

INGRESOS PUBLICOS – Clasificación / INGRESOS ORDINARIOS – Conformación

La doctrina nacional ha sostenido que los ingresos públicos bien pueden clasificarse en ordinarios y extraordinarios; entendiéndose por los primeros los que con cierta regularidad ingresan al patrimonio público y por los segundos, aquellos cuyo ingreso se registra de manera esporádica.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 12

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – Regulación legal. Definición. Elementos

A través del artículo 2 de la Ley 225 de 1995 el Congreso de la República modificó el texto original previsto en el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, al señalar que las contribuciones parafiscales correspondían a los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por ley, a determinado grupo social o económico, en beneficio del mismo. De acuerdo con la definición legislativa que antecede, estima la Sala que las contribuciones parafiscales constituyen un gravamen de naturaleza especial, cuya génesis se sitúa en el ejercicio de la soberanía fiscal del Estado, en estricta observancia al principio de legalidad tributaria y que adicionalmente difieren de los impuestos y las tasas. En efecto, advierte la Sala que son tres los elementos distintivos de las contribuciones parafiscales, a saber, i) la obligatoriedad con fundamento en el poder soberano del Estado; ii) la singularidad que radica en la obligatoriedad de sus destinatarios los que corresponden a un grupo específico, previamente establecido y iii) la destinación sectorial al estar dirigida a sufragar gastos de entidades que por lo general desarrollan funciones administrativas.

FUENTE FORMAL: LEY 225 DE 1995 – ARTICULO 2 / LEY 179 DE 1994 – ARTICULO 12

DESCUENTO EN PRIMA DE VACACIONES DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL – Es una contribución parafiscal. Creación es competencia exclusiva del legislador

En vigencia de la Constitución Política de 1991 es el legislador a quien le corresponde, en desarrollo de la cláusula general de competencia, prevista en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, desarrollar el marco legal referido a la facultad impositiva del Estado, esto mediante el establecimiento de tributos, entendidos como impuestos, tasas y contribuciones. Lo anterior explica el porqué de la prohibición adoptada por el constituyente en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, según la cual no le está dado al Presidente de la República establecer tributos en ejercicio de las facultades *pro tempore* que eventualmente le puede conferir el legislador, a efectos de expedir normas con fuerza de ley. Estima la Sala que el descuento establecido en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 tiene el carácter de una contribución parafiscal, en la medida en que en él se observan claramente los elementos característicos de este tipo de contribuciones, a saber: **la obligatoriedad, la singularidad y la destinación sectorial**. En efecto, se advierte el elemento de la obligatoriedad en el supuesto de hecho de la norma acusada que ordena, sin que medie la voluntariedad en este caso de los miembros del nivel ejecutivo de la policía, el correspondiente descuento; así mismo su singularidad en la medida en

que son objeto del referido descuento únicamente el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y, por último, la destinación sectorial, toda vez que los valores descontados sobre la prima de vacaciones ingresan exclusivamente al Instituto para la Seguridad y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a financiar planes de recreación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 10 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1091 DE 1995 – ARTICULO 11 PARAGRAFO 2 (27 DE JUNIO) GOBIERNO NACIONAL (NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-02-35-000-2010-00282-00(2295-10)

Actor: JUAN CARLOS ALVEAR TOBAR

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de la referencia, previos los siguientes

ANTECEDENTES

Juan Carlos Alvear Tobar, actuando en nombre propio, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad del parágrafo 2¹ del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, “*Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995*”.

¹ *“ARTÍCULO 11. PRIMA DE VACACIONES. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto. (...)*

PARÁGRAFO 2o. De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a planes de recreación.”

Los hechos de la demanda se resumen así:

Se sostuvo en la demanda que, el Presidente de la República invocando las facultades que le confiere la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1091 de 27 de junio de 1995, a través del cual estableció una contribución de carácter parafiscal sobre la prima de vacaciones del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, equivalente a 3 días de sueldo básico.

Se precisó que, si bien la Ley 4 de 1992 señaló los criterios y objetivos a los cuales debe ceñirse el Gobierno Nacional al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y los miembros de la fuerza pública, la referida norma no le confería la facultad para establecer contribuciones fiscales y mucho menos parafiscales, cuya competencia para tal efecto está reservada al legislador.

Se argumentó que, la Constitución Política como norma de normas establece las competencias de cada una de las ramas del poder público, sin que en ella se le atribuya expresamente al Presidente de la República la facultad de expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas e impuestos.

Se reiteró que es el Congreso de la República de acuerdo con el artículo 150, numeral 12, el órgano competente para establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente parafiscales en los casos y bajo las condiciones establecidas por la ley.

Finalmente, y bajo la argumentación expuesta, se consideró que el aparte demandado del Decreto 1091 de 1995 resultaba contrario a la Constitución Política, en cuanto el Presidente de la República se tribuye una competencia que no le otorgó el constituyente de 1991, a saber, la de establecer contribuciones parafiscales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 150, numeral 12 y 338.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se insiste en que el Decreto 1091 de 1995, vulnera abiertamente los artículos 150 y 338 de la Constitución Política toda vez que, el Presidente de la República no está facultado para imponer contribuciones fiscales y mucho menos parafiscales, dado que dicha facultad está reservada al legislador.

Se manifestó que, la ley, las ordenanzas y los acuerdos eventualmente pueden permitir que las autoridades administrativas fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que se cobran a los contribuyentes, como forma de recuperar los costos que implique la prestación de un servicio, sin que el sistema y el método para ello sea competencia del Presidente de la República.

Se indicó que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente en sostener que el Gobierno Nacional no está facultado para establecer contribuciones parafiscales, tal como se observa en la sentencia de 6 de julio de 2000 mediante la

cual declaró nulo el artículo 14 del decreto 50 de 1998, mediante el cual se había establecido una contribución parafiscal sobre la prima de vacaciones de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

En definitiva, sostuvo la parte demandante que el Presidente de la República al expedir el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, se atribuyó una competencia que constitucionalmente está reservada al legislador lo que, constituye razón suficiente para declarar la nulidad de la referida norma.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Mediante auto del 20 de octubre de 2011 esta Sección admitió la demanda que se tramita en este despacho y decretó la suspensión provisional de la norma demandada, con el siguiente argumento (fls. 36 a 46):

Se sostuvo en esa oportunidad, que el argumento de la parte demandante radicaba en que es el Congreso de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, a quien le corresponde exclusivamente establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales, en los casos y bajos las condiciones que establezca la ley, razón por la cual el Presidente de la República al expedir el Decreto 1091 de 1995, concretamente su artículo 11, parágrafo 2, se había arrogado una competencia que el constituyente de 1991 le atribuyó de manera privativa al Congreso de la República.

En este sentido, consideró la Sala que el descuento establecido en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 tenía el carácter de una contribución parafiscal, en la medida en que en él se observaban a primera vista los elementos característicos de este tipo de contribuciones, a saber: la obligatoriedad a un grupo específico y su destinación sectorial, que para el caso concreto la constituyen de una parte los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y, de otra, el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Razón por la cual, en esa oportunidad, se concluyó que en efecto resultaba evidente la contradicción existente entre el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 y el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, en tanto el Presidente de la República no contaba con la facultad para establecer una contribución parafiscal de forma permanente, como había ocurrido en el caso concreto a través de la norma acusada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante escrito visible a folio 108 del expediente, dio respuesta a la presente demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en los siguientes términos:

Sostuvo en primer lugar que, respecto del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, el legislador expidió la Ley 62 de 1993 a través de la cual dispuso la creación de un establecimiento público de seguridad social y bienestar para dicha institución, al tiempo que revistió al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias.

Se indicó que, con fundamento en las referidas facultades el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 41 de 1994, por el cual se modificaron las normas de

carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se consagró el referido nivel ejecutivo, que comprende entre otros los grados de comisario, subcomisario, subintendente y patrullero.

Así mismo, se argumentó que en todos los casos en que el Gobierno Nacional regula lo concerniente al régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, las normas reglamentarias que para tal efecto se expiden guardan absoluta observancia con lo dispuesto por el legislador a través de la Ley 4 de 1992 y en estricta atención al crecimiento económico del país y a las limitaciones presupuestales de cada órgano o entidad de la administración.

En punto del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, sostuvo la entidad demandada que el Congreso de la República mediante la Ley 4 de 1992 defirió al Presidente de la República la fijación del régimen salarial y pretacional de estos servidores, erigiéndose así una competencia concurrente para tal efecto entre el legislador y el ejecutivo.

Concluyó que, en el caso concreto el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades constitucionales y legales expidió el Decreto 1091 de 1995, estableciendo el régimen de asignaciones y prestaciones del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, sin que se observara una contradicción abierta con normas de carácter superior.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado considera que las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad y que en consecuencia se debe declarar la nulidad de la norma acusada, con las siguientes consideraciones (fls. 170 a 174):

Manifestó que, la facultad reglamentaria con que cuenta el Presidente de la República está sometida a los precisos límites que le imponen la constitución y la ley, por lo que estamos en presencia de una facultad administrativa condicionada y sujeta a *“las definiciones normativas de la ley, que pueden establecer no sólo principio y reglas generales para su definición, sino también imponer pautas específicas que la orienten y la encausen”*.

En relación con el régimen prestacional de los empleados públicos, el numeral 19, literal e, del artículo 150 de la Constitución Política establece una competencia compartida entre el Congreso y el Gobierno Nacional, el precisar que le corresponde al primero establecer los criterios y objetivos del régimen y al segundo ejercer la facultad reglamentaria, con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la constitución Política.

Conforme lo anterior indicó, la referida agencia del Ministerio Público, que el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, estableciendo los parámetros generales tendientes a definir el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, correspondiéndole al Gobierno Nacional adoptar su régimen.

No obstante lo anterior, se manifestó que el Presidente de la República mediante el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, no sólo reguló aspectos esenciales del régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, sino que al establecer un descuento sobre la prima de vacaciones de éstos excedió la competencia que le confería el mismo legislador

dado que, conforme lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política el establecimiento de tributos, tasas y contribuciones está reservado al Congreso de la República.

Bajo estos supuestos, manifestó que la norma acusada vulneraba abiertamente lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, lo que hacía necesario declarar su nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico

Corresponde a la Sala verificar, en primer lugar, la naturaleza del descuento establecido en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 sobre la prima de vacaciones de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Una vez definido lo anterior, deberá precisar la Sala si el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 1 de la Ley 4 de 1992, era competente para establecer a través de la norma acusada el referido descuento.

De las contribuciones parafiscales

Sobre este particular, advierte la Sala que la doctrina nacional ha sostenido que los ingresos públicos bien pueden clasificarse en ordinarios y extraordinarios; entendiéndose por los primeros los que con cierta regularidad ingresan al patrimonio público y por los segundos, aquellos cuyo ingreso se registra de manera esporádica.

Concretamente, debe decirse, que entre los ingresos ordinarios, se pueden identificar las rentas de dominio público, las tasas, los impuestos y los ingresos parafiscales. En relación con estos últimos, es menester precisar que ellos no constituyen un concepto nuevo dentro de la hacienda pública nacional, dado que con anterioridad a la Constitución de 1991 la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de noviembre de 1977. M.P. Guillermo González Charry ¹, ya predicaba la parafiscalidad, atribuyéndole tal carácter a las contribuciones cafeteras.

No obstante lo anterior, es con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991 que el constituyente eleva a rango constitucional el concepto de parafiscalidad, haciendo alusión al mismo en los artículos 150, numeral 12, en cuanto le atribuye al Congreso de la República la posibilidad de establecer contribuciones fiscales, y excepcionalmente para fiscales, y en el artículo 338 al preceptuar que únicamente en tiempo de paz le corresponde al Congreso, las asambleas departamentales y los consejos municipales o distritales, imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

Para mayor ilustración se transcriben los citados artículos 150 y 338 de la Constitución Política:

¹ *"Si en el caso que ahora se estudia las leyes creadoras de los tributos que se causan para el servicio de la industria cafetera, el supuesto constitucional básico para su percepción se ha cumplido; si a ello se agrega que las propias leyes a que se hace referencia disponen que la Federación perciba, reciba e invierta directamente el producto de estos tributos, en el fin indicado, mediante contratos celebrados con el gobierno, se tiene que ya un sistema especial de percepción o recaudación no objetable, y un destino claro preestablecido que hace parte de la tarea oficial (...)."*

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.”.

“ARTICULO 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. (...).”.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, el legislador mediante la Ley 179 de 1994, por la cual *“se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, estatuto del presupuesto”* definió en su artículo 12 que se debía entender por contribución parafiscal, así se observa en el referido artículo:

“ARTÍCULO 12. Son contribuciones parafiscales aquellos recursos públicos creados por ley, originados en pagos obligatorios con el fin de recuperar los costos de los servicios que se prestan o de mantener la participación de los beneficios que proporcionen.

Estas contribuciones se establecerán para el cumplimiento de funciones del Estado o para desarrollar actividades de interés general.

El manejo y ejecución de estos recursos se harán por los órganos de Estado o por los particulares, de acuerdo con la ley que crea estas contribuciones.

Los dineros recaudados en virtud de la parafiscalidad, se deberán destinar, exclusivamente, al objeto para el cual se constituyen, lo mismo que los rendimientos que éstos generen y el excedente financiero que resulte, al cierre del ejercicio contable, en la parte correspondiente a estos ingresos.

Se incorporarán al Presupuesto General de la Nación las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación.”.

Empero, a través del artículo 2 de la Ley 225 de 1995 el Congreso de la República modificó el texto original previsto en el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, al señalar que las contribución parafiscal correspondían a los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por ley, a determinado grupo social o económico, en beneficio del mismo.

Así se lee con mayor detalle en el citado artículo 2 de la Ley 225 de 1995:

“Son contribuciones parafiscales 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. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.”.

De acuerdo con la definición legislativa que antecede, estima la Sala que las contribuciones parafiscales constituyen un gravamen de naturaleza especial, cuya génesis se sitúa en el ejercicio de la soberanía fiscal del Estado, en estricta observancia al principio de legalidad tributaria y que adicionalmente difieren de los impuestos y las tasas. En efecto, advierte la Sala que son tres los elementos distintivos de las contribuciones parafiscales, a saber, i) la obligatoriedad con fundamento en el poder soberano del Estado; ii) la singularidad que radica en la obligatoriedad de sus destinatarios los que corresponden a un grupo específico, previamente establecido y iii) la destinación sectorial al estar dirigida a sufragar gastos de entidades que por lo general desarrollan funciones administrativas.

Así lo ha sostenido la Sección Cuarta de esta Corporación². En efecto, en sentencia de 6 de diciembre de 2006. Rad. 14303. M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, sostuvo:

”Para la Sala, el “impuesto” a que se refiere el citado precepto legal, no tiene tal carácter, sino que pertenece a lo que se conoce como contribuciones parafiscales, pues es un gravamen que se causa sobre las nóminas y pagos que por cualquier concepto realicen la Nación, las entidades territoriales, el distrito capital, las inspecciones de Policía e Institutos Descentralizados; el cual está destinado a las Cajas de Previsión de las respectivas entidades; es obligatorio para la entidades públicas que realizan los pagos; tiene carácter excepcional, en cuanto al sujeto pasivo del tributo; los recursos se revierten en beneficio de un sector específico. Características que permiten identificar la naturaleza del tributo y que difieren de las que definen al impuesto.

A partir de tal definición, ha precisado la Sala que tres son los elementos que distinguen la parafiscalidad, a saber: la obligatoriedad que surge de la soberanía fiscal del Estado; la singularidad en cuanto se cobran de manera obligatoria a un grupo específico; y la destinación sectorial por estar destinadas a sufragar gastos de entidades que desarrollan funciones administrativas de regulación o fiscalización.”.

A su turno, la jurisprudencia constitucional ha reivindicado el carácter especial de que goza las contribuciones parafiscales, en los siguientes términos:

“Posteriormente la teoría de la hacienda pública ha desarrollado prolíficamente este concepto y aunque las definiciones no son ciertamente unívocas existe en todas ellas un denominador común: se trata de una técnica de intervención del Estado en la economía, destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto

² Al respecto, también puede verse la sentencia de 5 de octubre de 2006. Rad. 14527 M.P. Ligia López Díaz.

nacional. En suma, una característica esencial de los recursos parafiscales es su especial afectación.

La doctrina ha coincidido también en diferenciar claramente a las contribuciones parafiscales de categorías clásicas tales como: los impuestos y las tasas.

A diferencia de las tasas, las contribuciones parafiscales son obligatorias y no confieren al ciudadano el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien. Se diferencian de los impuestos en la medida en que carecen de la generalidad propia de este tipo de gravámenes, tanto en materia de sujeto pasivo del tributo, cuanto que tienen una especial afectación y no se destinan a las arcas generales del tesoro público.

La doctrina suele señalar que las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad. (...)

De las anteriores exposiciones quedan varias cosas claras. En primer lugar que el término "contribución parafiscal" hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasas. En segundo lugar, que dicho gravamen es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados. En tercer lugar, que se puede imponer a favor de entes públicos, semipúblicos o privados que ejerzan actividades de interés general. En cuarto lugar que los recursos parafiscales no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Y por último, que los recursos recaudados pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado (...)." ³

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, advierte la Sala en primer lugar que no hay duda del sustento constitucional que a partir de 1991 soporta el cobro de las contribuciones parafiscales en el país, toda vez que como quedó visto los artículos 150 y 338 le confieren al Congreso de la República la competencia para establecer este tipo de contribuciones y, en segundo lugar, que en dichas contribuciones concurren tres elementos de su esencia que las identifican frente a la generalidad de los tributos y las tasas, a saber, **la obligatoriedad, la singularidad y su destinación sectorial.**

De la facultad para establecer contribuciones fiscales y parafiscales

En relación con este punto, el artículo 150 de la Constitución Política erige una cláusula general de competencia a favor del Congreso de la República, que determina las materias en relación con las cuales puede ejercer ampliamente su función legislativa, esto es, la de crear leyes. En efecto, es así como el numeral 12

³ Sentencia C-40 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

del referido artículo 150 de la Constitución Política le confiere la posibilidad de establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente parafiscales, de acuerdo con lo establecido por la misma ley.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes del artículo 150 de la Constitución Política:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley (...).”

Bajo este supuesto, debe decirse que de acuerdo con la norma transcrita, el constituyente de 1991, con el fin de asegurar la coherencia y estabilidad en la política fiscal del Estado y en desarrollo de los principio de legalidad, soberanía fiscal y representación del tributo, le atribuyó expresamente al legislador la facultad de establecer contribuciones de carácter fiscal y excepcionalmente parafiscal.

En efecto, los principios antes anotados se conjugan en la autoridad facultada por la Constitución Política para establecer una contribución parafiscal en la medida en que sólo el legislador mediante ley puede ejercitar el poder soberano del Estado en materia impositiva, al ser la expresión por excelencia del poder constituido, garantizado de esta forma la representación de quienes serán sujetos pasivos de dichas imposiciones.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-711 de 5 de julio de 2001, sostuvo que:

“(...) La potestad impositiva del Estado se halla ligada al principio de legalidad en cuanto fundamento de competencia y poder creador de tributos, para cuyo ejercicio se hace indispensable la participación eminente de corporaciones de elección popular, habida consideración de la vocación democrática que usualmente las anima y de la estructura de poder que informa al Estado. Por ello mismo cabe esperar que, con apoyo en las normas constitucionales y legales la competencia impositiva se halle primeramente en cabeza de una corporación con poderes legislativos, en orden a garantizar el surgimiento y desarrollo del tributo a partir de una génesis legal.

Ese principio de legalidad, aunque con diferentes alcances, ya figuraba en el artículo 43 de la Constitución de 1886 (acto legislativo No. 3 de 1910). La nueva Carta Política retomó su contenido y avanzó hacia una preceptiva mucho más comprensiva, tal como puede apreciarse a términos del artículo 338 superior, en consonancia con el artículo 150-12 ibídem. (...)

Bajo esta perspectiva el Congreso de la República aparece como el órgano soberano en materia impositiva. Vale decir, el Congreso a través de ley crea los tributos de estirpe nacional o territorial, pudiendo frente a estos últimos fijar unos parámetros que le permitan a las asambleas y concejos decretarlos dentro de sus

respectivas jurisdicciones. Sin perjuicio, claro es, de las facultades reglamentarias que con arreglo a la Constitución y la ley correspondan a las asambleas y concejos.”.

Bajo estos supuestos, no hay duda de que en vigencia de la Constitución Política de 1991 es el legislador a quien le corresponde, en desarrollo de la cláusula general de competencia, prevista en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, desarrollar el marco legal referido a la facultad impositiva del Estado, esto mediante el establecimiento de tributos, entendidos como impuestos, tasas y contribuciones.

Lo anterior explica el porqué de la prohibición adoptada por el constituyente en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, según la cual no le está dado al Presidente de la República establecer tributos en ejercicio de las facultades *pro tempore* que eventualmente le puede conferir el legislador, a efectos de expedir normas con fuerza de ley. Al respecto la Corte Constitucional C-690 de 12 de agosto de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil, sostuvo que: ***“En materia tributaria existe un reserva especial de ley prevista en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución. De conformidad con el primero, corresponde al Congreso, mediante una ley “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. Para ese efecto se ha excluido la posibilidad de legislación delegada, por cuanto de acuerdo con el numeral 10 del artículo 150 de la Carta las facultades extraordinarias legislativas no pueden conferirse para decretar impuestos.”.***

Así las cosas, de acuerdo con la cláusula general de competencia prevista por el constituyente de 1991 en el numeral 12 del artículo 150 del texto constitucional la competencia para establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente parafiscales radica únicamente en el Congreso de la República, esto bajo las condiciones que establezca la misma ley.

No en vano, advierte la Sala, tanto los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Constitución Política utilizan la expresión “ley”, refiriéndose al acto a través del cual el legislador establece los tributos o las contribuciones parafiscales, lo anterior como expresión de los principios de legalidad y certeza de los tributos.

Del caso concreto

Sostiene el señor Juan Carlos Alvear Tobar, en el escrito de la demanda, *“que el Presidente de la República no se encontraba facultado de manera excepcional por el legislador para establecer”*, a través del párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, una contribución de carácter parafiscal, a favor del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

En relación con el argumento del demandante, advierte la Sala que en efecto el Presidente de la República, mediante el párrafo 2, del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, *“por el cual se adopta el régimen de las asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, estableció un descuento, equivalente a 3 días de salario, sobre la prima de vacaciones del personal ejecutivo de la Policía Nacional, con destino a financiar los planes de recreación del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Para mayor ilustración se transcribe la norma en cita:

“ARTÍCULO 11. PRIMA DE VACACIONES. *El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.*

PARÁGRAFO 1o. *Cuando el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se encuentre en comisión en el exterior e hiciera uso de vacaciones, percibirá la prima referida en pesos colombianos que se liquidará tomando como base los factores que se señalan en el artículo 13 de este decreto.*

PARÁGRAFO 2o. *De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a planes de recreación. (...).”.*

Sobre el particular, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en los acápites que anteceden, estima la Sala que el descuento establecido en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 tiene el carácter de una contribución parafiscal, en la medida en que en él se observan claramente los elementos característicos de este tipo de contribuciones, a saber: **la obligatoriedad, la singularidad y la destinación sectorial.**

En efecto, se advierte el elemento de la obligatoriedad en el supuesto de hecho de la norma acusada que ordena, sin que medie la voluntariedad en este caso de los miembros del nivel ejecutivo de la policía, el correspondiente descuento; así mismo su singularidad en la medida en que son objeto del referido descuento únicamente el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y, por último, la destinación sectorial, toda vez que los valores descontados sobre la prima de vacaciones ingresan exclusivamente al Instituto para la Seguridad y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a financiar planes de recreación.

De igual forma, llama la atención de la Sala el hecho de que en la expedición de la norma acusada el Presidente de la República hubiera invocado como fundamento la Ley 4 de 1992, por la cual se “*señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.*”. Lo anterior, entre otras razones porque la Ley 4 de 1992, como se expresó en precedencia, únicamente establece las normas, objetivos y criterios que debe seguir el ejecutivo para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, sin que en ella el legislador expresa o tácitamente hubiera creado, o establecidos los elementos básicos de la referida contribución parafiscal y mucho menos autorizado al Gobierno Nacional su creación directamente, lo cual debe decirse vulneraría la cláusula general de competencia en materia tributaria prevista en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política.

Así las cosas, tal como se expresó en el auto de 20 de octubre de 2011, mediante el cual el Despacho que sustancia la presente causa admitió la demanda bajo examen y accedió a decretar la suspensión provisional de la norma acusada, no hay duda de que conforme al esquema unitario que rige el sistema tributario en el país, en el caso concreto no le estaba dado al Presidente de la República establecer *motu proprio* mediante el Decreto 1091 de 1995 una contribución de

naturaleza parafiscal y, mucho menos, invocar para ello las normas generales previstas en la Ley 4 de 1992.

La tesis expuesta, por la Sala en esta oportunidad, encuentra sustento adicional en la sentencia de 6 de julio de 2000. Rad. 300-1998. M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado en la cual, al estudiar la legalidad del artículo 14 del Decreto 50 de 10 de enero de 1998, por medio del cual se establecía un descuento equivalente a 3 días de la prima de vacaciones de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, se precisó que:

“Dicha ley [4 de 1992] señala, los criterios y objetivos a los cuales debe ceñirse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos de la Rama Judicial. El artículo 4 de dicha ley dispone que, el Gobierno cada año modificará el sistema salarial correspondiente a los servidores enumerados en el artículo 1º de la misma Ley, aumentando sus remuneraciones, igualmente lo autoriza la ley para que modifique el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones.

No faculta la ley al Gobierno Nacional para que en un Decreto de esa naturaleza, pueda imponer “contribuciones parafiscales” como lo dispuesto en la disposición acusada, a los servidores públicos. Esta razón sería suficiente para declarar la nulidad del acto acusado. (...).

Finalmente encuentra la Sala que, la facultad para imponer contribuciones parafiscales, como lo hace el acto acusado, es exclusiva y excepcional del legislador, “... en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. La misma carta prohíbe la autorización al Presidente para expedir normas con fuerza de ley para decretar impuestos.

Se declarará en consecuencia la nulidad del artículo 14 del Decreto 50 de 1998.(...).”.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia, estima el Despacho que resulta evidente la vulneración del numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, por parte de la norma acusada, dado que, como ya se dijo, el Presidente de la República no cuenta con la facultad para establecer una contribución parafiscal de forma permanente, como ocurrió en el caso concreto a través del párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995.

En las anteriores condiciones, resulta procedente declarar la nulidad del párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, al quedar suficientemente demostrado que la naturaleza del descuento previsto en dicha norma responde a la de una contribución parafiscal, frente a lo cual se reitera el Presidente de la República no contaba con la competencia para su adopción, lo anterior en los términos expuestos en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRASE la nulidad de parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, por el cual se establece un descuento sobre la prima de vacaciones del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional equivalente a 3 días de sueldo básico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión

**GERARDO ARENAS MONSALVE
ALVARADO ARDILA**

VÍCTOR HERNANDO

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RAMÍREZ DE PÁEZ**

BERTHA LUCÍA

**ALFONSO VARGAS RINCÓN
VERGARA QUINTERO**

LUIS RAFAEL