamente, ***anteayer a las cinco de la tarde, se estuvo radicando la ponencia, y en consecuencia el tiempo real para debatir el proyecto fue ninguno y nos vimos abocados para salvar el Plan de Desarrollo, en una actitud de responsabilidad con el país.*** *Abocar un tratamiento, insisto, absolutamente inadecuado".* (Gaceta 430, página 79) **Acta de segundo debate de plenaria de Cámara de Representantes (abril 30 de 2019): Gaceta 647.**

A lo largo del acta posterior al segundo debate que tuvo lugar con la Plenaria del Senado (**Gaceta 824**) se evidencia que por cuestiones de tiempo varios senadores, incluyendo al presidente de esta cámara Ernesto Macías Tovar, sugieren que se adopte el texto aprobado en plenaria de Cámara de Representantes para someterlo a votación, en vista de que el plazo para aprobar la ley del Plan Nacional de Desarrollo estaba próximo a vencer. En este sentido, consta en varios apartes la intención de emplear el texto ya aprobado por la otra Cámara así no fuera plenamente conocido por los senadores pero finalmente fue este el que se votó:

- **Ernesto Macías Tovar:** *"(…) infortunadamente el plazo legal para que el Plan Desarrollo está aprobado es el lunes, con esto que hace la convocatoria de Cámara para el miércoles nos deja en la siguiente situación: que no se podría modificar absolutamente nada, de lo contrario se hundiría el Plan de Desarrollo, es una circunstancia incómoda para el Senado, porque tendría que, en el mejor de los casos,* ***acoger el texto que aprobó la Cámara de Representantes, que en este momento lo están publicando, y es una circunstancia bien difícil, incómoda para el Senado, de manera que esa es la situación real".*** **(página 174)**
- **Juan Felipe Lemos Uribe:** Presenta un breve resumen de algunos de los artículos excluidos y eliminados en plenaria de la Cámara de Representantes para que todos tuvieran conocimiento del debate que allí tuvo lugar. (páginas 187-189)
- **Luis Felipe Velasco Chávez:** *"(…) vamos a generar una expectativa de rebaja de precios de combustibles que no se va a dar y saben qué es lo más grave que si nosotros aprobamos, como evidentemente va a terminar aprobado porque ya lo aprobó la Cámara, los artículos correspondientes a precios de los combustibles, Senador Roosvelt, vamos a convertir la fórmula para definir los precios en un negocio financiero (…)".* (página 189)
- **Aida Avella:** "(…) **yo quisiera dejar la constancia de que el Senado de la República está votando un texto que no conocemos, y eso es supremamente delicado, Muchas gracias Presidente**". (página 196)
- **Ernesto Macías Tovar:** Se refiere a que el texto aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes ya se está publicando en la Gaceta del Congreso 293 (ver página 198).
  Nota: Sin embargo, dicho proyecto de ley fue aprobado en plenaria de la Cámara el 2 de mayo y finalizó a las 7:30 p.m., razón por la cual se desconoce si efectivamente logró publicarse pero de lo que si hay constancia es de la omisión de debate alguno al remitirse a lo dicho por la Cámara.
- **Temístocles Ortega Narváez:** *"(…) no podría estar esta Sesión aprobando el Plan sin hacer la siguiente constancia.* ***No podemos seguir con estos procedimientos en virtud de los cuales una Cámara adelante las discusiones y debates de rigor, mientras que la otra se ve obligada a aceptar sin ningún debate; y digo sin ningún debate, porque dado los tiempos el Senado no tiene sino dos opciones,***

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

lombia
STA ZULUAGA
ario 15
ARIA QUINCE
O DE BOGOTA, D.C.

<u>o negar el Plan de Desarrollo lo que generaría pues un enorme perjuicio al país, o aceptarlo tal como viene de la Cámara</u> *(…)*". (página 199)

- **Ernesto Macías Tovar:** "*La Presidencia somete a consideración de la plenaria la* ***<u>proposición presentada por varios honorables Senadores acogiendo el texto del articulado aprobado por la Cámara de Representantes al Proyecto de ley número 227 de 2019 Senado, 311 de 2019 Cámara y, cerrada su discusión, abre la votación e indica a la Secretaría abrir el registro electrónico para proceder en forma nominal</u>".*** (página 201)

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

En este punto es fundamental hacer énfasis en el trámite legislativo, para efectos de corroborar que se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo sin que en realidad existiera deliberación.

- **<u>Gaceta 870:</u>** Sesión en la que se aprueban los últimos artículos en plenaria de Cámara de Representantes
  - **Fecha y hora de inicio:** El día 2 de mayo de 2019 se llevó a cabo el registro a las 8:48 a.m. y se dio inicio al debate a las 9:46 a.m.
  - **Hora de terminación:** La sesión se levantó a las 7:30 p.m.

- **<u>Gaceta 824</u>:** Sesión en la que se aprueba la totalidad de la Ley 1955 de 2019 en plenaria de Senado
  - **Fecha y hora de inicio:** La sesión inició el mismo día 2 de mayo de 2019 a las 11:55 a.m.
  - **Hora de terminación:** La sesión se levanta a las 11:22 p.m.

Como se observa, con una diferencia de solo 4 horas se surten las dos votaciones de plenarias con la clara imposibilidad de debatir porque no se conocían las modificaciones introducidas por la Cámara para poder aprobarlas, improbarlas o modificarlas. Una vez se surten las intervenciones, se lleva a cabo la votación que aprueba el mismo texto aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes con una votación de **58 votos por el SÍ y 4 por el NO. Lo cual finalmente es anunciado** "*En consecuencia, ha sido aprobada la proposición presentada por varios honorables Senadores* ***acogiendo el texto del articulado aprobado por la Cámara de Representantes*** *al Proyecto de ley número 227 de 2019 Senado, 311 de 2019 Cámara*". (Página 202).

En conclusión, si uno de los presupuestos mínimos de la democracia deliberativa es que los intervinientes del debate conozcan previamente el objeto a debatir, es decir el contenido de las proposiciones o proyectos de forma completa y real, en especial tratándose de normas tributarias donde el análisis es más riguroso y exigente, en este caso se negó la deliberación y la posibilidad de injerencia en el texto final. Por consiguiente, tratándose de proposiciones normativas que no fueron publicadas con la debida antelación, que no fueron conocidas realmente por los congresistas, como consta en las gacetas e intervenciones, y por ende, que no fueron debatidas mínimamente porque se optó por seguir el texto aprobado por la Cámara de Representantes en sesión que culminó a las 7 y 30 de la noche, sin mediar deliberación, es evidente que se vulneró el principio de **publicidad en el cuarto debate** y la debida deliberación del articulado.

ISTA ZULUAGA
otario 15
TARIA QUINCE
ILO DE BOGOTA D.C.

IV. ANEXOS

Anexo 1: Diferencias que exhiben los distintos tipos de agentes y empresas del sector de la energía eléctrica respecto a la composición de sus costos operativos, información pública tomada del SUI 2014[38]:

Tabla 1:

Tipo de agente o empresa	Generador	Transportador	Distribuidor	Comercializador	Integrado
Principal costo operativo	Compra de energía (del 20 al 40%)	Construcción de redes/ instalación (del 22 al 26%)	Compra de energía (del 50 al 75%)	Compra de energía (aprox. 93%)	Compra de energía y combustible (del 20 al 40%)
2º costo operativo	Cargos por conexión/ transporte de la energía (del 20 al 30%)	Servicios personales y servicios públicos (del 18 al 39%)	Costos de transporte (redes y conexión) (del 16 al 35%)	Costos de administración del mercado (aprox. 4%)	Cargos por conexión/ transporte de energía (del 20 al 30%)
3er costo operativo	Generación forzada o Depreciación (si se incluye como costo) (del 9 al 15%)	Depreciación y amortización (del 10% al 23%)	Servicios públicos y personales (si se llevan al costo) o Mantenimiento (del 1.5 al 2.5%)	Costos de administración (aprox. 2.5%)	Depreciación y amortización (del 10 al 15%)
4to costo operativo	Gastos de personal o tributos (si se incluyen como costo) (del 7 al 8%)	Mantenimiento (alrededor del 10 a 15%)	Tributos (si se lleva mayoría al costo) o publicidad (del 1.5 al 2%)	Tributos (Aprox. .25%)	Personal y contratistas (algunos contabilizan porción en gasto) (aproximadamente 6 a 10%)
5º costo operativo	Combustible (del 6 al 7%)	Tributos (entre el 7 y el 10%)	Depreciación (aprox. 1 a 2%)	Arrendamientos y honorarios (aprox. .25%)	Mantenimiento (aproximadamente 3.5%)

2. Anexo 2: CD con el texto de la ley demandada.

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

[38] La información se tomó de los estados financieros públicamente disponibles de distintas empresas y/o del sistema Único de Información de Servicios Públicos Domiciliarios SUI, donde la información de los estados financieros de energía está actualizada a 2014. Recuperado de: http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_fin_054

V. NOTIFICACIONES

Los suscritos reciben notificaciones en la Carrera 9 A No. 99-02 Oficina 502 A, teléfono 6182883 en la ciudad de Bogotá. Notificaciones electrónicas las recibimos en el buzón **qc@quinonescruz.com**

De los Señores Magistrados,

DIEGO QUIÑONES CRUZ
C.C. No. 80.874.959 de Bogotá
T.P. No. 185230 del C.S.J

LUCY CRUZ DE QUIÑONES
C.C. No. 41.581.364 de Bogotá
T.P. No. 15.452 del C.S.J

DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
NOTARIO QUINCE DE BOGOTÁ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
NOTARÍA QUINCE DE BOGOTÁ D.C.
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL

Ante el Notario 15 de Bogotá D.C. Compareció:
CRUZ DE QUIÑONES LUCY
quien se identificó con: **C.C. 41581364**
y la T.P. No. **15452** del C.S.J.
Quien presentó personalmete el presente documento privado dirigido a:
CORTE CONSTITUCIONAL
y declaró que la firma y huella que aparecen en el mismo son suyas y que su contenido es cierto. La impresión de huella dactilar del compareciente, se hizo a solicitud del mismo.

Bogotá D.C. **18/12/2019**
dwefwc3dwfw22swr
CJ

Y917BQEG4399GX65T
www.notariaenlinea.com

DILIGENCIA FUERA DEL DESPACHO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

NOTARÍA QUINCE DE BOGOTÁ D.C.

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL

Ante el Notario 15 de Bogotá D.C. Compareció:

QUIÑONES CRUZ DIEGO

quien se identificó con: **C.C. 80874959**

y la T.P. No. **185230** del C.S.J.

Quien presentó personalmete el presente documento privado dirigido a:

CORTE CONSTITUCIONAL

y declaró que la firma y huella que aparecen en el mismo son suyas y que su contenido es cierto. La impresión de huella dactilar del compareciente, se hizo a solicitud del mismo.

Bogotá D.C. **18/12/2019**

xox1zsasixl00ols

CJ

LW0ODC95P2SIVG76

www.notariaenlinea.com

NOTARIA 15 QUINCE

República de Colombia
DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
Notario 15
NOTARIA QUINCE
CIRCULO DE BOGOTA, D.C.

DILIGENCIA FUERA DEL DESPACHO

República de Colombia
DANIEL BAUTISTA ZULUAGA
Notario 15
NOTARIA QUINCE
CIRCULO DE BOGOTA, D.C.