

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO
- Sección Cuarta. Es competente para determinar si los giros que los refinadores e importadores hacen al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), cuando su posición neta trimestral es negativa, son de naturaleza tributaria y si esa imposición la incluyó o no la Ley 1151 de 2007, que creó dicho fondo / DECRETO 4839 de 2008 - Acción de nulidad contra los artículos 3, 7 y 9. La Sección Cuarta reasume la competencia para conocer de ella / RECURSOS DEL FONDO DE ESTABILIZACION DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES (FEPC) - Los giros efectuados por los refinadores e importadores cuando su posición neta trimestral es negativa se asimilan a las cesiones de estabilización previstas en la Ley 101 de 1993, que son contribuciones parafiscales

La parte actora en ejercicio de la acción de simple nulidad demanda los artículos 3, 7 y 9 del Decreto Reglamentario 4839 de 2008, *“por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Gobierno Nacional [...] De lo anterior se desprende claramente que lo que pretende el demandante es demostrar que el Presidente de la República se extralimitó en sus funciones al incluir como fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (en adelante FEPC) los giros que efectúan los refinadores e importadores de combustible teniendo en cuenta la posición neta trimestral, a pesar de que, a su juicio, la norma que creó el FEPC [art. 69 L. 1151/07] no lo contempló. Considera además que se está imponiendo un tributo. Corresponde en este caso determinar si el tema discutido debe ser conocido por esta Sección o por la Sección Primera de esta Corporación. Para el efecto, se observa que al revisar el texto de las normas acusadas no se extraen a primera vista temas que estén relacionados de manera directa y expresa con un impuesto, una contribución fiscal o parafiscal lo que impone, en principio, la competencia en la Sección Primera. No obstante, debe tenerse en cuenta que los pagos a los que se refiere el artículo 9º del Decreto demandado se asimilan a las concesiones de estabilización que se pagan a los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, entre otros. El artículo 36 de la Ley 101 de 1993 creó los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, que se nutren con las llamadas cesiones de estabilización que los productores, vendedores o exportadores hagan. Según el parágrafo 2º del artículo 38 de la citada ley, esas cesiones son contribuciones parafiscales. Al respecto, el numeral 2º del artículo 39 de la Ley 101 de 1993 prevé: *“ARTÍCULO 40. PROCEDIMIENTO PARA LAS OPERACIONES DE LOS FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS. El precio de referencia o la franja de precios de referencia; la cotización fuente del precio del mercado internacional relevante; y el porcentaje de la diferencia entre ambos precios que se cederá a los fondos o se compensará a los productores, vendedores o exportadores, serán establecidos por los comités directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros. Las operaciones de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros se sujetarán al siguiente procedimiento: (...) 2. Si el precio del mercado internacional del producto en cuestión para el día en que se registre la operación en el Fondo respectivo fuere superior al precio de referencia o al límite superior de la franja de precios de referencia, el productor, vendedor o exportador pagará al Fondo una cesión de estabilización. Dicha cesión será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura, o su delegado (...)”*. De lo transcrito podría inferirse, en principio, que en este caso los giros que los refinadores e importadores de combustibles realizan a favor del FEPC tienen cierta similitud con las cesiones de

estabilización que deben hacer los productores, vendedores o exportadores de productos agropecuarios y pesqueros. Por lo expuesto, la Sección Cuarta de esta Corporación es la competente para continuar conociendo de la acción de simple nulidad promovida y será al momento de dictar sentencia que se determine si los giros que deben hacer los refinadores e importadores al FEPC, cuando su posición neta trimestral es negativa, son de naturaleza tributaria y si, en efecto, como lo estima el demandante, esa imposición no la incluyó la ley que creó el fondo.

FUENTE FORMAL: LEY 101 DE 1993 - ARTICULO 36 / LEY 101 DE 1993 - ARTICULO 38 / LEY 101 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 1151 DE 2007 - ARTICULO 69 / DECRETO 4839 DE 2008 - ARTICULO 3 / DECRETO 4839 DE 2008 - ARTICULO 7 / DECRETO 4839 DE 2008 - ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del caso es la siguiente: Al resolver el recurso ordinario de súplica que interpuso Camilo Araque Blanco contra el auto de 18 de mayo de 2012, por el cual, previa conversación con el Presidente de la Sección Primera de la Corporación, se había enviado a esa Sección el proceso en el que se tramita la acción de nulidad promovida por ese ciudadano contra los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, la Sala lo revocó y, en su lugar, dispuso que el expediente se devolviera al despacho sustanciador para que continuara su trámite. Señaló que aunque del texto de dichas normas no surge a primera vista que se refieran a temas relacionados de manera directa y expresa con un impuesto o una contribución fiscal o parafiscal lo que, en principio, conllevaría a que la competencia se radicara en la Sección Primera, lo cierto es que los pagos a los que se refiere el artículo 9 acusado se asimilan a las concesiones de estabilización que se pagan a los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros que, según el parágrafo 2º del artículo 38 de la Ley 101 de 1993, son contribuciones parafiscales. En ese orden de ideas, consideró que correspondía a la Sección Cuarta establecer si los giros que deben hacer los refinadores e importadores al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), cuando su posición neta trimestral es negativa, tienen o no carácter tributario y si esa imposición la incluyó o no la Ley 1151 de 2007, que creó ese fondo.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO - Competencia de la Sección Primera. Es residual, puesto que conoce de los asuntos no asignados expresamente a otras secciones / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO - Competencia de la Sección Cuarta. Es especializada en temas relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales

El artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 [Reglamento del Consejo de Estado] distribuyó la competencia entre las Secciones según la especialidad de cada una. Sin embargo, a la Sección Primera le asignó una competencia residual, es decir que conoce de los asuntos que no están expresamente asignados a otras secciones. Por su parte, a la Sección Cuarta le corresponde conocer, entre otros procesos, de los de «1. (...) *simple nulidad que versen sobre actos administrativos relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas.*» Esta Sección tiene una competencia especializada en temas relacionados con impuestos, contribuciones fiscales y parafiscales, y si el tema discutido no está asignado a esta sala ni a ninguna otra que tenga definida su especialidad, corresponderá a la Sección Primera de esta Corporación.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 58 DE 1999 (CONSEJO DE ESTADO) /
ACUERDO 55 DE 2003 (CONSEJO DE ESTADO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá D. C., doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013)

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

Actor: CAMILO ARAQUE BLANCO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

AUTO

Corresponde a la Sala resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por el demandante contra el auto de 18 de mayo de 2012, mediante el cual el Consejero sustanciador del proceso de la referencia lo remitió a la Sección Primera de esta Corporación por competencia.

RECURSO

El actor interpuso recurso de reposición, sin embargo, el despacho sustanciador en auto de 11 de julio de 2012 consideró: «*la providencia recurrida es un auto interlocutorio de ponente, por Secretaría, **tramítese** como recurso ordinario de súplica ...*».

La primera inconformidad del demandante radica, básicamente, en el hecho de que por una conversación entre el magistrado ponente y el Presidente de la Sección Primera se decidió remitir el proceso a esa Sección, a pesar de que desde agosto de 2010 estaba en turno para fallo. Sostuvo que esa remisión no estuvo motivada con argumentaciones predicables de un órgano de cierre y sustentadas en la Constitución o la ley.

La segunda inconformidad la sustenta en lo dispuesto en el Acuerdo 055 de 2003, «*Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado*», y según el

cual una de las competencias de la Sección Cuarta es conocer de “*Los procesos de simple nulidad que versen sobre actos administrativos relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas*”. El demandante sostiene que el proceso, sometido a estudio, es de simple nulidad contra el Decreto 4839 de 2008 que, a su juicio, versa sobre un tema tributario.

Finalmente, resaltó que su caso tiene especial importancia para todo el país, por lo que podría ser remitido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, consideró que la competencia del proceso debe mantenerla la Sección Cuarta de esta Corporación de conformidad con la distribución de negocios del Acuerdo 58 de 1999.

AUTO RECURRIDO

El despacho sustanciador del proceso en auto de 18 de mayo de 2012 resolvió:

“Previo conversación con la Presidencia de la Sección Primera de la Corporación, se determinó que el conocimiento de este proceso corresponde a esa Sección”.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. cuestión previa

En auto de 30 de mayo de 2013 se ordenó sortear un conjuer para integrar el quórum decisorio y resolver el recurso de súplica. Como conjuer se designó a la doctora Lucy Cruz de Quiñones. No obstante, el 28 de agosto de 2013, el doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez se posesionó como magistrado de la Sección Cuarta, con lo cual quedó nuevamente conformada la Sala. En consecuencia, ya no es necesaria la intervención del conjuer.

2. Competencia de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

El artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999¹ [Reglamento del Consejo de Estado] distribuyó la competencia entre las Secciones según la especialidad de cada una. Sin embargo, a la Sección Primera le asignó una competencia residual, es decir que conoce de los asuntos que no están expresamente asignados a otras secciones.

¹ Modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

Por su parte, a la Sección Cuarta le corresponde conocer, entre otros procesos, de los de «1. (...) *simple nulidad que versen sobre actos administrativos relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas.*»

Esta Sección tiene una competencia especializada en temas relacionados con impuestos, contribuciones fiscales y parafiscales, y si el tema discutido no está asignado a esta sala ni a ninguna otra que tenga definida su especialidad, corresponderá a la Sección Primera de esta Corporación.

3. Caso concreto

La parte actora en ejercicio de la acción de simple nulidad demanda los artículos 3, 7 y 9 del Decreto Reglamentario 4839 de 2008, “*por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones*”, expedido por el Gobierno Nacional. A continuación se transcriben los apartes de la norma demandada:

“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.”

El actor en la demanda considera:

“... el presente Decreto 4839 de 2008, contempló otra fuente de financiación no incluida en la presente Ley marco, violentando de manera directa su sentido y finalidad, pues el señor Presidente de la República no puede llegar al punto de crear o modificar el sustento jurídico de la misma, basándose en sus facultades que le otorga el ordenamiento jurídico como reglamentador, máxime cuando la misma Ley 1151 de 2007 prevé de manera restrictiva y lejos de asomo de duda, solo dos fuentes de financiación para el llamado Fondo de Estabilización del Precio de los Combustibles, como lo son: (i) las transferencias de los recursos ahorrados por parte de Ecopetrol S.A. y (ii) recursos por parte del presupuesto nacional, no como está sucediendo hoy en día, con la inclusión de una nueva fuente, producto de los giros de los refinadores e importadores de combustibles, que deben hacer al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles tal como lo reza el artículo 3 del Decreto 4839 de 2008, producto de la diferencia negativa de la posición neta trimestral fijada por el Ministerio de Minas y Energía por medio de resolución trimestral y el precio de paridad que rige los precios del mercado internacional, imponiéndose una **carga tributaria** a la colectividad consumidora del combustible, para financiar el mencionado fondo.

(...) al cobrar una diferencia entre la tasa representativa del mercado internacional que rige los combustibles (precios de paridad), frente a los precios que son regidos y fijados periódicamente por el Ministerio de Minas y Energía (precio de referencia, con base en la posición neta trimestral), denota **un tributo** en sí mismo, pues se está imponiendo de manera unilateral un **gravamen de naturaleza fiscal** a los consumidores que luego se traslada a los refinadores e importadores, quienes transfieren la diferencia negativa con base en el diferencial de participación que se le adeuda al fondo, con el ánimo de generar un ahorro forzoso.

Independientemente que se le llame impuesto, tasa, contribución o ahorro pues per se es un tributo, tal como lo relata la obligatoriedad y los elementos estructurales del mismo, que debía ser recaudado previa autorización legislativa por parte del Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, siendo un detonante inocultable de ilegalidad e inconstitucionalidad, como ha ocurrido en infinitas providencias por parte de esta Honorable Sala por no cumplirse con este requisito inexorable, que subyace de la ley y la Constitución misma.” (Negrilla de la Sala)

De lo anterior se desprende claramente que lo que pretende el demandante es demostrar que el Presidente de la República se extralimitó en sus funciones al incluir como fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (en adelante FEPC) los giros que efectúan los refinadores e importadores de combustible teniendo en cuenta la posición neta trimestral, a pesar

de que, a su juicio, la norma que creó el FEPC [art. 69 L. 1151/07²] no lo contempló. Considera además que se está imponiendo un tributo.

Corresponde en este caso determinar si el tema discutido debe ser conocido por esta Sección o por la Sección Primera de esta Corporación. Para el efecto, se observa que al revisar el texto de las normas acusadas no se extraen a primera vista temas que estén relacionados de manera directa y expresa con un impuesto, una contribución fiscal o parafiscal lo que impone, en principio, la competencia en la Sección Primera.

No obstante, debe tenerse en cuenta que los pagos a los que se refiere el artículo 9º del Decreto demandado se asimilan a las concesiones de estabilización que se pagan a los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, entre otros.

El artículo 36 de la Ley 101 de 1993 creó los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, que se nutren con las llamadas cesiones de estabilización que los productores, vendedores o exportadores hagan. Según el párrafo 2º del artículo 38 de la citada ley, esas cesiones son contribuciones parafiscales.

Al respecto, el numeral 2º del artículo 39 de la Ley 101 de 1993 prevé:

“ARTÍCULO 40. PROCEDIMIENTO PARA LAS OPERACIONES DE LOS FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS. El precio de referencia o la franja de precios de referencia; la cotización fuente del precio del mercado internacional relevante; y el porcentaje de la diferencia entre ambos precios que se cederá a los fondos o se compensará a los productores, vendedores o exportadores, serán establecidos por los comités directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros.

Las operaciones de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros se sujetarán al siguiente procedimiento:

(...)

2. Si el precio del mercado internacional del producto en cuestión para el día en que se registre la operación en el Fondo respectivo fuere superior al precio de referencia o al límite superior de la franja de precios de referencia, el productor, vendedor o exportador pagará al Fondo una cesión de estabilización. Dicha cesión será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura, o su delegado.

(...)”

² Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010

De lo transcrito podría inferirse, en principio, que en este caso los giros que los refinadores e importadores de combustibles realizan a favor del FEPC tienen cierta similitud con las cesiones de estabilización que deben hacer los productores, vendedores o exportadores de productos agropecuarios y pesqueros.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de esta Corporación³ es la competente para continuar conociendo de la acción de simple nulidad promovida y será al momento de dictar sentencia que se determine si los giros que deben hacer los refinadores e importadores al FEPC, cuando su posición neta trimestral es negativa, son de naturaleza tributaria y si, en efecto, como lo estima el demandante, esa imposición no la incluyó la ley que creó el fondo.

Finalmente, debe aclararse que la falta de competencia que se advirtió en el auto recurrido surgió por la solicitud de acumulación que el Ministerio de Minas y Energía, como parte demandada, presentó con el fin de que este proceso, por ser el más antiguo, se acumulara con el 11001-03-24-000-2009-00362-00 del que está conociendo la Sección Primera y en el que se demandó el mismo acto⁴.

Con fundamento en lo anterior la Sala revocará el auto de 18 de mayo de 2012, y en su lugar, se remitirá el expediente al despacho sustanciador para que avoque nuevamente el conocimiento del asunto y continúe con su trámite.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

REVOCÁSE el auto de 18 de mayo de 2012. En su lugar, devuélvase el expediente al despacho sustanciador para que avoque nuevamente el conocimiento del proceso de la referencia y continúe con su trámite.

Notifíquese y Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sesión de la fecha.

³ Art. 13 Acdo. 58 de 1999

⁴ Fls. 311-312

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
Presidenta de la Sección

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ