

**CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE ACTO DEROGADO - Procedencia.
Procede en consideración a los efectos que el acto pudo producir**

La Sala parte de advertir que el Decreto 4839 del 2008, acto demandado, fue derogado de manera expresa por el Decreto 2713 de 2012, «*por el cual se reglamenta el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011, en relación con el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, FEPC y se dictan otras disposiciones*». Se trata, por tanto, de ejercer el control de legalidad de un acto administrativo que no se encuentra vigente por haber sido derogado. Sobre este particular, la Sala tiene por sentado que este tipo de control es procedente en consideración a los efectos que el acto derogado pudo producir.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4839 DE 2008 (24 de diciembre) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - ARTÍCULO 3 LITERAL B (Anulado) / DECRETO 4839 DE 2008 (24 de diciembre) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - ARTÍCULO 7 (Anulado) / DECRETO 4839 DE 2008 (24 de diciembre) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - ARTÍCULO 9 (Anulado)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA - Alcance. En virtud del mismo el gobierno nacional o local no está facultado para imponer cargas tributarias porque esa facultad es exclusiva de los órganos de representación popular

El artículo 338 de la Constitución Política establece que, en tiempos de paz, solo el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales pueden establecer tributos. La norma constitucional también dispone que los elementos esenciales del tributo -esto es, el hecho generador, la base gravable, la tarifa y los sujetos (activo y pasivo), deben ser fijados directamente por el legislador y que, al hacerlo, la norma correspondiente debe ofrecer total claridad sobre cada uno de estos elementos. De lo anterior se desprende que el gobierno nacional o local no tiene la facultad, o está impedido, para establecer cargas de naturaleza tributaria pues esta potestad está reservada a los órganos de representación popular. En concordancia con el artículo 338, el artículo 150 de la Constitución Política, al regular las atribuciones del Congreso de la República, dispone que le corresponde «*Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley*». En el mismo sentido lo precisan los artículos 300 y 313 CP, al referirse a las atribuciones de las asambleas departamentales y de los concejos municipales, respectivamente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 300 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 313 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 338

FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE COMBUSTIBLES - Creación legal y finalidad / FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE COMBUSTIBLES - Constitución / FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE COMBUSTIBLES - Financiación / POSICIÓN NETA TRIMESTRAL DE REFINADORES E IMPORTADORES DE COMBUSTIBLES - Noción y fijación / DIFERENCIAL DE COMPENSACIÓN - Noción / DIFERENCIAL DE PARTICIPACIÓN - Noción / FINANCIACIÓN DEL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE COMBUSTIBLES CON RECURSOS DE LOS GIROS DE REFINADORES E IMPORTADORES EN LA LIQUIDACIÓN DE LA POSICIÓN NETA TRIMESTRAL - Ilegalidad / GIROS DE REFINADORES E

IMPORTADORES CON DESTINO AL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE COMBUSTIBLES - Naturaleza tributaria / GIROS DE REFINADORES E IMPORTADORES CON DESTINO AL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE COMBUSTIBLES – Violación del principio de legalidad tributaria

La Ley 1151 de 2007, «*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*», creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, con el objeto de atenuar, en el mercado interno, el impacto de los precios internacionales de los combustibles (...). El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles fue creado en el marco de una política de desmonte gradual de subsidios a los combustibles, encaminada, a su vez, a la adopción de una política de liberación de precios (...). El Fondo así creado estaría inicialmente constituido por la transferencia de un porcentaje de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Fondo de Estabilización Petrolera -FEP-, conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 69 de la Ley 1151 de 2007. El artículo 3 del Decreto 4839 del 2008, al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151, estableció tres fuentes de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, a saber: **i)** los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo; **ii)** los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores e importadores en la liquidación de la posición neta trimestral y **iii)** los asignados por el Presupuesto General de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 1151. (...) [L]a Sala le concederá la razón a los demandantes pues, en efecto, el literal b) del artículo 3 del Decreto 4829 de 2008 estableció un tributo. La denominada posición neta trimestral, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008, debía ser fijada trimestralmente por el Ministerio de Minas y Energía para cada refinador o importador, y corresponde a la diferencia generada entre cuentas por pagar por concepto del diferencial de compensación y cuentas por pagar por concepto del diferencial de participación. A su turno, según las definiciones del artículo 1º del Decreto 4839 de 2008, el diferencial de compensación es la diferencia diaria entre el precio de paridad y el precio de referencia, cuando esta es positiva, en tanto que el diferencial de participación corresponde a la diferencia diaria entre el precio de paridad y el precio de referencia, cuando la diferencia es negativa. Por último, el artículo 9 del Decreto 4839 de 2008 establecía que en el evento en que la posición neta trimestral de cada refinador o importador fuera negativa, tales sujetos debían girar los recursos correspondientes al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles. La Ley 1450 de 2011, «*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*», modificó la regulación hasta entonces vigente relacionada con la financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles creado por la Ley 1151 de 2007 (...) [E]l artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 ratificó el sistema de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles establecido en el Decreto 4839 de 2008 y, en concreto, lo previsto en el literal b) del artículo 3, al disponer que este sería financiado con «*los recursos provenientes de las diferencias negativas, entre el Precio de Paridad internacional y el Precio de Referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía, o quien haga sus veces, cuando existan*». Pues bien, mediante sentencia C-621 de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal c) del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 por ser violatorio del artículo 338 de la Constitución Política. El primero de los cargos formulados contra el literal c) del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011, que fue resuelto en la sentencia que se trae a colación concierne a la violación del principio de legalidad pues, a juicio de los demandantes, la norma controvertida no estableció la totalidad de los elementos del tributo (...) En la sentencia referida, la Corte Constitucional concluyó que el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 creó un tributo -concretamente

una contribución parafiscal– y, además, que la carga establecida en esa norma no cumplía los requisitos del principio de legalidad tributaria previstos en el artículo 338 de la Constitución Política. Sobre la naturaleza tributaria de la carga impuesta en el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011, la Corte Constitucional advirtió lo siguiente: *Sin embargo, ante la evidente insuficiencia de dichos recursos, desde el 2008 por medio del decreto 4839 y, posteriormente, por la regulación proferida en el año 2011 se previó que los recursos del Fondo tendrían origen, entre otros, en la diferencia entre el precio de los combustibles en el territorio colombiano –precio de referencia- y el precio promedio de los mismos en algún mercado internacional –precio de paridad-. Cuando el primero fuese superior al segundo, el mayor costo del combustible en territorio colombiano debería ser entregado al FEPC –diferencial de participación-. De esta forma, se acumularían recursos para realizar la labor de estabilización que es asignada por la ley. Un elemento esencial del mecanismo de recaudo previsto lo constituye el hecho de que el precio de los combustibles en el territorio colombiano no es un precio determinado por las leyes del mercado, sino que es fruto de la regulación que al respecto fija el Ministerio de Minas y Energía. En efecto, tanto productores –refinadores- como importadores deben vender al precio establecido por el Ministerio, tal y como lo disponía el decreto 4839 de 2008 y lo dispone actualmente el decreto 2713 de 2012. En este sentido, el precio de los combustibles en el territorio colombiano es fijado siguiendo los criterios y objetivos de la política gubernamental en materia de combustibles. De manera que, para lo que ahora interesa al problema jurídico, si el Ministerio considera conveniente desarrollar una política de ahorro para capitalizar el FEPC, es posible que durante un periodo de tiempo el precio de referencia de los combustibles que se fije mes a mes sea superior al precio de paridad internacional. **Teniendo en cuenta que dicha diferencia, en caso de que el precio interno sea mayor, se convierte en recursos del FEPC, concluye la Corte que la misma constituye un recaudo de naturaleza tributaria.** (Se resalta). Y sobre que el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 desconoció el principio de legalidad, la Corte Constitucional precisó que la norma demandada no estableció el sujeto pasivo, la base gravable ni la tarifa, conforme lo exige el artículo 338 de la Carta Política. (...) De las consideraciones de la Corte Constitucional que fueron transcritas resulta pertinente resaltar lo atinente a que los giros efectuados por los refinadores e importadores con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles son un tributo, concretamente una contribución parafiscal. En esa medida, la Sala considera que el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 deben ser anulados por violar los artículos 338 y 150 (numeral 12) de la Constitución Política, pues, como se explicó, establecieron una carga fiscal que, como tal, debía ser fijada por el legislador, en acatamiento del principio de legalidad, y no por Gobierno Nacional, como en efecto se hizo mediante el reglamento demandado.*

FUENTE FORMAL: LEY 1151 DE 2007 - ARTÍCULO 69 / LEY 1450 DE 2011 - ARTÍCULO 101 LITERAL C

NOTA DE RELATORIA: Al presente proceso se acumuló el expediente No. 11001-03-24-000-2009-00362-00(22115).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-27-000-2009-00018-00(17649)

Actor: CAMILO ARAQUE BLANCO Y CORPORACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

FALLO

La Sala decide las demandas que en única instancia interpusieron la Corporación de Dominio Público y el ciudadano Camilo Araque Blanco contra el Decreto 4839 de 2008, «*por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones*», expedido por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía.

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. Las demandas

1.1.1. Demanda interpuesta por Camilo Araque Blanco (Expediente 17649)

En ejercicio de la acción pública de nulidad [artículo 84 del CCA], el ciudadano Camilo Araque Blanco formuló las siguientes pretensiones:

1. *Que son nulos los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2009, por medio del cual se reglamentó el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, acto que debía tener como único propósito enmarcar el funcionamiento y la operatividad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles – FEPC.*
2. *Como consecuencia de lo anterior se obligue a la reducción del precio de la gasolina que se está cobrando de más producto del cuestionado tributo, en concordancia a los precios mundiales del mercado que deben (sic) rigen a los combustibles, tal como acontece con los demás bienes (sic) servicios que circulan en el mercado.*

(...)

1.1.1.1. Normas violadas

El demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 150, 189, 334 y 338
- Ley 1151 de 2007: artículo 69.

1.1.1.2. Concepto de la violación

El demandante dijo que el literal b) del artículo 3 del Decreto 4839 de 2009 violó el numeral 11 del artículo 89 de la Constitución Política y el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 porque, al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151, el Gobierno estableció una fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles – correspondiente a los giros efectuados por los refinadores e importadores en la liquidación de la posición neta trimestral– que no fue prevista en la norma reglamentada.

Que así, al establecer una fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –en adelante FEPC o el Fondo– no prevista por el legislador, el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Señaló que el Decreto 4839 de 2009 violó el artículo 334 de la Constitución Política, porque el establecimiento de una fuente de financiación del FEPC constituye una forma de intervención en la economía y que, como tal, debía hacerse con sujeción a la ley.

Que si la intención del legislador hubiera sido que los consumidores de combustibles financiaran el FEPC, así lo habría previsto de manera expresa la Ley 1157 de 2007 pero que, como no lo hizo, el Gobierno no podía arrogarse esa competencia.

De otra parte, el demandante sostuvo que el decreto demandado violó los artículos 338 y 150 [numeral 12] de la Constitución Política, porque fijó una carga de naturaleza tributaria y que, como tal, debía ser establecida por el legislador, conforme lo exige el principio de legalidad.

Explicó que el cobro de la diferencia entre los precios de paridad y de referencia – este último establecido por el Ministerio de Minas y Energía– con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, conforme lo establecen los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, constituía un tributo pues correspondía a una obligación impuesta de manera unilateral a cargo de los refinadores e importadores que hacen giros de los recursos generados en virtud de su posición neta trimestral.

Que, en consecuencia, al tratarse de un tributo, solo podía ser fijado por el legislador, conforme lo ordenan los artículos 338 y 150 [numeral 12] de la Constitución Política.

1.1.2. Demanda interpuesta por la Corporación de Dominio Público (Expediente 22115)

En ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del CCA, la Corporación de Dominio Público formuló las siguientes pretensiones:

*Que se declare la nulidad del literal b) del artículo 3º del Decreto 4839 de 2008 de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, que establece como recursos del Fondo de Estabilización Petrolera de los Precios de los Combustibles –FEPC– los recursos **“provenientes de los giros efectuados por los refinadores y/o Importadores de los recursos generados en virtud de su Posición Neta Trimestral”**, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el capítulo que alude a los “Fundamentos de Derecho” por exceder los límites de la potestad reglamentaria por parte de las autoridades que expidieron el decreto, así como por qué (sic) se violaron las disposiciones constitucionales referentes a los principios de legalidad de los tributos, al imponer a los usuarios del transporte público y privado del país una carga económica sustancial consistente en la diferencia, entre mantener artificialmente a los precios internacionales del mercado el precio interno de la gasolina motor y ACPM, carga que por su naturaleza tributaria ha debido ser objeto de trámite y presentación de Congreso de la República.*

(...)

1.1.2.1. Normas violadas

El demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 150 [numerales 10 y 12], 189, 334 y 338
- Ley 1151 de 2007: artículo 69.

1.1.2.2. Concepto de la violación

El representante legal de la Corporación DE DOMINIO PÚBLICO dijo que el literal b) del artículo 3 del Decreto 4839 de 2009 violó el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política porque, al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, estableció una fuente de financiación del FEPC no prevista en la norma reglamentada.

Que al establecer como fuente de financiación del mentado fondo los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores e importadores de los recursos generados de la posición neta trimestral, el Gobierno excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Explicó que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 establece que *«los recursos necesarios para la constitución de este Fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S. A., a que hace referencia el artículo sobre el “Fondo de Estabilización Petrolera” de la presente ley»* y que, además, *«la operatividad y funcionamiento de dicho Fondo se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, y en todo caso se sujetará a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política y el Estatuto Orgánico de Presupuesto»*.

Que, por tanto, el Decreto 4839 de 2008 debía ser expedido para efectos de regular el funcionamiento del Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles, mas no para establecer fuentes de financiación.

De otra parte, dijo que el Decreto demandado viola los artículos 338 y 150 [numerales 10 y 12] de la Constitución Política porque fija una carga de naturaleza tributaria que debía ser establecida por el legislador, conforme lo ordena el principio de legalidad tributaria.

Explicó que los artículos 7 y 9 del acto demandado crean un tributo pues prevén el cobro de la diferencia entre la tasa representativa del mercado internacional que rige los combustibles (precio de paridad) y el precio establecido por el Ministerio de Minas y Energía (precio de referencia con base en la posición neta trimestral). Que

los artículos demandados, entonces, imponen de manera unilateral una carga económica forzosa a los consumidores.

Agregó que el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008 establece que al Ministerio de Minas y Energía le corresponde calcular y fijar la posición neta trimestral –que no es otra cosa que fijar el precio de los combustibles para un lapso de tres meses– que a su vez es tomado como índice para el cobro de la diferencia de precios que revela el mercado internacional, diferencia que, de ser negativa, ingresará al FEPC.

Que, dicho de otra manera, es el Ministerio de Minas y Energía el que, en últimas, fija la base gravable del tributo establecido mediante el Decreto 4839 de 2008.

1.2. COADYUVANCIAS

Los ciudadanos Luis Fernando Velasco Chaves, en calidad de senador de la República, y Javier Hernando Benavides Pérez coadyuvaron la demanda interpuesta por Camilo Araque Blanco.

1.2.1. La coadyuvancia del Senador Luis Fernando Velasco Chaves

Dijo que como parte de la política de ajuste a los precios de los combustibles, el Gobierno Nacional decidió desmontar gradualmente los subsidios a la gasolina y al ACPM, todo lo anterior con miras a que progresivamente el precio interno de los combustibles coincidiera con el precio internacional.

Que el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 estableció que el Sistema General de Precios a los Combustibles se podrían financiar con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel. Que, además, mientras culminaba el desmonte de los subsidios, seguirían siendo financiados con cargo a los recursos de la Nación, en desarrollo de la política para implementar un sistema general de precios que reconozca la realidad de los precios internacionales de estos combustibles.

Agregó que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, con el fin de mitigar y contrarrestar los posibles

efectos económicos adversos en el mercado interno generado por los cambios repentinos en el precio internacional del petróleo.

Que la norma referida señaló, además, que las únicas fuentes de financiación del fondo son **i)** el Presupuesto General de la Nación y **ii)** la transferencia de parte de los recursos ahorrados de Ecopetrol.

Sostuvo que, sin embargo, el literal b) del artículo 3 del Decreto 4839 de 2008 estableció una fuente de financiación del FEPC no prevista en la ley –los correspondientes a los giros efectuados por los refinadores e importadores originados en la posición neta trimestral–, con lo que transgredió los artículos 150 y 334 de la Constitución Política.

Concluyó que así, el literal b) del artículo 3 del decreto demandado estableció una carga fiscal al permitir mantener artificialmente el precio interno de los combustibles en relación con el precio internacional, bajo la insostenible denominación de un «*ahorro forzado*», todo gracias a la denominada posición neta trimestral de que trata el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008.

1.2.2. La coadyuvancia de Javier Hernando Benavides Pérez

En términos similares a los expuesto en la demanda, dijo que del Decreto 4839 de 2008 es nulo por violación de los artículos 1, 2, 3, 15, 334 y 338 de la Constitución Política y 60 y 69 de la Ley 1151 de 2007, porque estableció una fuente de financiación del FEPC no prevista en la ley que reglamenta.

1.3. LA CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

1.3.1. A la demanda interpuesta por Camilo Araque Blanco (Exp. 17649)

Los ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público se opusieron a las demandas, en los términos que se resumen a continuación.

1.3.1.1. Contestación de la demanda del Ministerio de Minas y Energía

En relación con la violación del artículo 189 de la Constitución Política y del artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, el Ministerio de Minas y Energía dijo que el artículo 69

de la ley referida establece que la operatividad y el funcionamiento del FEPC se debe adelantar de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Que la Ley 1151 de 2007 no fue restrictiva en el nivel de potestad reglamentaria que le confirió al Gobierno, pues no señaló expresamente que los recursos ahorrados de Ecopetrol en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera y los del presupuesto nacional fueran los únicos que haría parte de la arcas del Fondo creado por la Ley 1151 de 2007.

Advirtió que, en consecuencia, cuando el artículo 69 de la Ley 1151 señala que al Gobierno le corresponde reglamentar la operatividad y el funcionamiento del Fondo, lo habilita para establecer fuentes de financiación adicionales a las previstas en la norma reglamentada.

Que, precisamente, los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores o exportadores originados en la posición neta trimestral fueron fijados para la operatividad y el funcionamiento del FEPC, conforme lo prevé la ley.

Explicó que el FEPC fue establecido como un mecanismo para mitigar los efectos de los precios internacionales del petróleo en los precios internos de los combustibles. Que para que ese fondo tuviera efectos reales en la economía, se requería que fuera financiado con los ahorros de Ecopetrol y con recursos del presupuesto nacional, como mínimo. Que si el FEPC fuera financiado únicamente con los recursos señalados en la ley y, en especial, con el presupuesto nacional, implicaría desatender las políticas de inversión social.

Sobre la violación del artículo 334 de la Constitución Política, el Ministerio de Minas y Energía dijo que el Decreto 4839 de 2008 no estableció un tributo sino que adoptó medidas de orden económico para mitigar los efectos negativos de la volatilidad en los precios de los combustibles.

1.3.1.2. Contestación de la demanda del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio de Hacienda explicó que el Decreto 4839 de 2008 fue expedido con sujeción a lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la

Constitución Política y en los artículos 60, 69 y 113 de la Ley 1151 de 2007, en especial estos últimos, en cuanto prevén que la principal función del FEPC es atenuar en el mercado interno el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Que así, el decreto demandado cumple el cometido previsto en la ley en la medida en que determina la estructura, los recursos, los reportes, la posición diaria, la posición trimestral positiva y negativa, la conformación del comité directivo y su funcionamiento.

Sostuvo que, en consecuencia, los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 no debían ser declarados nulos, porque constituyen un mecanismo eficaz para alcanzar el cometido previsto en la Ley 1151 de implementar un sistema general de precios a los combustibles que reconozca los precios internacionales, además del desmonte de los subsidios.

1.3.2. A la demanda interpuesta por la Corporación de Dominio Público (Exp. 22115)

Los ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público se opusieron a las demandas, en los términos que se resumen a continuación.

1.3.2.1. Contestación de la demanda del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda presentada en el expediente 17649, dijo que el Decreto 4839 de 2008 fue expedido con sujeción a lo previsto en los artículos 189 de la Constitución Política y 60, 69 y 113 de la Ley 1151 de 2007.

Sostuvo que al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, el Decreto 4839 de 2008 adoptó la metodología para estabilizar el precio de los combustibles, en razón del desmonte de los subsidios y del consecuente riesgo generado por la volatilidad de los precios internacionales.

Agregó que los giros con destino al FEPC no son un tributo sino que corresponden a «una reserva que permite suavizar los incrementos en precios sin causar traumatismos a los demás programas de gasto público».

Que es tan evidente que se trata de una reserva que el artículo 8 del decreto demandado prevé pagos a los refinadores e importadores con cargo al FEPC cuando la posición neta trimestral sea positiva. Que si fuera un tributo, no sería posible establecer un mecanismo de pago a los aportantes al fondo pues las obligaciones fiscales son obligatorias indistintamente si en el ejercicio fiscal se generan pérdidas.

1.3.2.2. Contestación de la demanda del Ministerio de Minas y Energía

En términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda presentada en el expediente 17649, dijo que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 establece que la operatividad y el funcionamiento del FEPC se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno.

Que la Ley 1151 no fue restrictiva en el nivel de potestad reglamentaria que le confirió al gobierno, pues, no señaló expresamente que los recursos ahorrados de Ecopetrol y los del presupuesto nacional serían los únicos que haría parte de la arcas del fondo.

Advirtió que, en consecuencia, cuando el artículo 69 de la Ley 1151 señala que al Gobierno Nacional le corresponde reglamentar la operatividad y el funcionamiento del fondo, lo habilita para establecer fuentes de financiación adicionales a las previstas en la norma reglamentada.

Que, precisamente, los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores o exportadores originados en la posición neta trimestral fueron fijados para la operatividad y el funcionamiento, conforme lo prevé la ley.

Explicó que el FEPC fue establecido como un mecanismo para mitigar los efectos de los precios internacionales del petróleo en los precios internos de los combustibles. Que para que ese fondo tuviera efectos reales en la economía, se requería fuera financiado no solamente con los ahorros de Ecopetrol y con recursos del presupuesto nacional.

Que, además, si el FEPC fuera financiado únicamente con los recursos señaladas en la ley y, en especial, con el presupuesto nacional, implicaría desatender las políticas de inversión social.

1.4. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1. De los demandantes

Camilo Araque Blanco (demandante en el proceso 17649) reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó que la calificación de una carga determinada como de naturaleza tributaria no depende de su denominación o temporalidad, sino de que respecto de esta se configuren las características de las obligaciones fiscales, a saber, que se trate de una imposición pecuniaria obligatoria –no voluntaria–, exigida unilateralmente por el Estado, como consecuencia de la realización de un hecho imponible.

Que, precisamente, esas circunstancias se verifican respecto de la carga impuesta mediante el Decreto 4839 de 2008 con destino al Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles, de tal forma que su establecimiento debía sujetarse al principio de legalidad de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

1.4.2. De los coadyuvantes

Luis Fernando Velasco Chaves y Javier Armando Benavidez Pérez (coadyuvantes en el proceso 17649) intervinieron en etapa del proceso para reiterar los argumentos expuestos en los escritos de coadyuvancia.

1.4.3. De los demandados

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró los argumentos de oposición a las pretensiones expuestos en las contestaciones a las demandas, lo propio hizo el Ministerio de Minas y Energía.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El **Ministerio Público** solicitó anular parcialmente el Decreto 4839 de 2008, conforme lo solicitaron los demandantes, esto es, el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9.

1.5.1. En el proceso 17649

Dijo que, contrario a lo señalado por el Ministerio de Minas y Energía, la Ley 1151 de 2007 dispuso de manera expresa los recursos destinados a conformar el Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles y, que, en consecuencia, el Gobierno no estaba facultado para determinar fuentes de financiación adicionales a las previstas en esa norma.

Advirtió que la competencia para reglamentar la operatividad y el funcionamiento del FEPC, conforme lo precisó la Ley 1151, no tenía el alcance crear o establecer recursos adicionales para conformarlo.

Que, en consecuencia, el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4838 de 2008 debían ser anulados por ser violarios del artículo 189 de la Constitución Política, pues la facultad reglamentaria que le fue concedida al Gobierno mediante la Ley 1151 de 2007 consistía fundamentalmente en expedir las normas pertinentes para el funcionamiento del Fondo y establecer los mecanismos para cumplir su finalidad, pero con los recursos que previó el legislador.

1.5.2. En el proceso 22115

El Ministerio Público dijo que el literal b) de artículo 3 del Decreto 4839 de 2008 debía ser anulado porque fijó una contribución parafiscal, en contra de lo previsto en el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 –que estableció que la reglamentación que permitiera la operatividad del FEPC debía hacerse por parte del Gobierno Nacional con sujeción a la Constitución Política–.

Que al establecer una fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles no prevista en ley, la norma demandada violó los artículos 150, 189 y 338 de la Carta Política.

1.6. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Mediante auto del 8 de septiembre de 2015¹, el magistrado sustanciador decretó la acumulación del proceso 110010327000200900018-00 (17649) al proceso 110010324000200900362-00 (22115).

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de las demandas acumuladas, a la Sala le corresponde decidir sobre la nulidad de literal b) del artículo 3 y de los artículos 7 y 9 del Decreto 4838 de 2008, «*por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones*», expedido por los ministerios de Hacienda y Crédito Públicos y de Minas y Energía².

En concreto, la Sala debe decidir si los apartes demandados del Decreto 4838 del 2008 son nulos por desconocer el principio de legalidad de que trata el artículo 338 de la Constitución Política y si en su expedición se configuró un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le fue conferida al Gobierno Nacional por la Ley 1151 de 2007.

La Sala anticipa, desde ya, que anulará los apartes del reglamento demandado por ser contrarios a la Carta Política y, en concreto, por desconocer el principio de legalidad tributaria.

2.1. La norma demanda

Los demandantes en los procesos acumulados solicitan la nulidad de literal b) del artículo 3 y de los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, que respectivamente establecen:

**DECRETO 4839 DE 2008
(diciembre 24)**

por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

¹ Folios 377 al 380 del expediente 17649.

² Mediante auto del 18 de mayo de 2012, expedido dentro del expediente 17649, el ponente remitió el proceso a la sección primera, por considerarlo de su competencia. Este auto fue objeto de recurso de reposición (mediante auto del 11 de julio de 2012, el ponente decidió tramitarlo como recurso de súplica, en los términos del artículo 183 del CCA). Mediante auto del 12 de septiembre de 2013, la Sala revocó el auto del 18 de mayo de 2012.

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las consagradas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 dispuso que se podrán financiar, con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel.

Que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, con el propósito de atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Que el mencionado artículo dispuso que los montos necesarios para la constitución del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP.

Que el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 estableció que los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A. en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP, son de la Nación.

Que se hace necesario reglamentar el funcionamiento y la operatividad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC

DECRETA:

(...)

Artículo 3°. Recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. *El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- se constituirá con el 10% de los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A., en el FAEP a que hace referencia el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 3238 de 2007. Adicionalmente contará con los siguientes recursos:*

- a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo.*
- b) Los provenientes de los giros efectuados por los Refinadores y/o Importadores de los recursos generados en virtud de su Posición Neta Trimestral.*
- c) Los recursos asignados por el Presupuesto General de la Nación, en virtud del artículo 60 de la Ley 1151 de 2007.*

(...)

Artículo 7°. Posición Neta Trimestral. *El Ministerio de Minas y Energía calculará y liquidará mediante resolución, la Posición Neta Trimestral de cada Refinador y/o Importador.*

Dicha posición será el producto de la diferencia generada entre cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Compensación y cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Participación, definidas así:

Cuentas por pagar a favor de los refinadores y/o importadores con cargo al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Compensación.

Cuentas por pagar a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- con cargo a los refinadores y/o importadores: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Participación.

(...)

Artículo 9°. Pagos a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. *En el evento en que la Posición Neta Trimestral de cada refinador y/o importador sea negativa, los mismos girarán en pesos con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- dentro de los cinco días (5) siguientes a la expedición de la resolución a que hace referencia el artículo 7° del presente decreto, el valor que esta determine y en la cuenta que sobre el particular defina el administrador del Fondo.*

(...)

2.2. Aclaración previa. Del control de legalidad sobre actos derogados

La Sala parte de advertir que el Decreto 4839 del 2008, acto demandado, fue derogado de manera expresa por el Decreto 2713 de 2012, «*por el cual se reglamenta el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011, en relación con el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, FEPC y se dictan otras disposiciones*».

Se trata, por tanto, de ejercer el control de legalidad de un acto administrativo que no se encuentra vigente por haber sido derogado. Sobre este particular, la Sala tiene por sentado que este tipo de control es procedente en consideración a los efectos que el acto derogado pudo producir.³

2.3. Del principio de legalidad tributaria

El artículo 338 de la Constitución Política establece que, en tiempos de paz, solo el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales pueden establecer tributos.

³ No obstante lo anterior, el ponente es de la tesis de que es improcedente el control de legalidad que recae sobre los actos administrativos derogados, porque si bien tuvieron vigencia y pudieron causar algún efecto particular y concreto ora a favor ora en contra de alguien, lo cierto es que sería el juez del caso concreto o del proceso judicial el encargado de definir si la norma contenía o no disposiciones ilegales o inconstitucionales. Es decir, que si alguien se considera afectado por la aplicación en concreto de la norma derogada bien podría demandar oportunamente lo pertinente.

La norma constitucional también dispone que los elementos esenciales del tributo –esto es, el hecho generador, la base gravable, la tarifa y los sujetos (activo y pasivo), deben ser fijados directamente por el legislador y que, al hacerlo, la norma correspondiente debe ofrecer total claridad sobre cada uno de estos elementos.

De lo anterior se desprende que el gobierno nacional o local no tiene la facultad, o está impedido, para establecer cargas de naturaleza tributaria pues esta potestad está reservada a los órganos de representación popular.

En concordancia con el artículo 338, el artículo 150 de la Constitución Política, al regular las atribuciones del Congreso de la República, dispone que le corresponde *«Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley»*. En el mismo sentido lo precisan los artículos 300 y 313 CP, al referirse a las atribuciones de las asambleas departamentales y de los concejos municipales, respectivamente.

2.4. Del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles

La Ley 1151 de 2007, *«Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010»*, creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, con el objeto de atenuar, en el mercado interno, el impacto de los precios internacionales de los combustibles. Para el efecto la norma dispuso:

ARTÍCULO 69. FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES. *Créase el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), sin personería jurídica, adscrito y administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tendrá como función atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.*

Los recursos necesarios para la constitución de este Fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S. A., a que hace referencia el artículo sobre el “Fondo de Estabilización Petrolera” de la presente ley.

La operatividad y funcionamiento de dicho Fondo se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, y en todo caso se sujetará a las normas y procedimientos

establecidos en la Constitución Política y el Estatuto Orgánico de Presupuesto”.

El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles fue creado en el marco de una política de desmonte gradual de subsidios a los combustibles, encaminada, a su vez, a la adopción de una política de liberación de precios. Sobre este particular la Ley 1151 de 2007 precisa:

El Gobierno Nacional implementará una política de largo plazo que asegure el abastecimiento energético. Para ello, continuará promoviendo la exploración y explotación de hidrocarburos. Adicionalmente, se fortalecerá a Ecopetrol S. A. mediante la capitalización de la empresa.

*Se dará continuidad a la política de intercambios internacionales de gas natural y se establecerán mecanismos legales, regulatorios y contractuales que aseguren el abastecimiento nacional de gas natural basado en los principios de equilibrio económico de los contratos y costo de oportunidad de este recurso. Así mismo, a través del Fondo Especial Cuota de Fomento se impulsarán proyectos de infraestructura de gas. **También, se desmontarán los subsidios no progresivos a los combustibles líquidos y evaluará la adopción de una política de liberación de precios y la viabilidad de implementar mecanismos que permitan mitigar los efectos de la volatilidad de los precios.** (Se resalta)*

El Fondo así creado estaría inicialmente constituido por la transferencia de un porcentaje de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Fondo de Estabilización Petrolera –FEP–, conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 69 de la Ley 1151 de 2007.

El artículo 3 del Decreto 4839 del 2008, al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151, estableció tres fuentes de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, a saber: **i)** los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo; **ii)** los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores e importadores en la liquidación de la posición neta trimestral y **iii)** los asignados por el Presupuesto General de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 1151.

La financiación del FEPC con los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores e importadores en la liquidación de la posición neta trimestral, conforme lo establece el literal b) del artículo 3 del Decreto 4829 de 2008 es lo que convoca la presente controversia, pues, según alegan los demandantes, se trata de una carga tributaria y que, en esa medida, solo establecida por el legislador, que no por el Gobierno.

Como se anticipó al inicio de estas consideraciones, la Sala le concederá la razón a los demandantes pues, en efecto, el literal b) del artículo 3 del Decreto 4829 de 2008 estableció un tributo.

La denominada posición neta trimestral, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008, debía ser fijada trimestralmente por el Ministerio de Minas y Energía para cada refinador o importador, y corresponde a la diferencia generada entre cuentas por pagar por concepto del diferencial de compensación y cuentas por pagar por concepto del diferencial de participación.

A su turno, según las definiciones del artículo 1º del Decreto 4839 de 2008, el diferencial de compensación es la diferencia diaria entre el precio de paridad⁴ y el precio de referencia⁵, cuando esta es positiva, en tanto que el diferencial de participación corresponde a la diferencia diaria entre el precio de paridad y el precio de referencia, cuando la diferencia es negativa.

Por último, el artículo 9 del Decreto 4839 de 2008 establecía que en el evento en que la posición neta trimestral de cada refinador o importador fuera negativa, tales sujetos debían girar los recursos correspondientes al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles.

La Ley 1450 de 2011, «*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*», modificó la regulación hasta entonces vigente relacionada con la financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles creado por la Ley 1151 de 2007, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 101. FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES. *El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), creado por el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, seguirá funcionando para atenuar en el mercado interno el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.
Los recursos necesarios para su funcionamiento provendrán de las siguientes fuentes:*

⁴ **Precio de Paridad:** Son los precios diarios de los combustibles gasolina regular y ACPM observados durante el mes, expresados en pesos, referenciados al mercado del Golfo de los Estados Unidos de América, calculado aplicando los artículos 5º, 6º y 7º de la Resolución 181496 de septiembre 8 de 2008, proferida por el Ministerio de Minas y Energía o las normas que las modifiquen o sustituyan.

⁵ **Precio de Referencia:** Con miras a estabilizar el precio de la gasolina motor o ACPM del consumidor final, es el Ingreso al Productor definido por el Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con las Resoluciones 82438 y 82439 de 1998, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía o las normas que las modifiquen o sustituyan. Dicho precio se fijará mensualmente.

a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo;

b) Los recursos de crédito que de manera extraordinaria reciba del Tesoro;

c) Los recursos provenientes de las diferencias negativas, entre el Precio de Paridad internacional y el Precio de Referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía, o quien haga sus veces, cuando existan.

PARÁGRAFO. A partir de la presente vigencia, los ingresos y los pagos efectivos con cargo a los recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC, que realice la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, en su calidad de administrador de dicho Fondo, no generarán operación presupuestal alguna, toda vez que son recursos de terceros y no hacen parte del Presupuesto General de la Nación.

Según se ve, el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 ratificó el sistema de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles establecido en el Decreto 4839 de 2008 y, en concreto, lo previsto en el literal b) del artículo 3, al disponer que este sería financiado con «los recursos provenientes de las diferencias negativas, entre el Precio de Paridad internacional y el Precio de Referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía, o quien haga sus veces, cuando existan».

Pues bien, mediante sentencia C-621 de 2013⁶, la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal c) del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 por ser violatorio del artículo 338 de la Constitución Política.

El primero de los cargos formulados contra el literal c) del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011, que fue resuelto en la sentencia que se trae a colación concierne a la violación del principio de legalidad pues, a juicio de los demandantes, la norma controvertida no estableció la totalidad de los elementos del tributo. Sobre este particular, la Corte Constitucional señaló:

Para dar solución al primero de los cargos planteados, la Sala deberá establecer si el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011, al prever como una de las fuentes de recursos del FEPC la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia, creó un tributo. De ser afirmativa la respuesta, deberá establecerse si el literal acusado satisface las exigencias del principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 338 de la Constitución, en lo relativo a la necesidad de determinación de los elementos esenciales del tributo creado por parte de alguna de las corporaciones de representación popular.

⁶ MP Alberto Rojas Ríos

En la sentencia referida, la Corte Constitucional concluyó que el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 creó un tributo –concretamente una contribución parafiscal– y, además, que la carga establecida en esa norma no cumplía los requisitos del principio de legalidad tributaria previstos en el artículo 338 de la Constitución Política.

Sobre la naturaleza tributaria de la carga impuesta en el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011, la Corte Constitucional advirtió lo siguiente:

Sin embargo, ante la evidente insuficiencia de dichos recursos, desde el 2008 por medio del decreto 4839 y, posteriormente, por la regulación proferida en el año 2011 se previó que los recursos del Fondo tendrían origen, entre otros, en la diferencia entre el precio de los combustibles en el territorio colombiano –precio de referencia- y el precio promedio de los mismos en algún mercado internacional –precio de paridad-. Cuando el primero fuese superior al segundo, el mayor costo del combustible en territorio colombiano debería ser entregado al FEPC –diferencial de participación-. De esta forma, se acumularían recursos para realizar la labor de estabilización que es asignada por la ley.

Un elemento esencial del mecanismo de recaudo previsto lo constituye el hecho de que el precio de los combustibles en el territorio colombiano no es un precio determinado por las leyes del mercado, sino que es fruto de la regulación que al respecto fija el Ministerio de Minas y Energía. En efecto, tanto productores –refinadores- como importadores deben vender al precio establecido por el Ministerio, tal y como lo disponía el decreto 4839 de 2008 y lo dispone actualmente el decreto 2713 de 2012.

En este sentido, el precio de los combustibles en el territorio colombiano es fijado siguiendo los criterios y objetivos de la política gubernamental en materia de combustibles. De manera que, para lo que ahora interesa al problema jurídico, si el Ministerio considera conveniente desarrollar una política de ahorro para capitalizar el FEPC, es posible que durante un periodo de tiempo el precio de referencia de los combustibles que se fije mes a mes sea superior al precio de paridad internacional.

Teniendo en cuenta que dicha diferencia, en caso de que el precio interno sea mayor, se convierte en recursos del FEPC, concluye la Corte que la misma constituye un recaudo de naturaleza tributaria. (Se resalta).

Y sobre que el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 desconoció el principio de legalidad, la Corte Constitucional precisó que la norma demandada no estableció el sujeto pasivo, la base gravable ni la tarifa, conforme lo exige el artículo 338 de la Carta Política. En tal sentido, dijo la Corte:

En el literal acusado, no obstante establecerse un cobro que cumple con las características predicables de los tributos –y más específicamente, de una

contribución parafiscal-, no se incluyen aquellos elementos cuya determinación es exigida por el artículo 338 de la Constitución. Esta constatación, sin embargo, no es definitiva para la exequibilidad o inexecuibilidad del precepto acusado, pues los elementos que definen dicha contribución pueden haber sido previstos en disposiciones de rango legal que, a partir de una lectura sistemática de la ley, arrojen determinación sobre los mismos.

En este sentido observa la Sala que el sujeto activo de la contribución establecida, si bien no es definido en el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011, puede deducirse del artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y del párrafo del artículo 101 de la ley 1450 de 2011. Las mencionadas disposiciones señalan que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público será el administrador del FEPC, lo que conduce a la conclusión que es éste quien ejerce como sujeto activo de la contribución prevista en el literal acusado, por lo que se puede considerar como determinado este elemento esencial de la contribución parafiscal.

Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de los demás elementos esenciales a la determinación del tributo.

En primer lugar, ni en el literal acusado, ni en las otras disposiciones legales que regulan el funcionamiento del FEPC se determina o se aportan elementos para determinar quiénes tendrán que pagar el sobrecosto en el precio de los combustibles. Aunque es claro que dicho sobrecosto repercute en el precio del combustible que se venda en el territorio colombiano y, por consiguiente, podrían ser todos los que compren combustible quienes indirectamente soportarán las consecuencias –incluso los usuarios finales-, existen unos sujetos pasivos concretos sobre los que recae directamente el sobrecosto contemplado en la disposición acusada y que tienen la obligación de pagarlo al FEPC.

Este aspecto se encuentra previsto en el decreto 2713 de 2012, cuerpo normativo que en su artículo 8º determina que serán los importadores y los refinadores los que deban girar recursos al Fondo cuando su posición trimestral sea negativa, es decir, cuando hayan vendido combustible en el mercado nacional a precios de referencia superiores al precio de paridad internacional que rigió cada día. (...)

Puede observarse que, aunque actualmente los sujetos pasivos se encuentran aparentemente determinados, dicha tarea no la realizó ninguno de los cuerpos normativos autorizados para ello por el artículo 338 de la Constitución. Por el contrario, los mismos fueron definidos mediante un decreto reglamentario, expedido en ejercicio de la competencia prevista por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

Por esta razón se concluye que, tal y como lo señala el demandante, el literal C) incumple las exigencias derivadas del principio de legalidad tributaria en lo relativo a la determinación de los sujetos pasivos de la contribución parafiscal creada. (Se resalta).

Así mismo, el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 no satisface la exigencia de determinar plenamente la base gravable de la contribución parafiscal que crea, ni en su enunciado se incluyen elementos a partir de los cuales aquella pueda determinarse.

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

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

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

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

Otro tanto ocurre con el precio interno de los combustibles –precio de referencia-, respecto del que el artículo 101 de la ley 1450 de 2011 no contiene ningún parámetro que guíe al Ministerio de Minas y Energía en su determinación. No se establece por parte del literal acusado o cualquier otra disposición de rango legal ni el procedimiento; ni la fórmula o, al menos, las variables que deban tenerse en cuenta para llevar a cabo dicha tarea - verbigracia estadísticas de comportamiento de los precios, tendencias históricas de ascenso o descenso del precio de los combustibles de referencia, etc.-; ni, mucho menos, un tope o techo de la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia que se fije en un período, entre otros. Lo que también conlleva las consecuencias expuestas en el inciso anterior.

En resumen, el literal ahora acusado simplemente determina que la base gravable será la diferencia entre dos precios, respecto de los cuales no existe un solo elemento normativo de rango legal que sirva como derrotero al Ministerio de Minas y Energía al momento de establecerlos. Esta situación ubica en un espacio de discrecionalidad absoluta a la entidad administrativa en ejercicio de la competencia prevista en el literal acusado,

lo que implica en la práctica una deslegalización en la determinación de la base gravable de una contribución parafiscal, con la consiguiente vulneración de los mandatos que se derivan del principio de legalidad, previsto en el tantas veces mencionado artículo 338 de la Constitución.

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

(...)

Por lo anteriormente expresado, la ausencia de determinación o de parámetros para determinar los sujetos pasivos y la base gravable del ingreso parafiscal previsto en el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 sirven como fundamento para que la Sala concluya que la disposición acusada no cumple con los requisitos previstos por el artículo 338 de la Constitución y, en consecuencia, deba ser declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional. Conclusión que, por demás, hace innecesario el estudio y decisión sobre el segundo cargo planteado por los accionantes.

La Corte Constitucional resumió el sentido de la decisión de declarar la inexecutable del literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 en los siguientes términos:

En el presente caso se acusó el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 por una presunta vulneración del principio de legalidad tributaria – artículo 338 de la Constitución-. De acuerdo con el literal acusado, una de las fuentes de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles será la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia –precio interno de los combustibles- cuando éste último sea mayor que aquel. Un elemento indispensable del análisis de constitucionalidad es que el precio de referencia es fijado por el Ministerio de Minas y Energía, sin que existan parámetros de rango legal que determinen los criterios que debe seguir el Ministerio al realizar dicha tarea. En criterio de los accionantes esta forma de recaudo constituye un tributo, de manera que si la ley no determina sus elementos esenciales se desconoce la exigencia del artículo 338 de la Constitución.

Para la Sala la forma de recaudo prevista por el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 constituye una contribución parafiscal, por cuanto la obligación impuesta tiene como fundamento el poder de imperio del Estado; está dirigida a un sector económico determinado; sus beneficios los recibe el

mismo sector económico del cual se recaudan los fondos; dichos recursos tienen naturaleza pública; son administrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y, finalmente, éstos no entran a formar parte del Presupuesto General de la Nación.

No obstante su carácter de contribución parafiscal, y por consiguiente su naturaleza tributaria, no fueron normas de rango legal las que establecieron los sujetos pasivos de la misma. Ni los elementos que conforman su base gravable: el precio de paridad internacional y el precio de referencia –precio interno- de los combustibles son establecidos en normas de rango infra legal. Finalmente, la indeterminación en la base gravable tiene como consecuencia, además, la ausencia total de parámetros de rango legal para establecer la tarifa del tributo regulado en el literal acusado.

Son estas las razones que llevan a la Sala Plena a considerar que el literal C) de la ley 1450 de 2011 debe ser declarado inexecutable.

De las consideraciones de la Corte Constitucional que fueron transcritas resulta pertinente resaltar lo atinente a que los giros efectuados por los refinadores e importadores con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles son un tributo, concretamente una contribución parafiscal.

En esa medida, la Sala considera que el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 deben ser anulados por violar los artículos 338 y 150 (numeral 12) de la Constitución Política, pues, como se explicó, establecieron una carga fiscal que, como tal, debía ser fijada por el legislador, en acatamiento del principio de legalidad, y no por Gobierno Nacional, como en efecto se hizo mediante el reglamento demandado.

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

F A L L A

PRIMERO. DECLÁRASE la NULIDAD del literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 «*por medio del cual se reglamenta el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007*», expedido por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, en el contencioso de simple nulidad iniciado por CAMILO ARAQUE BLANCO contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía (Expediente 11001032700020090001800 (17649), proceso al que se acumula el expediente 11001032400020090036200 (22115)).

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ