

DESCUENTO DE PRIMA DE VACACIONES AL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL A FAVOR DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y BIENESTAR DE LA POLICIA NACIONAL – Por tener carácter parafiscal su creación es competencia del legislador y no del Presidente de la República. Suspensión provisional

De acuerdo a la cláusula general de competencia prevista en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991 la competencia para establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente parafiscales únicamente le esta atribuida al Congreso de la República, esto bajo las condiciones que hubiera establecido la misma ley. En primer lugar, 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 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. Y en segundo lugar, que para la expedición de la norma acusada el Presidente de la República invocó 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 por que la Ley 4 de 1992, como ya se dijo, 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 por lo menos establecidos los elementos básicos de la referida contribución parafiscal. Bajo el 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / LEY 4 DE 1992

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1091 DE 1995 – ARTICULO 11 PARAGRAFO 2. GOBIERNO NACIONAL (suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00282-00(2295-10)

Actor: JUAN CARLOS ALVEAR TOBAR

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Se decide la admisión de la demanda presentada por el señor Juan Carlos Alvear Tobar contra la Nación, Presidencia de la República, Ministerio de Defensa, Ministerio del Interior y de Justicia y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De igual forma, se decide sobre la solicitud de suspensión provisional del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, expedido por el Presidente de la República, por el cual se adopta el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995.

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”*.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En acápite separado de la demanda se solicitó la suspensión provisional de la norma acusada, argumentando para ello, que la Ley 4 de 1992 no le confiere al Presidente de la República la potestad de establecer contribuciones parafiscales, mucho menos dentro del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública.

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.”

Se argumentó 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 bajo las condiciones que establezca la ley.

Precisó que, según lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional las contribuciones parafiscales “*son gravámenes de carácter obligatorio que afectan a un determinado y único grupo social y económico, en beneficio del propio sector*”, establecidos por el legislador en desarrollo del principio de soberanía fiscal del Estado.

Concluyó que, el Presidente de la República al expedir el Decreto 1091 de 1995, concretamente su artículo 11, parágrafo 2, se arrogó una competencia que el constituyente de 1991 le atribuyó de manera privativa al Congreso de la República cual es, la de establecer contribuciones fiscales y parafiscales.

CONSIDERACIONES

Para decidir sobre la solicitud de suspensión provisional del acto acusado se observa lo siguiente:

De la medida de suspensión provisional

De conformidad con el artículo 152 del C.C.A., para proceder a decretar la suspensión provisional del acto acusado, “*basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones acusadas invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud*”.

La suspensión provisional de los actos administrativos, tratándose de la acción de simple nulidad, opera cuando al hacer una confrontación del acto con una norma de rango superior, aquél viola dicha norma en forma ostensible, sin que se requieran mayores elucubraciones para determinar la infracción cometida.

A este respecto se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en auto del 22 de marzo de 2011 afirmando que en el estudio de la medida de suspensión

provisional no se hacen consideraciones valorativas de fondo, elucubraciones jurídicas ni juicios valorativos significativos, pues dicho análisis consiste en realizar un cotejo a doble columna entre el acto administrativo acusado y la norma superior que se dice transgredida, para establecer si se viola esta última.

Se destacó también, que el referido estudio requiere de una argumentación que no tiene la envergadura del examen realizado en el fallo, pero que sí implica un trabajo de interpretación pues *“pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del CCA: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado Social y Democrático de Derecho.”*².

En el mismo sentido considera el Despacho que la interpretación de las normas confrontadas y la argumentación de la decisión de suspender o no el acto acusado, son garantías necesarias para la administración y para el accionante teniendo en cuenta que se está frente a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo (art. 152 CCA), que en virtud de aquélla temporalmente pierde su fuerza ejecutoria y deja de ser ejecutable.

En el *sub exámine*, la solicitud de suspensión provisional de la norma acusada se sustenta en el hecho de que el Presidente de la República no se encontraba facultado para establecer una contribución parafiscal, de acuerdo con lo previsto en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política.

Sobre el particular, el Despacho que sustancia la presente causa considera necesario hacer las siguientes precisiones.

De la facultad para establecer contribuciones fiscales y parafiscales

² Consejo de Estado, Sala Plena, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 22 de marzo 2011, expediente 11001-03-26-000-2010-00036-00.

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 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 (...).”

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.

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 ibidem. (...)

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 esto 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.

Así las cosas, resulta razonable que el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política prohíba expresamente que el Presidente de la República pueda establecer tributos, incluso en ejercicio de las facultades extraordinarias que eventualmente le confiere el legislador, con carácter *pro tempore*. 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.*”

Se reitera entonces que, de acuerdo a la cláusula general de competencia prevista en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991 la competencia para establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente parafiscales únicamente le esta atribuida al Congreso de la República, esto bajo las condiciones que hubiera establecido la misma ley.

Del caso concreto

Sostiene el demandante, en el acápite denominado suspensión provisional, “que el Presidente de la República no se encontraba facultado de manera excepcional por el legislador para establecer”, a través del parágrafo 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 el Despacho que en efecto el Presidente de la República, mediante el parágrafo 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, llama la atención del Despacho, en primer lugar, 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 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.

Y en segundo lugar, que para la expedición de la norma acusada el Presidente de la República invocó 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 por que la Ley 4 de 1992, como ya se dijo, 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 por lo menos establecidos los elementos básicos de la referida contribución parafiscal.

Bajo el 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 antes expuesta encuentra sustento adicional en la sentencia de 6 de julio de 2000. Rad. 300-1998. M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, en la cual se sostuvo 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.

(...).".

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia, estima el Despacho que resulta evidente la existencia de una contradicción entre el párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 y el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política 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 de la norma acusada.

En las anteriores condiciones, resulta procedente declarar la suspensión provisional del acto acusado (párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995) al darse por satisfecho el requisito exigido por el artículo 152 del C.C.A. esto es, la evidente contradicción entre el párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 y el artículo 150, numeral 12 de la Constitución Política.

Por las razones que anteceden, se admitirá la demanda y se dispondrá la suspensión provisional solicitada.

RESUELVE

ADMÍTESE la demanda instaurada el señor Juan Carlos Alvear Tobar contra el párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, proferido por el Presidente de la República, *"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"*.

NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE personalmente la admisión de esta demanda a los Ministros de Defensa, Justicia y Hacienda y Crédito Público, a través de quienes estén delegados para tal efecto.

FÍJESE el asunto en lista por el término de diez (10) días para los efectos previstos en el artículo 207-5 del C.C.A.

SUSPÉNDESE provisionalmente el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 expedido por el Presidente de la República, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

GERARDO ARENAS MONSALVE