



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-

RESOLUCIÓN N°. 018 DE 2021

(11 MAR. 2021)

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-

En uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, el Decreto 1260 de 2013, adicionado por el Decreto 1150 de 2010, el anexo del Decreto 2411 de 2019, el Capítulo 9 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, y los artículos 23 y 24 de la Resolución N° 039 de 2017, Decretos 1524 y 2253 de 1994 y

CONSIDERANDO:

El artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, y el numeral 18 del artículo 8 del Decreto 1260 de 2013, facultan a la CREG para liquidar y cobrar anualmente una contribución especial a las entidades sometidas a su ámbito de regulación para recuperar los costos en que incurre, con una tarifa que no puede ser superior al uno por ciento (1%) de las respectivas bases gravables de los regulados.

Los criterios para la metodología y determinación del porcentaje de la contribución y su liquidación se encuentran determinados en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, y en el Capítulo 9 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

El numeral 4 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, y demás decretos modificatorios definieron como sujetos pasivos de la contribución especial a favor de la CREG “*(...) las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley 142 de 1994, y todos aquellos que inciden directa o indirectamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos y las personas prestadoras del servicio de alumbrado público. Tratándose de la CREG también lo serán las personas prestadoras a que hace referencia el artículo 61 de la Ley 812 de 2003 y el Decreto número 4299 de 2005, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o deroguen, con excepción de los distribuidores minoristas en estación de servicio en un municipio ubicado en zona de frontera*”.

El artículo 61 de la Ley 1151 de 2007 creó el sistema de información de la cadena de distribución de combustibles del Ministerio de Minas y Energía, SICOM, integra a los agentes de la cadena a nivel nacional en un solo sistema de información, y mediante el cual se organiza, controla y sistematizan las

3

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

actividades de comercialización, distribución, transporte y almacenamiento de combustibles, y que tiene entre otros propósitos legales, el de apoyar las funciones asignadas a las comisiones de regulación, como la CREG.

El artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 establece que las entidades públicas, que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano, y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor.

Como fundamento en las atribuciones conferidas por las disposiciones mencionadas, la CREG tiene a su cargo la liquidación del monto de la contribución que se aplicará a cada una de las entidades sometidas a regulación, con sujeción a los mandatos consagrados en el segundo inciso del artículo 2.2.9.9.3. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1150 de 2020, estableció que “*(...) a partir de la vigencia del presente artículo, el único medio válido para presentar y certificar información financiera será el Sistema Único de Información - SUI y el que se disponga para los prestadores de la cadena de combustibles líquidos y los prestadores del servicio alumbrado público por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)*”.

(Subrayado fuera de texto).

Mediante las resoluciones CREG que se presentan a continuación, se señalaron los porcentajes de la contribución que debían pagar las entidades del valor de los gastos de funcionamiento de la entidad sujeta a regulación, con exclusión de los factores establecidos en la Ley, así como el aforo de los contribuyentes y la liquidación de la contribución especial para cada una de las empresas que reportaron su información financiera al sistema de información de la cadena de distribución de combustibles del Ministerio de Minas y Energía, SICOM.

Se hace necesario el cobro y recaudo de las contribuciones de las entidades reguladas.

Que con radicado CREG E-2021-001895 del 10 de febrero de 2021, 038-2021 FENDIPETROLEO, el señor EDUARDO RAFAEL DE JESÚS MOLINARES BAUTE, en calidad de Representante Legal de la Federación Nacional de Distribuidores de Combustibles y Energéticos, FENDIPETRÓLEO NACIONAL, presentó solicitud de revocatoria directa contra las resoluciones No. 238 del 27 de diciembre de 2020 y No. 241 del 31 de diciembre de 2020.

I. LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA

1. PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD

En primer lugar, se señalarán las causales para la procedencia de la revocatoria directa de los actos administrativos, definida en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo, que establece:

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

"ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona."

El peticionario presentó solicitud de revocatoria directa con objeto de perseguir las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Se inaplique por ilegal e inconstitucional, el contenido de las Resoluciones 238 y 241 de 2020, expedidas por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-.

SEGUNDA: Se REVOQUEN DIRECTAMENTE las Resoluciones 238 del 27 de diciembre de 2020 y 241 del 31 de diciembre de 2020, expedidas por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-."

Como pretensión subsidiaria:

"PRIMERA: Solicito respetuosamente, que como consecuencia de las pretensiones principales se ARCHIVEN todas las actuaciones administrativas adelantadas en virtud de las Resoluciones 238 y 241 de 2020, expedidas por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-"

El peticionario fundamenta su solicitud de revocatoria directa en los numerales primero, segundo y tercero del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, así:

1. CUANDO SEA MANIFIESTA SU OPOSICIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA O A LA LEY: Esta causal se configura cuando existe oposición a la Constitución Política o la Ley, entendida como aquella en la que el acto administrativo viola el bloque de legalidad o las normas superiores a las cuales se encuentra sometido.

En sustento de la presente causal, encontramos en la situación en comento que, toda vez que las disposiciones legales que se sirven de sustento a las Resoluciones 238 y 241 de 2020 (artículo 18 de la Ley 1955 de 2020), fueron declaradas inexequibles, estas ya no hacen parte del ordenamiento jurídico, por ende no pueden servir de sustento para las mismas, de tal manera que al expedir unos actos administrativos con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución, cuestión validada por la Corte Constitucional, se genera un evidente quebrantamiento de la Carta magna.

Lo que se corrobora, en la exposición de motivos de las Resoluciones 241 y 238 de 2020, pues la CREG reconoce las sentencias citadas, poniendo de presente su pleno conocimiento de causa de las razones de inconstitucionalidad que implicaron la inexequibilidad de las normas sobre las cuales funda sus actos administrativos, por lo que, en consecuencia, se debe proceder a revocar los mismos por su oposición a la Constitución Política y a la Ley.

2. CUANDO NO ESTÉN CONFORMES CON EL INTERÉS PÚBLICO O SOCIAL, O ATENTEN CONTRA ÉL: Esta causal se concreta cuando el acto administrativo deja de satisfacer el interés general como consecuencia de la verificación de cambios en las condiciones, en las circunstancias de hecho o de derecho, o de cambios en la interpretación de las mismas.

En sustento de la presente causal, vemos como la disposición legal o reglamentaria (artículo 18 de la Ley 1955 de 2020) que le sirvió de sustento a las Resoluciones 241 y 238 de 2020, desapareció del escenario jurídico al ser declarada inexequible, con lo que desaparecieron los presupuestos de hecho y de derecho indispensables para la validez de las mencionadas Resoluciones, de tal suerte que al no tener un fundamento legal actual, se hace imposible que estén conforme al interés público o social, bajo el presupuesto de que el interés general en este caso está dado por el ordenamiento de rango constitucional, que ha sido interpretado y definido

JM

R

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

por la Corte Constitucional en las mencionadas sentencias C-464 y C-484 de 2020, y está conformado por el razonamiento que la misma corte utilizó para declarar inexistente el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019.

Asimismo en el presente caso ha existido un cambio completamente irrazonable por parte de la CREG, ya que en vez de aplicar la norma que se encontraba vigente, optó por revestir de legalidad un artículo que se encontraba fuera del ordenamiento jurídico (Reforzado por la anterior declaratoria de inconstitucionalidad modulada de la C-464 de 2020), razón por la cual las Resoluciones 238 de 28 de Diciembre de 2020 y 241 de 31 de Diciembre de 2020 contienen cambios bruscos e intempestivos, pues responden a una situación que para los particulares ya estaba decidida de fondo y en este sentido se hace necesario revocar los mencionados actos administrativos.

3. CUANDO CON ELLOS SE CAUSE AGRAVIO INJUSTIFICADO A UNA PERSONA:

Respecto de esta causal se ha señalado que la misma procede cuando se ha causado un daño injustificado a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que la misma resulta procedente, en los casos en que pese a existir un acto administrativo lícito, este ha generado un daño antijurídico, a quien no debía recibirllo.

Es importante denotar que la Ley 1437 de 2011, tiene como finalidad la protección de los derechos de las personas en sede administrativa y la observancia del principio de supremacía constitucional como eje de las autoridades administrativas. La base principal de este procedimiento son las garantías del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, sujeto a principios y reglas propias de cada proceso.

Para el caso particular, el agravio injustificado recae sobre los distribuidores minoristas de combustibles agremiados a mi representada, pues se les pretende hacer el cobro de la contribución especial prevista en el numeral 4º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, que además de ser inconstitucional, carece de un procedimiento claro y taxativo, generando con ello un perjuicio económico, debido a que el Estado colombiano no puede exigir el cumplimiento de una obligación tributaria que no esté tipificada en la ley, siendo esto una característica primordial para la obligatoriedad de las cargas tributarias.

Dicho agravio también se sustenta en la variación que la CREG hace de la tarifa del tributo, debido a que, la mencionada entidad no tiene en cuenta la capacidad contributiva de cada sujeto pasivo de la contribución especial, tergiversando con ello la fórmula aplicada para los sujetos pasivos del tributo y por ende exigiendo el pago de valores mal liquidados que no cuentan con un mecanismo habilitado para constatar su veracidad.

Encontrándose dentro del término legal, mediante escrito presentado en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, bajo radicado número E-2021-001895 del 10 de febrero de 2021, el señor EDUARDO RAFAEL DE JESÚS MOLINARES BAUTE, en calidad de Representante Legal de la Federación Nacional de Distribuidores de Combustibles y Energéticos, presentó solicitud de revocatoria directa contra las resoluciones No. 238 del 27 de diciembre de 2020 y No. 241 del 31 de diciembre de 2020.

Es así que, al dar cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 93 y SS del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se admite esta solicitud, por lo que se procede a resolver de fondo y pronunciarse respecto de las inconformidades planteadas por el peticionario, motivando los aspectos de hecho y de derecho que la sustentan.

Los fundamentos de la petición de revocatoria directa se exponen a continuación:

“1. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA Y REPRODUCCIÓN DE UNA NORMA DECLARADA INEXISTENTE:

Como se mencionó en los hechos, en Sentencia 484 de 2020 del 19 de noviembre de 2020, la Corte Constitucional resolvió:

Primero. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-464 de 2020, mediante la cual se decidió (i) “Declarar INEXISTENTE la expresión “y todos aquellos que inciden directa o indirectamente

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

en la prestación de los servicios públicos domiciliarios” contenida en el numeral 4º del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”; y (ii) “Declarar INEXEQUIBLES los artículos 18 (salvo la expresión indicada en el resolutivo primero) y 314 de la Ley 1955 de 2019 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, respecto del cargo por violación al principio de unidad de materia.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

En este sentido, se tiene que desde el día 19 de noviembre de 2020, el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 que contempla la contribución especial a favor de la CREG, fue excluido del ordenamiento jurídico, por ende, para aclarar la vigencia temporal de la decisión de la Corte Constitucional, debemos remitirnos a la Sentencia T-832 de 2003, en donde la mencionada corporación indicó:

“10. En ese marco, partiendo de la regla general según la cual los efectos de los fallos de constitucionalidad son hacia futuro, con la excepción ya indicada, debe determinarse ahora a partir de qué momento se producen esos efectos futuros. Para ello concurren dos alternativas. De acuerdo con la primera, los efectos del fallo se producirían a partir del día siguiente a la fecha de la sentencia, que, como se indicó, corresponde a aquella en que la Sala Plena de la Corte tomó la decisión. Y de acuerdo con la segunda, los efectos del fallo se producirían a partir del vencimiento del término de ejecutoria del fallo, es decir, tres días después de la desfijación del edicto mediante el cual se notifica.

Para optar entre esas alternativas, resulta determinante la índole del fallo de constitucionalidad, pues los efectos de las sentencias judiciales dependen de la naturaleza de los procesos en que ellas se profieren. Si ello es así, se debe tener en cuenta, de un lado, que una sentencia de constitucionalidad es el fruto de un juicio técnico de confrontación entre la Carta Política y una norma legal y que lo que a través de ella se hace es mantenerla en el ordenamiento jurídico si es compatible con aquella o, en caso contrario, expulsarla de él. De otro lado, se debe considerar que, a diferencia de los fallos que se emiten en los demás ámbitos de la jurisdicción, los fallos de constitucionalidad tienen efectos erga omnes y no inter partes, es decir, que sus efectos son obligatorios, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción de ninguna índole.

Entonces, una vez precisado que la fecha de una sentencia corresponde a aquella en que se adoptó la decisión en ella contenida, y no a aquella en que los magistrados suscriben su texto o los salvamentos o aclaraciones de voto, y teniendo en cuenta la índole de los fallos de constitucionalidad y sus efectos erga omnes y no inter partes, se logran elementos de juicio para determinar los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad: Cuando no se ha modulado el efecto del fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en ese caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria.”

De la jurisprudencia citada podemos concluir que a partir del día 19 de noviembre de 2020 (fecha de la sentencia C-484 de 2020), ninguna autoridad pública estaba facultada para aplicar la norma declarada inexistente, al carecer de fundamento constitucional y legal vigente y en consecuencia, para la fecha en que la CREG inició las acciones para efectuar el cobro del tributo (22 de diciembre de 2020) la contribución especial se encontraba desprovista de norma habilitante, más aún cuando la entidad contaba con la posibilidad de Reglamentar el artículo 18 de La Ley 1955 de 2019 desde el mes de mayo de 2019, pero decidió realizar dicha labor con posterioridad al pronunciamiento de la Corte, es decir, los días 28 de Diciembre (Resolución 238) y 31 de Diciembre de 2020 (Resolución 241).

Así mismo debe traerse a colación lo referido por la Corte Constitucional en la misma sentencia C-484 de 2020, en la cual argumentó como fundamento para haber adoptado una decisión con efectos inmediatos y hacia futuro, sin necesidad de modulación alguna, la existencia de una norma constitucionalmente válida, con plenos efectos jurídicos como lo es el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, el cual en su literalidad dispone:

“ARTÍCULO 85. CONTRIBUCIONES ESPECIALES. Con el fin de recuperar los costos del servicio



Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas:

85.1. Para definir los costos de los servicios que presten las Comisiones y la Superintendencia, se tendrán en cuenta todos los gastos de funcionamiento, y la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, en el período anual respectivo.

85.2. La superintendencia y las comisiones presupuestarán sus gastos cada año y cobrarán dentro de los límites que enseguida se señalan, solamente la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir su presupuesto anual.

La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquél en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente.

85.3. <Ver Notas del Editor> <Numeral derogado, al no ser prorrogada su vigencia, por la Ley 1151 de 2007>

85.4. El cálculo de la suma a cargo de cada contribuyente, en cuanto a los costos de regulación, se hará teniendo en cuenta los costos de la comisión que regula el sector en el cual se desempeña; y el de los costos de vigilancia, atendiendo a los de la Superintendencia.

85.5. La liquidación y recaudo de las contribuciones correspondientes al servicio de regulación se efectuará por las comisiones respectivas y las correspondientes al servicio de inspección, control y vigilancia estarán a cargo de la Superintendencia.

85.6. Una vez en firme las liquidaciones deberán ser canceladas dentro del mes siguiente. Se aplicará el mismo régimen de sanción por mora aplicable al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de las demás sanciones de que trata esta Ley.

PARÁGRAFO 1o. Las Comisiones y la Superintendencia se financiarán exclusivamente con las contribuciones a las que se refiere este artículo y con la venta de sus publicaciones. Sin embargo, el gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las Comisiones y de la Superintendencia durante los dos primeros años.

PARÁGRAFO 2o. Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia.”

De lo que se infiere que para la fecha en que la CREG inició las actuaciones administrativas propias del recaudo del tributo, se encontraba en plena vigencia el artículo 85 de la ley 142 de 1994 y dicha normativa no obligaba a los agentes de la cadena de distribución de combustibles al pago de la contribución especial, situación por la cual el cobro de la misma carece de toda fundamentación constitucional y legal.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política establece lo siguiente:

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexistente por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

En virtud de tal disposición constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado de manera sistemática la prohibición constitucional que tienen no solo los operadores judiciales sino de cualquier autoridad de reproducir normas que hayan sido declaradas inexistentes. Esta línea jurisprudencial se reitera desde el año 1996, hasta los más recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional de los años 2019 y 2020 (Sentencias C-068 de 2020, C-133/19 y C-544/19), de los cuales destaco:

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

Sentencia T-669/96

“Cuando un juez o un fiscal aplican una disposición formalmente vigente pero que tiene el mismo contenido material de una que ya ha sido declarada inexequible por la Corte Constitucional, es indudable que están violando este precepto constitucional, pues están en la práctica reproduciendo el contenido material del acto declarado inexequible. En tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexequible, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta” (subrayado fuera de texto).

Sentencia de Control de Constitucionalidad C-096 de 2017:

“Además, en el caso de sentencias que declaran la inexequibilidad de una norma, surge la prohibición constitucional de reproducirla, de acuerdo con el artículo 243 de la Constitución” (...)

“Cuando la norma ha sido declarada inexequible, con efectos hacia el futuro, respecto de los efectos anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad, es posible hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, con base en los mismos argumentos que condujeron a la declaratoria de inexequibilidad.”

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución: inciso 2 del artículo 241 de la Constitución Política” (subrayado propio)

Bajo esta perspectiva recalco que esta inaplicabilidad no es desconocida para la CREG, pues en la misma página web de la entidad se encuentra referenciada la sentencia C-311 de 2002, que hace alusión directa al artículo 243 constitucional y con ello a la prohibición de reproducción del contenido material de normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional.

Así mismo, ACOLGEN en el documento CREG-192 del 28 de diciembre de 2020 puso de presente a la entidad que la interpretación que estaba realizando sobre la sentencia C-484 es errada, por cuanto transgrede la jurisprudencia constitucional y el artículo 243 de la Constitución, sin que se tenga una respuesta de fondo sobre el tema por parte de la entidad.

En tal sentido, en las Resoluciones 238 y 241 de 2020 se hace una reproducción material de la norma que expresamente fue declarada inexequible por parte de la Corte Constitucional, por lo que es inconstitucional, ilegal e improcedente el cobro realizado por la CREG a los agentes integrantes de la cadena de distribución de combustibles líquidos.

2. DE LA OMISIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE SU DEBER DE EJERCER CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VÍA DE EXCEPCIÓN (EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD):

Para efectos de determinar si la autoridad administrativa que expidió las Resoluciones 238 y 241 de 2020 y las respectivas liquidaciones oficiales de la contribución especial, era competente para hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, procederé a hacer una breve enunciación de la mencionada figura.

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, según el cual «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquier otras que resulten contrarias a ellas, de igual

JM

R

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente.

Respecto de quienes pueden ejercer el control de constitucionalidad por vía de excepción, y sus efectos, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 122 de 2011, señaló:

“De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.”

En esta sentencia, la Corte dejó en claro que el nuestro es un sistema de control de constitucionalidad calificado doctrinalmente como “mixto”, ya que combina un control concentrado, ejercido por la Corte Constitucional, y difuso, en el que cualquier autoridad puede dejar de aplicar la disposición, por ser contraria a la Constitución. Incluso se ha dicho que constituye, más que un deber, una obligación de la autoridad correspondiente hacer uso de esta figura cuando así lo evidencie, como se dijo en la sentencia T-808 de 2007:

“Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales» (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones de inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional.”

Lo anterior, teniendo en cuenta que la misma Corte Constitucional ha establecido los supuestos que deben darse para la aplicación de esta figura, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia constitucional ha definido que la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. (subrayado fuera de texto)

En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto Inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.”

A su turno, la sentencia T-389 de 2009 fue un poco más extensa en punto a desarrollar las condiciones que deben darse a efectos de la aplicación de la excepción de constitucionalidad, así:

“En segundo término, resulta indispensable fijar el alcance de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, y determinar si dicha aplicación persigue la protección de la supremacía constitucional en abstracto o tiene como fin conjurar la incidencia negativa y perjudicial de normas de inferior jerarquía a las constitucionales, en los derechos constitucionales de una persona en un caso concreto.”

En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4º de la Carta, hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas (en este caso los distribuidores minoristas de combustibles líquidos).

Ahora bien, en el caso concreto, la autoridad administrativa pudo ejercer esta facultad, al evidenciar la incompatibilidad entre el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 (norma reglamentaria)

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

y la norma constitucional, en aras de proteger los derechos fundamentales de los distribuidores minoristas de combustibles líquidos. Cuestión que no ocurrió, pues aun cuando la CREG conocía los pronunciamientos de la Corte Constitucional, procedió a expedir las mencionadas Resoluciones, por lo tanto, las fundamentó en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento y en consecuencia, se expidieron unos actos administrativos con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución, generando un quebrantamiento de la Carta magna.

Adicionalmente a lo expuesto, la Corte ha establecido que, cuando un funcionario inaplica la excepción solicitada por las partes, siendo procedente, genera específicamente, un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Este defecto, se presenta cuando

“La actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución.

Se considera igualmente defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente; o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso.”³ (Subrayado propio).

En conclusión, en vista de que la CREG no hizo uso de la excepción de inconstitucionalidad, dio lugar a un defecto sustantivo debido a que, empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Constitución.

3. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO:

Sin lugar a duda se presentan discrepancias entre la norma reglamentaria y ejecutiva (liquidación oficial de la contribución) con la norma constitucional. Asimismo, vemos como el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, ha sido declarado inexcusable por la Corte Constitucional en dos oportunidades (Sentencias C-464 y C-484 de 2020) y por diversos argumentos, por lo tanto dichas disposiciones han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y por ende, hacen parte del precedente judicial obligatorio.

Según lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como:

“La sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Es así como la misma Corte Constitucional en la sentencia C-104 de 1993, manifestó que las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes y, además, no constituyen un criterio auxiliar de interpretación sino que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”.

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

En sede de tutela, esta Corporación también se refirió a este asunto en la sentencia T-260 de 1995, oportunidad en la que sostuvo lo siguiente:

“Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarián, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”.

Más adelante, la Corte señaló que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional y de igual forma, que sus decisiones constituyen un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, “ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”.

Esto se refuerza a partir de las consideraciones expuestas en la sentencia C-816 de 2011 en la que la Corte declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, luego de indicar que las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar de preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

No obstante lo anterior, vemos en el caso en concreto como la CREG se desliga totalmente del precedente sentado por la Corte Constitucional, sin argumentar de manera rigurosa y clara las razones por las cuales procede ese modo.

4. DECAIMIENTO O PERDIDA DE EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO:

En el caso particular, se evidencia la perdida de ejecutoria de las Resoluciones 238 y 241 de 2020, toda vez que las disposiciones legales que se les sirven de sustento (artículo 18 de la Ley 1955 de 2019) fueron declaradas inexequibles (Sentencia 484 del 19 de noviembre de 2020) teniendo como consecuencia lógica que desde el pronunciamiento de la Corte Constitucional, no hacen parte del ordenamiento jurídico, por ende no podían servir de sustento para disposiciones posteriores (a futuro), tales como las iniciadas el día 22 de diciembre de 2020 (solicitud reporte información financiera). En consecuencia, se debe dar aplicación a la perdida de ejecutoria del acto administrativo conforme al numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 que en su exegesis literal precisa:

“ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.” (subrayado fuera del texto original)

Al respecto, la Corte Constitucional ha aclarado que:

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

"Cuando se declara la inexequibilidad de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexequibilidad del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo".

Así mismo en Sentencia C-096 de 1995 la Corte Constitucional señaló que:

"El decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico. Cuando se declara la inexequibilidad de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexequibilidad del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo."⁴

En conclusión, debido a que en virtud de la Sentencia C-484 del 19 de noviembre de 2020, desaparecieron del mundo jurídico los fundamentos de derecho en los que se sustentó el cobro de la contribución especial que inició el 22 de diciembre de 2020, la excepción de perdida de ejecutoria del acto administrativo contemplada en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 tiene plena aplicación.

5. AFECTACIÓN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, TIPICIDAD Y DEBIDO PROCESO DE LOS CONTRIBUYENTES.

La afectación se origina en el hecho de que la CREG, contando con la posibilidad de Reglamentar el artículo 18 de La Ley 1955 de 2019 desde el mes de mayo de 2019, decidió realizar la reglamentación los días 28 de diciembre (Resolución 238) y 31 de diciembre de 2020 (Resolución 241), más de un mes y 10 días después del Comunicado de prensa 049 de la Corte Constitucional, en el cual se anunció la declaratoria de inexequibilidad inmediata del artículo 18 de la mencionada ley.

Lo precedente resulta aún más cuestionable, al revisar el contenido del párrafo transitorio del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 que en su literalidad establece:

"PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para la vigencia de 2019 el plazo para el cargue de la información será el 31 de julio."

Conforme a lo anterior, no se encuentra explicación alguna en el actuar de la administración pues si la misma norma establecía una fecha específica para el cargue de la información financiera base de la liquidación de la contribución especial, esto implicaba una reglamentación anterior a la solicitud de información financiera por parte de la CREG, pero en el caso particular se evidencia que aun cuando se notificó de la presunta obligación de presentación y reporte de información a los agentes pertenecientes a la cadena de combustibles líquidos el 22 de diciembre de 2020, solo hasta el 28 de diciembre de 2020, mediante la Resolución 238 de 2020 se emitió de manera acelerada, la primera reglamentación atinente al cobro, otorgándole a los distribuidores minoristas de combustibles solo 2 días para hacer el respectivo reporte, desconociendo lo señalado en la Sentencia C-484 de 2020 por la Corte Constitucional, en el sentido de que conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Constitución, para efectos del cumplimiento de la obligación de presentar libros de contabilidad, o documentos privados, en el contexto de las obligaciones tributarias y de la inspección, vigilancia y control del Estado, debe existir una configuración legal previa, que señale los términos en los que dicha obligación se hace efectiva, evitando con ello que se afecten las garantías de legalidad, tipicidad y debido proceso de los contribuyentes.

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

Garantías que evidentemente no se respetaron, pues en el caso en concreto no existió tal configuración legal previa que les permitiera entender a los distribuidores minoristas bajo que procedimiento y de que manera se haría efectiva la contribución especial, detallando lo referente a la legalidad y tipicidad del tributo, aun cuando en la Sentencia C-484 de 2020 la Corte Constitucional hizo énfasis en lo siguiente:

"95. En primer lugar, recuerda la Sala que de conformidad con lo previsto en el artículo 6º de la Constitución, los particulares solo son responsables por infringir la Constitución y la ley. Al tiempo que de conformidad con lo previsto en el artículo 29 superior, las reglas del debido proceso -en virtud del cual nadie podrá ser sancionado si su falta no se encuentra prevista en una ley preexistente-, aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Por lo cual, ha señalado la jurisprudencia que el principio de legalidad conlleva que una norma con fuerza material de ley, establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. De esta manera, ha explicado la Sala, que en materia sancionatoria la falta o conducta reprochable debe encontrarse tipificada en una norma antes del inicio de la investigación con fines sancionatorios, en estricta aplicación de lo previsto en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución⁵.

96. En este orden de ideas, ha puesto de presente la Corte Constitucional que, naturalmente, este principio de legalidad en materia sancionatoria conlleva un principio de tipicidad, en virtud del cual, el Legislador debe definir con claridad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento⁶. En un sentido similar, se ha afirmado que la reserva de Ley prevista en el artículo 150 de la Constitución implica que las conductas sancionables en materia administrativa conciernen de forma exclusiva al Congreso de la República. Sin embargo, en atención al carácter especializado de ciertas materias, es posible delegar al reglamento la expedición de actos administrativos de carácter general con una descripción detallada de las conductas. Lo anterior, siempre y cuando, los elementos estructurales del tipo sancionatorio hayan sido previamente fijados por el Legislador, y sin que en ningún caso las normas de carácter reglamentario puedan desconocer las garantías constitucionales de legalidad y debido proceso⁷. Sede esta forma, se tiene que es particularmente relevante la condición de que, previo a la delegación de asuntos administrativo – sancionatorios al reglamento, el Legislador describa la conducta que da lugar a la imposición de la misma.

97. En segundo lugar, recuerda la Sala que según lo previsto en el artículo 15 de la Constitución, la obligación de presentar libros de contabilidad, o documentos privados, en el contexto de las obligaciones tributarias y de la inspección, vigilancia y control del Estado, debe existir una configuración legal previa, que señale los términos en los que dicha obligación se hace efectiva.

98. En tercer lugar, y en consideración al caso concreto, encuentra este tribunal que prever un supuesto en virtud del cual los agentes regulados y vigilados del sector se harán acreedores de las sanciones a (i) que haya lugar, si (ii) no reportan la información requerida para el cálculo de la tarifa, (iii) en las condiciones de oportunidad, calidad e integralidad definidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, generan una indeterminación que afecta las garantías de legalidad, tipicidad y debido proceso de los contribuyentes.

99. Lo anterior, por cuanto, la Sala encuentra una indeterminación en (i) la conducta sancionable, en tanto que se deja al arbitrio de la autoridad administrativa la determinación de la información reportada por el sujeto pasivo, sin que existan reglas claras y precisas sobre qué información debe allegarse al ente de inspección, vigilancia y control a fin de evitar la imposición de algún tipo de sanción; (ii) de igual forma, no fueron definidos los parámetros de oportunidad, calidad e integralidad para la presentación de dichos reportes, motivo por el cual, los agentes vigilados no conocen los lineamientos, y podrán ser sancionados sin ser posible acudir a una verificación objetiva del tipo sancionatorio a partir del texto legal; (iii) ante la indeterminación de la Ley, es razonable que surja la duda sobre si dichas obligaciones de reporte de información conllevan la exhibición de los libros de contabilidad a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, sin que ello se encuentre expresamente definido en el texto legal; y (iv) la expresión "a que haya lugar", en cuanto a la consecuencia punitiva – sancionatoria, es abierta, y da lugar a la indeterminación de las sanciones a imponer, por lo que el sujeto pasivo, además de no tener claridad en la conducta reprochable, tampoco conoce la sanción de que será acreedor." (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas y haciendo un simple ejercicio de observación sobre una de las Solicitudes de

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

declaración y presentación de información financiera allegada por la CREG a uno de los agremiados a mi representada, podemos evidenciar la materialización de las afectaciones a las garantías de legalidad, tipicidad y debido proceso prevenidas por la Corte Constitucional, en los numerales antes transcritos como se evidencia a continuación..."

6. VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y CERTEZA TRIBUTARIA:

Sobre el particular debemos mencionar que era al Gobierno Nacional al que le correspondía la obligación de reglamentar las características y condiciones especiales que se requerían para la determinación de las contribuciones especiales contenidas el artículo 18 de la ley 1955 de 2019, pero en vista de que tales atribuciones las asumió el ejecutivo, se configura una clara violación al principio de legalidad tributaria en cuanto a que, una vez expedida la ley 1955 de 2019, no se procedió a reglamentar el cobro de la contribución para el año gravable 2020.

Dicho esto, resulta importante recordar que el principio de legalidad tiene como objetivo primordial fortalecer la seguridad jurídica y evitar los abusos impositivos de los gobernantes, puesto que el acto jurídico que impone la contribución debe establecer previamente, y con base en una discusión democrática, sus elementos esenciales para ser válido, lo anterior en conexidad el principio de la certeza del tributo con el cual "no basta con que lo órganos colegiados de representación popular sean los que directamente establezcan los elementos del tributo, sino que, además, es menester que al hacerlo determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de los elementos esenciales del mismo, pues de lo contrario no solo genera inseguridad jurídica, sino que en el momento de la aplicación de las normas se permiten los abusos impositivos de los gobernantes o se fomenta la evasión , pues los contribuyentes obligados a pagar los impuestos no podrían hacerlo, lo que repercute gravemente en las finanzas públicas y por ende en el cumplimiento de los fines del Estado.

Para el caso sub-examine, la materialización de la vulneración del principio de certeza jurídica se puede evidenciar en las solicitudes de declaración y presentación de información financiera allegadas por la CREG a los agremiados a mi representada el día 22 de diciembre de 2020, pues pretende hacer el cobro de la contribución especial, según lo establecido en el numeral 4º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, sin que hasta la fecha de dicho requerimiento, existiera un procedimiento claro y taxativo para el contribuyente; lo que quebranta los mencionados principios, debido a que el Estado colombiano no puede exigir el cumplimiento de una obligación tributaria que no esté tipificada en la ley, así como tampoco se puede imponer un tributo o una sanción si previamente no se ha determinado legalmente, siendo esto una característica primordial para la obligatoriedad de las cargas tributarias que estas se encuentren previamente estipuladas en la ley, de lo contrario no se podrá imponer cargas a los contribuyentes y estos tendrán que ser exonerados.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha determinado que "para presumir la existencia de la obligación tributaria es menester que el tributo nazca mediante la determinación de sus 5 elementos esenciales a saber: sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa"¹⁰ , por lo tanto, para que la obligación tributaria nazca debe cumplir con los elementos esenciales del tributo, de manera que, considerando lo dicho por la sentencia C-464 de 2020, la CREG está realizando el cobro de una obligación tributaria que no nació en tanto no se determinó de forma clara e inequívoca el sujeto pasivo de la obligación, elemento esencial tributo, de lo que podríamos concluir que la administración está vulnerando los principios pilares del derecho de tributario de legalidad y certeza del tributo, ya que no se permitió tener la certeza que la norma creadora de tributos, generando con ello inseguridad jurídica en el contribuyente.

7. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA:

La vulneración a este principio nos remonta nuevamente a la solicitud de declaración y presentación de información financiera allegada por la CREG a los agremiados a mi representada el día 22 de diciembre de 2020, pues en el mencionado oficio sustenta el requerimiento en el numeral 4º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, sin mencionar que se estaba haciendo alusión a las modificaciones realizadas por la Ley 1955 de 2019, por lo que en vista de que para la fecha en que les llegó el requerimiento a los distribuidores minoristas pertenecientes a la cadena de combustibles líquidos adscritos, se encontraba vigente el texto original del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, al estos verificar la vigencia de la norma confiaron legítimamente en que la administración aplicaría la norma vigente, pues a ningún título resultaba lógica la aplicación de una norma declarada inexistente por ser contraria a la

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

constitución, y ante tal omisión incluso se llevó a los distribuidores minoristas de combustibles a asumir, que se trataba de una equivocación por parte de la administración, pues la literalidad de la norma numeral 4º del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 que se enuncia en el requerimiento atiende a lo siguiente:

"ARTÍCULO 85. CONTRIBUCIONES ESPECIALES. Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas:

85.4. El cálculo de la suma a cargo de cada contribuyente, en cuanto a los costos de regulación, se hará teniendo en cuenta los costos de la comisión que regula el sector en el cual se desempeña; y el de los costos de vigilancia, atendiendo a los de la Superintendencia."

Articulado que para la fecha en que se notificó la solicitud de información (22 de diciembre de 2020), se encontraba vigente en su contenido original, por lo que le correspondía a la administración, informarle al contribuyente el origen del cobro del tributo en virtud de sus derechos fundamentales y la garantía de los principios constitucionales, pues los distribuidores minoristas de combustibles líquidos, no estaban obligados a predecir que la CREG estaba haciendo referencia a una disposición normativa declarada inexistente que además omitió mencionar en su requerimiento en declive de sus derechos a la publicidad, información y debido proceso.

Para tales efectos, cabe mencionar que la jurisprudencia ha reconocido que la confianza legítima sirve para conciliar eventuales tensiones entre los intereses particulares y públicos cuando se han creado expectativas para los administrados que luego desaparecen y es así como la propia Corte Constitucional ha definido el mencionado principio de la siguiente manera:

"En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación." (subrayado fuera de texto)

8. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA:

La equidad tributaria es el deber que tienen los ciudadanos de contribuir con el Estado de acuerdo con su capacidad económica; es decir, que este puede llevar a cabo su ejercicio impositivo, sin realizar cobros arbitrarios a los contribuyentes, lo que implica que cada individuo pueda responder a dicha imposición según los ingresos que percibe. El principio de equidad tributaria ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

"Sobre la materia, se reitera lo precisado por la Corte Constitucional en cuanto a que el principio de equidad tributaria es la manifestación del derecho fundamental de igualdad en materia fiscal. Para la Corte, « (...) el principio de igualdad constituye un claro límite formal y material del poder tributario estatal y, por consiguiente las reglas que en él se inspiran se orientan decididamente a poner coto a la arbitrariedad y la desmesura. No se trata de establecer una igualdad aritmética. La tributación tiene que reparar en las diferencias de renta y riqueza existentes en la sociedad, de modo que el deber fiscal, expresión de la solidaridad social, tome en cuenta la capacidad contributiva de los sujetos y grupos y, conforme a ella, determine la carga fiscal, la que ha de asignar con criterios de progresividad, a fin de alcanzar grados cada vez mayores de redistribución del ingreso nacional".

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

Bajo este presupuesto, tenemos que la CREG, tanto en las consideraciones de la Resolución 238 y 241 de 2020 como en el taller se socialización del cálculo y cobro de la contribución especial que presidió el dia 22 de enero de 2021, señaló que la tarifa de la contribución especial que deben pagar las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos sometidos a la regulación de la CREG se debe calcular bajo la siguiente formula y tarifa:

"Teniendo en cuenta la sumatoria de las bases gravables de los regulados, con base en la información financiera 2019 reportada por las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos y aquella calculada por la CREG, el valor a financiar del total del presupuesto de la CREG por parte de estos regulados por \$6.207.879.081 (16.93%), la CREG estableció el factor o tarifa usando la fórmula (2):

Reemplazando en la fórmula, se obtuvo el siguiente resultado:

$$Tce = \$ 6.207.870.081$$

$$\$51.675.711.329.225 = 0,000120131294 \therefore 0,01201312942\%$$

De esta forma, el factor o tarifa hallado para señalar el porcentaje de la contribución especial 2020 a favor de la CREG es el siguiente:

Factor: 0,000120131294.

Tarifa: 0,01201312942% (...)

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

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

De acuerdo a lo anterior, la tarifa resulta inexacta para el contribuyente, en el sentido que para establecer la base gravable se debe tener determinada la totalidad de sujetos pasivos que hacen parte de la formula, es decir su cálculo debe corresponder a la totalidad de la información que lo sujetos pasivos de la contribución presenten para poder indicar dicho calculo y obtener la tarifa para realizar el cobro correspondiente, con lo cual una vez determinado este valor dentro de la formula, deberá arrojar un único valor que representa la tasa de cobro para el contribuyente, en este caso la resolución 241 de 2020, contempla dentro de su parte motiva que la tarifa a aplicar seria del: 0,01201312942%.

En virtud de lo precedente, resulta incierto el mecanismo de calculo que utilizó la CREG para llegar al porcentaje anteriormente señalado, puesto que tal como se evidencia en Resolución 241 de 2020, el cálculo se efectuó a partir la sumatoria de las bases gravables de los regulados, con base en la información financiera 2019 reportada por las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos. Lo que de entrada significaría que se le está aplicando una tarifa equivocada a quienes reportaron la información solicitada, pues no se adelantó acción alguna para determinar la base gravable de los sujetos pasivos que no presentaron la información requerida, se requirió a los distribuidores minoristas en estaciones de servicio en municipios ubicado en zona de frontera, exceptuados por el Numeral 4º del Artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y se excluyeron del cobro a quienes tuvieran un valor inferior a la cuantía mínima de \$285.119, inobservando la capacidad jurídica de cada sujeto pasivo

Desdibujando con ello la verídica base gravable necesaria para determinar la tarifa.

Asimismo me permite recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 12, parágrafo primero de la Resolución 238 de 2020, la CREG está obligada a consultar y validar las fuentes de información correspondientes, en aras de determinar la verdadera base gravable. No obstante, en la Resolución 241 de 2020, bajo ningún supuesto se ve en el momento del cálculo de la tarifa respectiva, las acciones adelantadas para la determinación de la base gravable de los sujetos pasivos que no presentaron la información solicitada, afectando la liquidación practicada a quienes si dieron cumplimiento a dicho requerimiento.

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

Adicionalmente, dentro de las liquidaciones allegadas a los distribuidores minoristas de combustibles, se estableció que la tasa de cobro de la contribución corresponde al 0.025575921111% y en este sentido la Resolución 241 de 2020, justificó dicho incremento de tarifa de la siguiente manera:

"A efectos de evitar incurrir en un detimento, en el sentido de no recuperar los costos representados en recursos humanos, tecnológicos y financieros incurridos por la CREG en el procedimiento de cálculo, liquidación, recaudo y gestión de cartera de la contribución especial 2020, la Comisión determinó una cuantía óptima de \$285.119 por debajo de la cual resulta ineficiente liquidar la contribución especial a los sujetos pasivos en la presente vigencia".

Conforme a lo precedente, el sustento que evoca la autoridad administrativa para la existencia de una variación de la tarifa de acuerdo al cálculo realizado, demuestra una clara transgresión al principio de equidad tributaria en cuanto a que, no tiene en cuenta la capacidad contributiva de cada sujeto pasivo de la contribución especial, por lo que no tiene como hacer un cobro equitativo de la mencionada tasa, ya que debió haber determinado dentro de su fórmula un cálculo que incluyera no la generalidad de los sujetos pasivos, sino la capacidad económica o contributiva de cada uno de estos.

Para ilustrar la vulneración al principio de equidad tributaria por parte de la CREG, vemos como en comparación con otras comisiones, la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO CRA, en el artículo tercero de la Resolución 930 de 2020, decidió liquidar a costo cero (\$0) a un grupo de sujetos pasivos, teniendo en cuenta el principio de eficiencia económica, pero los incluyó en la totalidad de sujetos pasivos para determinar el cálculo de la tarifa, haciendo equitativa la misma.

Disposición que dista totalmente de lo determinado por la CREG, pues en el presente caso se excluyeron algunos de los sujetos pasivos obligados, del cálculo de la tarifa, en total vulneración del principio de equidad tributaria que busca de manera objetiva que exista un equilibrio de las cargas que la administración tributaria impone a los contribuyentes que se encuentran en una capacidad económica similar, soporten una carga tributaria igual, tal como lo establece el artículo 363 de la Constitución Política de Colombia.

En conclusión, en vista de que la CREG no adoptó el principio de equidad como guía de interpretación de la ley tributaria, no tomó decisiones destinadas a lograr el deber constitucional de contribuir en una obligación, previendo que la tarifa puede variar de acuerdo al número de sujetos pasivos que presenten su información en debida forma, omitiendo la información dejada de presentar y la presentada que no se debe tener en cuenta, como es el caso de los distribuidores minoristas ubicados en zona de frontera, que al ser requeridos equivocadamente por la CREG a pesar de ser exentos del tributo, reportaron juiciosamente su información en uso de la confianza legítima que depositaron en la administración, variando con ello la fórmula aplicada para los sujetos pasivos a los cuales se les liquidó la contribución.

9. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

Vemos como en las liquidaciones oficiales allegadas por la CREG a los distribuidores minoristas de combustibles líquidos se omite sustentar la tarifa aplicada al cobro efectuado de conformidad con lo establecido en la Resolución 241 de 2020 de la CREG. Asimismo, se omite explicar cómo se realizó el cálculo para llegar a dicho valor, eliminando la posibilidad de que el contribuyente tenga oportunidad de revisar si dicho cobro se encuentra de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019, lo que además va en contravía de los derechos a la información, publicidad, defensa y contradicción de los mismos. Desconociendo con ello que la motivación de las decisiones de la administración constituye un elemento estructural del acto administrativo, pues además de garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción de los interesados, implica la efectividad del principio de publicidad previsto en el artículo 209 de la Constitución.

El Consejo de Estado se pronunció sobre el particular en la Sentencia 00064 de 2018 en los siguientes términos:

"La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada".

En concordancia con lo precedente, podemos concluir que en el caso en concreto la CREG desconoció el mencionado elemento, pues dentro del contenido de la liquidación oficial no se indica con exactitud cuál fue el cálculo que la administración utilizó para proceder a obtener la tarifa de 0.025575921111%, la cual se le cobra al contribuyente. Por lo que sin la existencia de un procedimiento administrativo que le permita al contribuyente entender la decisión administrativa, se configura una actuación injusta frente al cobro de la tasa de la contribución especial impuesta.

II. CONSIDERACIONES DE LA CREG

El artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, establece una contribución de regulación para efectos de recuperar los costos del servicio de regulación atribuido a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, cuya tarifa máxima no podrá ser superior al uno por ciento (1%) de las respectivas bases gravables.

Para los agentes regulados de la cadena de combustibles líquidos, la base gravable de la contribución especial se conforma de la toma de información del sistema de información de la cadena de distribución de combustibles del Ministerio de Minas y Energía, SICOM, que integra a los agentes de la cadena a nivel nacional en un solo sistema de información, y mediante el cual se organiza, controla y sistematizan las actividades de comercialización, distribución, transporte y almacenamiento de combustibles, y que tiene entre otros propósitos legales, el de apoyar las funciones asignadas a las comisiones de regulación, como la CREG.

Mediante sentencia C-464 del 28 de octubre de 2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, con efecto diferido en el tiempo, efecto que se fundamenta en las facultades que tienen los tribunales constitucionales para garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata, una regulación legal, por los efectos inconstitucionales que tendría esa decisión, pero tampoco es posible declarar la constitucionalidad de la regulación, pues el tribunal ha constatado que ésta vulnera alguna cláusula de la Carta. Una de las salidas es entonces que el juez constate la inconstitucionalidad de la ley, pero difiera en el tiempo su expulsión del ordenamiento. *"Y esa modalidad de sentencia no implica ninguna contradicción lógica, pues conceptualmente es necesario distinguir dos aspectos: la verificación de la constitucionalidad de una norma, que es un acto de conocimiento, y la expulsión del ordenamiento de esa norma, por medio de una declaración de inexequibilidad, que es una decisión"*¹.

Luego, mediante la Sentencia 484 del 19 de noviembre de 2020, la Corte Constitucional declara inexequible el artículo 18 ibidem, con efectos inmediatos

¹ Sentencia C-737/01



Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

y a futuro, a saber, a partir de la anualidad de 2021. En este pronunciamiento, la *ratio decidendi* sobre los efectos inmediatos y a futuro, a partir de 2021, está constituida por dos tópicos importantes a resaltar para esta Comisión:

En primer lugar, establece que los tributos causados para la anualidad de 2020 corresponden a situaciones jurídicas consolidadas, y destaca que los efectos hacia futuro de esta decisión de inexequibilidad cubren las situaciones jurídicas consolidadas en el año 2020, incluidos aquellos tributos que se sirvan de los elementos establecidos por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 para el año 2020.

En el mismo sentido, indica que, a partir del período o anualidad 2021, los sujetos activos del tributo no se encuentran en un escenario incierto, ya que, ante la declaratoria de inexequibilidad de la modificación de la norma, se impone la consecuencia lógica de la plena vigencia del contenido normativo original del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Es claro entonces, que la regla aplicada por la Corte Constitucional sobre los efectos en el tiempo de la declaración de inexequibilidad del artículo 18 de la ley 1955 de 2019, se resume en que, para el año 2020, la aplicación de la norma inexequible es una situación consolidada, y a partir del 1 de enero de 2021 se aplica el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, no dejando, por tanto, ningún vacío temporal, ni incertidumbre alguna, en relación con la obligación tributaria y sus elementos. Dice así la Corte:

“108. La regla general son los efectos desde ahora y hacia el futuro o ex nunc de la declaratoria de inexequibilidad. Esta postura se sustenta en la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, puesto que, hasta ese momento, la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y, por ello, sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella. De esta manera, el tributo al que alude la disposición demandada se recauda de forma anual, y la presente sentencia se pronuncia antes de la causación de la misma para el año 2021. Por lo cual, es claro para este tribunal que los tributos causados en la anualidad 2020 corresponden a situaciones jurídicas consolidadas. Asimismo, la Corte destaca que los efectos hacia futuro de esta decisión de inexequibilidad, cubren las situaciones jurídicas consolidadas en el año 2020, incluidos aquellos tributos que se sirvan de los elementos establecidos por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 para el año 2020.”

“109. Igualmente, cabe precisar que respecto de los efectos inmediatos y a futuro de esta decisión, a saber, a partir del período o anualidad 2021, los sujetos activos del tributo no se encuentran en un escenario incierto, ya que, ante la declaratoria de inexequibilidad de la modificación de la norma, se impone la consecuencia lógica de la plena vigencia del contenido normativo original del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.” (Subrayado fuera del texto original).

Al ser lo anterior la *ratio decidendi* “corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto” que “se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”², quiere decir que el artículo 18 de la Ley 1955 tuvo el efecto jurídico de causar la obligación a cargo de los agentes de la cadena de combustibles líquidos para la vigencia 2020, de acuerdo con el lineamiento de la Corte, por lo cual subsiste el

² Esta definición de *ratio decidendi* ha sido empleada por la Corte Constitucional en las sentencias, T-170 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt, 15 de abril de 2015; T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda, 6 de abril de 2006, T-217 de 2013, M.P. Alexei Julio Estarada, 17 de abril de 2013

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

deber jurídico de los agentes, amparado en la presunción de legalidad, de soportar la carga tributaria para dicha vigencia.

De esta forma, los actos administrativos expedidos por la Comisión son la ejecución de la situación jurídica causada por la ley bajo la presunción de legalidad. Por tanto, sólo podrían estar viciadas de ilegalidad si la norma que les sirvió de fundamento hubiese sido declarada inexequible con efectos retroactivos, y no como ocurrió que se fijó el efecto futuro a partir del 2021, como lo señala la *ratio decidendi* de los efectos de la sentencia.

Ahora bien, se entiende por consolidada la situación para el 2020 respecto de la Ley que crea la contribución y, por ende, todas las actuaciones administrativas que se derivan de ella se encuentran amparadas por el principio de legalidad, ya que se constituyen en actos que desarrollan el deber legal y, por tanto, no son afectados con la declaratoria de inconstitucionalidad.

La inexequibilidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución, para lo cual se requiere que el operador jurídico facultado para ello constate la existencia de esa irregularidad. Se deriva de un vicio que generalmente acompaña la norma desde que nace al mundo jurídico, pero que sólo es declarado cuando aquella es sometida al examen de constitucionalidad.³

No obstante, como sin duda es altamente probable que una norma haya tenido consecuencias en el tráfico jurídico antes de ser declarada inexequible, a pesar de los vicios que la acompañaban de tiempo atrás, existe una controversia sobre cuál debe ser el alcance de la decisión proferida por el juez constitucional, particularmente en cuanto a los efectos temporales de su decisión.

Esta controversia, que lejos de ser novedosa, ha sido ampliamente estudiada, dando lugar a interesantes debates, no sólo en el ordenamiento colombiano, sino también en el derecho comparado, plantea como pregunta si la declaratoria de inexequibilidad solamente puede tener efectos hacia el futuro, o si por el contrario, los efectos de la decisión pueden retrotraerse hasta el momento de expedición de la norma.

De un lado, los efectos hacia el futuro o *ex nunc* –desde entonces– de la declaratoria de inexequibilidad encuentran razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y, por ello, sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella.

Pero de otro lado, los efectos retroactivos de la sentencia de inexequibilidad encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios contenidos en ella no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que, por tratarse de un vicio que afectaba la validez de la norma, sus efectos deben ser *ex tunc* –desde siempre–, si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias derivadas

³ Cfr. Sentencias C-145/94, C-055/95, C-618/01 y T-824A/02.

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

de la aplicación de esas normas siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan.

En el escenario descrito, para el caso colombiano, la regulación acogida por el Constituyente y desarrollada por el Legislador con el fin de armonizar esas posiciones, establece que la Corte Constitucional tiene, no sólo la potestad, sino el deber de modular los efectos temporales de sus providencias, pues a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política.

Sobre el particular, como ha sido explicado en otras oportunidades, “*el juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una determinación, ya que su deber es pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, para lo cual puede modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales*”⁴.

Por otra parte, es claro lo sustentado de acuerdo con la superioridad de la Constitución, la sentencia tiene efectos hacia el futuro por lo cual el cobro de la contribución del año 2020 pertenece a la consolidación de las situaciones jurídicas como mecanismo que garantiza el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento colombiano.

En efecto, esta encuentra su origen en la ley, como se desprende del artículo 1º del Estatuto Tributario (E.T.) que establece que “*la obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto o los presupuestos previstos en la ley como generadores del impuesto y ella tiene por objeto el pago del tributo*”. De esa manera entendemos esta obligación como el vínculo o relación jurídica entre dos sujetos, activo y pasivo, por el cual surgen prestaciones mutuas. Es así como los tributos, sin importar su categoría (impuestos, tasas o contribuciones), se soportan en esta institución jurídica (la obligación tributaria), conformada por cinco (5) elementos: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa⁵, los cuales, a consideración de la Corte, se encuentran en situación de certeza jurídica y surten efectos para la vigencia 2020.

Así las cosas, corresponde al sujeto activo, o acreedor de la obligación tributaria, exigir coactivamente el pago del tributo. Por otra, el sujeto pasivo, es decir, el deudor, la persona que una vez realizado el hecho generador debe cumplir con la obligación tributaria. El hecho generador es la conducta descrita en la ley que, una vez realizada, da nacimiento a la obligación tributaria y, por tanto, a la producción de efectos jurídicos, siendo el principal el pago del tributo. La base

⁴ Sentencia C-737/01 MP. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también las sentencias C-113/93, C-131/93, C-226/94, C-055/96, C-037/96, C-221/97, C-442/01, entre otras

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-583 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) determinó también estos elementos como característicos del tributo; posición que ha sido reiterada en numerosas sentencias, como por ejemplo, C-740 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-155 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-597 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-1371 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-621 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-892 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) y C-260 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Esta última estableció que “en la obligación tributaria, aparecen por un lado el sujeto activo, que es la entidad estatal con derecho para exigir el pago del tributo, el sujeto pasivo o persona en quien recae la obligación correlativa, el hecho gravado o situación de hecho indicadora de una capacidad contributiva a la cual la ley confiere la virtualidad de generar la obligación tributaria, y la base gravable y la tarifa, que son los elementos determinantes de la cuantía misma de la obligación”

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

gravable es la valoración numérica o magnitud que cuantifica el hecho generador. Finalmente, la tarifa es otra magnitud que, aplicada sobre la base gravable, conduce a la determinación del monto a pagar por concepto del tributo.⁶

Estos rasgos distintivos de la obligación tributaria son esenciales para entender cómo opera el fenómeno de la consolidación de la obligación tributaria. Es así como de la interpretación armónica del principio de irretroactividad de la ley⁷ y en general, y del artículo 338 de la Constitución⁸ en lo tributario, surge la doctrina de las situaciones jurídicas consolidadas; como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional⁹.

Ahora bien, no obstante lo anterior, el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 y el numeral 18 del artículo 8 del Decreto 1260 de 2013, facultan a la CREG para liquidar y cobrar anualmente una contribución especial a las entidades sometidas a su ámbito de regulación.

Los criterios para la metodología y determinación del porcentaje de la contribución y su liquidación se encuentran determinados en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, y en el Capítulo 9 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

En este orden de ideas, resulta acertado anotar que las situaciones jurídicas consolidadas no pueden ser desconocidas, porque la conducta del contribuyente se adecuó a lo previsto en la norma vigente para el período fiscal 2020 respectivo y, de acuerdo con las exigencias allí impuestas para efectos de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima, tanto para la Administración como para el contribuyente.

Entre tanto, no es dable el argumento esbozado por el recurrente en cuanto a la vulneración al principio de unidad de material, ya que este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 158 de la Constitución Política, conforme al cual “*todo proyecto de ley debe referirse a una misma*

⁶ Toda la anterior reflexión en torno a la obligación tributaria tomada de Eleonora Lozano Rodríguez. Fundamentos de la tributación colombiana, en Fundamentos de derecho de los negocios para no abogados, 573-575. Ed. Temis, Bogotá. (2013)

⁷ A propósito del fundamento constitucional de la consolidación de una situación jurídica, el artículo 58 de la Constitución Política consagra el principio de irretroactividad de la ley, que busca proteger los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley vigente. De antaño, se ha entendido que el artículo se debe interpretar de una forma armónica con los preceptos de la Constitución, como bien señala Juan Rafael Bravo Arteaga refiriéndose a la Sentencia del 14 de junio de 1969 de la Corte Suprema de Justicia, cuando el artículo 58 hace referencia a la garantía de “los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles” se ha interpretado que las leyes civiles son aquellas aplicables a los particulares y, por lo tanto, esta garantía es aplicable a las instituciones de derecho privado y público (Juan Rafael Bravo Arteaga. Derecho tributario. Escritos y reflexiones. Pág. 131. Universidad del Rosario. (2008)).

⁸ El anterior artículo 58 no puede leerse aisladamente, pues en materia tributaria concurre con el artículo 338 que, no solo consagra una reserva en los órganos de representación popular para la imposición de tributos en tiempos de paz, sino que extiende el principio de irretroactividad de la ley en materia tributaria, toda vez que esta normatividad tiene efectos económicos sobre los contribuyentes y, por lo tanto, un alcance particular

⁹ Sentencia C-393 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y reiteradamente en sentencias C-926 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-1261 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-192 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Por la cual se resuelve una petición de revocatoria directa de las resoluciones 238 y 241 de 2020

materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella", y dicho mandato solo corresponde ser revisado por quien tiene la competencia, es decir, la Corte Constitucional.

Por último, que en lo que corresponde a la variación de la tarifa de acuerdo al cálculo realizado a los sujetos pasivos obligados, esta Comisión no se referirá al acto administrativo general, el cual existe desde el momento mismo en que se profiere o expidió, el cual ya produjo efectos jurídicos y fuerza vinculante, y fue publicado en su debido momento para ser oponible a los particulares o afectados, por lo cual no es procedente hacer referencia dentro del acto particular del general.

Por lo anterior, las razones en que se fundamenta la solicitud bajo estudio no constituyen ninguna de las causales previstas en la ley para proceder a la revocatoria de los actos administrativos, razón por la cual será denegada y confirmadas las decisiones adoptadas por las Resoluciones No. 238 del 27 de diciembre de 2020 y No. 241 del 31 de diciembre de 2020.

Por las razones expuestas, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No.1083 del 11 de marzo de 2021, acordó expedir la presente Resolución;

R E S U E L V E:

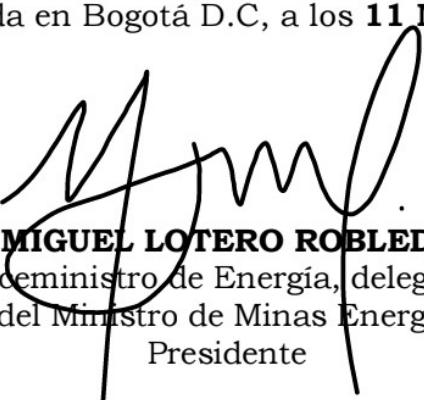
ARTÍCULO 1. NEGAR la solicitud de revocatoria directa presentada contra las resoluciones No. 238 del 27 de diciembre de 2020 y No. 241 del 31 de diciembre de 2020 por el representante legal de la sociedad Federación Nacional de Distribuidores de Combustibles y Energéticos, FENDIPETRÓLEO NACIONAL, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR al representante legal de las FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS el contenido de la presente resolución, conforme con lo establecido en los artículos 67 y ss del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 3. Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los **11 MAR. 2021**


MIGUEL LOTERO ROBLEDO
Viceministro de Energía, delegado
del Ministro de Minas Energía
Presidente


JORGE ALBERTO VALENCIA MARÍN

Director Ejecutivo

