

MONOPOLIO – Consagración constitucional. Finalidad / RENTA NACIONAL – Lo es las originadas por los licores. Asambleas departamentales pueden optar por ejercer el monopolio o gravar dicha actividad / ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES – No pueden gravar y tener el monopolio de licores / LICORES DESTILADOS – Sobre estos se ejerce el monopolio o pueden estar sometidos al impuesto al consumo

De conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política, cualquier monopolio debe establecerse como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social, para no lesionar derechos económicos o, restringir, sin fundamento, la actividad económica, la iniciativa privada y la libre competencia. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos deben estar sometidos a un régimen propio y las rentas que se obtengan, en el caso de los licores, están destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. El Decreto 41 de 1905 estableció como rentas nacionales las de licores, las que fueron cedidas a los departamentos por el Decreto 1344 de 1908. La Ley 88 de 1910 delineó los parámetros sobre la intervención de las asambleas departamentales y les asignó la facultad de optar por ejercer el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados o, si éste no convenía, gravar dichas actividades, opción que se mantuvo en la Ley 4 de 1913 Código de Régimen Político y Municipal, que asignó a los mencionados cuerpos colegiados la función de monopolizar, en beneficio de su tesoro, las actividades citadas o, la de gravar esas industrias, como lo determine la ley, si el monopolio no conviene. Se mantuvo, así, la opción dada a los departamentos para fijar el monopolio por las actividades de producción, introducción y venta de licores destilados o para gravar tales actividades, de manera que si el departamento escogía fijar el monopolio, no podía gravar esas actividades dentro de su territorio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 009 DE 1993 (29 de mayo) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL GUAINÍA – ARTICULO 16 (Anulado Parcialmente)

VINOS – Son de libre producción y distribución y pueden ser gravados por las asambleas / APERITIVOS – No es un licor destilado

No sucede lo mismo con los vinos, los vinos espumosos o espumantes, los aperitivos y similares nacionales, los cuales son de libre producción y distribución en los departamentos y pueden ser gravados por las asambleas con el impuesto al consumo; cabe anotar que estos licores no son destilados pues se obtienen en el proceso de fermentación alcohólica normal del mosto de uvas frescas y sanas, o del mosto concentrado de uvas sanas, sin que se le adicione o se le practiquen manipulaciones técnicas diferentes a las previstas en el Decreto 365 de 1994 y cuya graduación alcohólica mínima es de 6 grados alcoholimétricos. Tampoco se consideran licores destilados los aperitivos porque son bebidas alcohólicas de graduación máxima de 20 grados alcoholimétricos, obtenidas por la mezcla de alcohol etílico rectificado neutro o alcohol vínico, agua, vino, o vino de frutas, mistela con destilados, infusiones, maceraciones o percolaciones de sustancias vegetales amargas, aromáticas o estimulantes permitidos y sus extractos o esencias naturales.

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 009 DE 1993 (29 de mayo) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL GUAINÍA – ARTICULO 16 (Anulado Parcialmente)

MONOPOLIO INDIRECTO – Cuando la asamblea opta por esta opción no puede gravar la producción, introducción y venta de licores destilados. Departamento de Guainía

El artículo 30 señaló que mientras la asamblea departamental no imponga, organice y regule la asunción total o parcial, en forma directa, del monopolio de producción, introducción y venta de licores destilados, autorizado por la Ley 14 de 1983 y el artículo 121 del Decreto 1222 de 1986, dichas actividades requerirán la celebración de un contrato o convenio especial entre el Departamento y la persona natural o jurídica, pública o privada, que las realice, en el cual debe establecerse la participación porcentual del Departamento en el precio de venta del producto, sin perjuicio del impuesto de consumo de que trata este mismo estatuto. De esta manera el departamento del Guainía optó por fijar en su jurisdicción el monopolio indirecto sobre las actividades de producción, introducción y venta de licores destilados, advirtiendo que mientras organizaba el régimen del monopolio directo, quienes ejercieran las actividades en mención debían celebrar un contrato con el departamento para fijar la participación porcentual del ente territorial en el precio de venta del producto. Así las cosas, respecto de la producción, introducción y venta de licores destilados no pueden coexistir el monopolio (directo o indirecto) y el impuesto al consumo, como lo prevé el artículo 29 de la Ordenanza 009 de 1993. Dado que el departamento del Guainía escogió fijar, en su jurisdicción, el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, no podía gravar tales actividades con el impuesto al consumo, como lo dispuso en el artículo 16 de la ordenanza, puesto que el monopolio y el impuesto al consumo a favor del departamento son excluyentes, como lo prevé el artículo 121 del Decreto 1222 de 1986.

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 009 DE 1993 (29 de mayo) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL GUAINÍA – ARTICULO 16 (Anulado Parcialmente)

ACTO ADMINISTRATIVO – No puede declararse su nulidad porque los mismos no se ajustan a normas posteriores. El efecto es la derogatoria del acto / ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Se subsume en la figura del decaimiento del acto por desaparición de los fundamentos de derecho / DECAIMIENTO DEL ACTO - Causal de pérdida de fuerza ejecutoria. No afecta la presunción de legalidad del acto administrativo

En el caso en estudio, las normas sobre impuesto al consumo, vigentes al momento de la expedición de la Ordenanza 009 de 1993, eran las del Decreto 1222 de 1986 y no las de la Ley 223 de 1995, dado que ésta es una disposición posterior al acto acusado. No es procedente, entonces, el examen de legalidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993, frente a los artículos 204, 205 y 206 de la Ley 223 de 1995, porque esta ley es posterior a las normas acusadas que, se repite, fueron expedidas en vigencia del Decreto 1222 de 1986. Sobre el particular, la Sala ha precisado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no está autorizada para declarar la nulidad de actos administrativos cuyas previsiones no se ajustan a la ley posterior, pues el fenómeno que se produce, que es la ilegalidad sobreviniente, genera la derogatoria del acto administrativo pero no su nulidad, por cuanto el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo condiciona la declaratoria de nulidad, entre otros motivos, a la infracción de las normas superiores en las cuales debían fundarse los actos, que son las vigentes al momento de la expedición de los mismos. También ha señalado la jurisprudencia que el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente de los actos administrativos se subsume en la figura del decaimiento del acto por desaparición de los fundamentos de derecho. Cabe advertir que el

decaimiento, como causal de pérdida de fuerza ejecutoria, no afecta la validez del acto administrativo, porque es una situación posterior a su nacimiento y no tiene la virtud de provocar su anulación. Además, la jurisprudencia ha precisado que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, porque no existe una acción autónoma que lo permita, y que la ocurrencia de esa figura no afecta la presunción de legalidad del acto, pues, su controversia debe hacerse en relación con las circunstancias vigentes al momento de su expedición. Adicionalmente, no es posible declarar la nulidad por violación de normas legales posteriores, pues es claro que la autoridad administrativa no podía tenerlas en cuenta en el cumplimiento de su actividad, a pesar de que con posterioridad a la expedición del acto se viera afectado su fundamento jurídico.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 84

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 009 DE 1993 (29 de mayo) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL GUAINÍA – ARTICULO 16 (Anulado Parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Bogotá D. C., once (11) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 50001-23-31-000-2001-40523-01(18778)

Actor: GUINNESS UDV COLOMBIA S. A. Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora contra la sentencia del 16 de abril de 2008 del Tribunal Administrativo del Meta, proferida dentro del proceso de acción de nulidad contra el artículo 16 de la Ordenanza N° 009 del 29 de mayo de 1993, expedida por la Asamblea Departamental del Guainía.

Dicho fallo dispuso:

“PRIMERO: Negar la nulidad planteada respecto del artículo 16 y sus numerales 2, 3 y 4 de la Ordenanza No. 9 del 29 de mayo de 1993.”

ANTECEDENTES

La Asamblea Departamental del Guainía, mediante la Ordenanza 009 del 29 de mayo de 1993, expidió el Código de Rentas del departamento.

En el capítulo III, el artículo 16 reglamenta el impuesto al consumo de licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares.

El texto del artículo demandado es el siguiente:

“CAPITULO III

DE LOS IMPUESTOS CEDIDOS

ARTÍCULO 16°. IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES, VINOS, VINOS ESPUMOSOS O ESPUMANTES, APERITIVOS Y SIMILARES.

Las características del impuesto al consumo de licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, cedido al departamento, son los siguientes:

- 1. Sujeto Pasivo:** *Están obligados a pagar el impuesto todas las personas naturales o jurídicas que introduzcan al Departamento los licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares objeto del gravamen. Para la producción, introducción y distribución se requerirá obtener licencia especial de la Secretaría de Hacienda.*
- 2. Causación:** *El impuesto se causa en el momento en que el productor o distribuidor disponga para la venta los productos objeto del gravamen.*
- 3. Base Gravable:** *El precio promedio nacional al detal en expendio oficial o, en defecto de éste, del primer distribuidor autorizado, de la botella de 750 mililitros de aguardiente anisado nacional, según lo determine semestralmente el DANE. La definición de que se entiende por licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares será la que determine el Gobierno Nacional de acuerdo con las normas técnicas del Ministerio de Salud e Icontec. Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación no serán de gravamen alguno.*
- 4. Tarifas:** *Las tarifas por botella de 750 mililitros o proporcionalmente a su volumen serán las siguientes:*
 - a.** *El 35% para licores nacionales o extranjeros.*

b. El 10% para vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares extranjeros.

c. El 5% para vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares nacionales.

d. Recaudo. El impuesto será recaudado por el Departamento, para lo cual se organizarán los sistemas administrativos y de control por parte de la Secretaría de Hacienda.

PARÁGRAFO: *El Departamento podrá establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial, sin perjuicio de que los particulares puedan utilizar, sin que ello les implique erogaciones o cargas adicionales, su propio sistema de bodegaje, conforme a las normas vigentes”*

DEMANDA

Las sociedades GUINNESS UDV COLOMBIA S. A., GUINNESS UDV (FLORIDA) INC. y UNITED DISTILLERS & VINTNERS (ER) LIMITED, solicitaron la nulidad del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993 del Departamento del Guainía y, en subsidio, que se anulen los numerales 2, 3 y 4 del mismo artículo.

El concepto de violación lo desarrolló con los siguientes argumentos:

1. Violación directa del artículo 121 del Decreto 1222 de 1986 e indirecta de los artículos 4, 287 y 300 de la Constitución Política.

El artículo 121 del Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, constituyó un monopolio rentístico a favor de los departamentos; en razón del objeto de este monopolio la ley concedió a los mencionados entes territoriales dos alternativas excluyentes; (i) ejercer el monopolio, sobre la producción, introducción y venta de licores destilados o, en subsidio, (ii) gravar dichas actividades de producción, introducción y venta de licores destilados, si el monopolio no conviene, conforme con lo dispuesto por dicha ley.

El carácter excluyente de estas dos alternativas se deduce con claridad de la conjunción disyuntiva “o” y de la condición impuesta en la parte final del primer

inciso del artículo que indica que las asambleas departamentales gravarán las actividades de producción, introducción y venta de licores “si el monopolio no conviene”, lo que equivale a decir que tal facultad solo puede ejercerse en tal evento.

Por lo tanto, si un departamento decide ejercer el monopolio como ocurre en el presente caso, ya no le es posible regular el impuesto al consumo. La Asamblea del Guainía al establecer, en el artículo 29 de la ordenanza demandada, el monopolio como arbitrio rentístico ejerció la opción que le concedía la disposición antes mencionada y, en consecuencia, se extinguió su facultad para gravar de manera concurrente esas actividades.

Según lo expuesto, las ordenanzas que establecen el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados y, además, el impuesto al consumo respecto de las mismas actividades, son contrarias a la ley.

La anterior tesis fue ratificada por el Consejo de Estado, mediante providencia del 31 de enero de 1980¹ y por el Ministerio de Hacienda en los Conceptos 0066 del 11 de marzo de 1996 y 124 del 19 de agosto de 1997.

2. Violación directa de los artículos 204, 205 y 206 de la Ley 223 de 1995 e indirecta de los artículos 4, 287 y 300-4 de la Constitución Política.

En los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993, la asamblea departamental estableció tres de los elementos esenciales del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares a saber: la causación, la base gravable y la tarifa. De esta forma, transgredió las normas constitucionales que prevén que la potestad tributaria de las entidades territoriales está sujeta a la Constitución y a la ley.

En relación con el momento de la causación del impuesto, el numeral 2 de la norma acusada fijó como tal aquel en que el productor o distribuidor dispone para la venta los productos objeto del gravamen, mientras que el artículo 204 de la Ley 223 de 1995 prevé que en el caso de los productos nacionales, el impuesto se causa cuando el productor los entrega en fábrica o en planta y, en el caso de los extranjeros, la causación ocurre cuando éstos se introducen al país.

¹ C.p. Dr. Bernardo Ortiz Amaya

En cuanto a la base gravable del impuesto, el artículo 205 de la Ley 223 de 1995 determina que es el precio de venta de los productos al detallista, ya sean aquéllos nacionales o extranjeros, mientras que el numeral 3 de la norma demandada prevé que el impuesto se causa sobre el precio promedio nacional al detal en expendio oficial o, en defecto de éste, del primer distribuidor autorizado de la botella de 750 mililitros de aguardiente anisado nacional.

En lo relacionado con la tarifa, el artículo 206 de la ley en mención la fija en un porcentaje determinado de acuerdo con el grado alcoholimétrico del producto pero el numeral 4 del artículo demandado la determina en el 35% para licores nacionales y extranjeros; el 10% para vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares extranjeros y el 5% para vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares nacionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **parte demandada**² se opuso a los cargos presentados, en los siguientes términos:

Después de referirse al marco normativo constitucional, artículos 1º, 15, 95-9, 150-12, 154, 287 [1,2,3,4], 294, 300-4, 305 [1,9,11], 336, 38, 360, 361 y 362 de la C.P. y legal, del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, Decreto 1222 de 1986, artículos 206, 207 y 209, Ley 223 de 1995, artículos 202, 203, 204 y 257 y Ley 788 de 2002, artículos 49, 50, 51, 52 y 59 y a jurisprudencia del Consejo de Estado³, concluye que tanto el monopolio respecto de la producción, distribución y comercialización de licores, como la potestad impositiva son del arbitrio departamental, pero excluyentes entre sí.

Manifestó que es errada la afirmación de que el departamento estableció en el artículo 30 de la ordenanza el monopolio pues lo cierto es que el ente territorial no lo ha ejercido, si bien lo previó como una posibilidad en el artículo 10 de la

² Folio 241 cuaderno principal

³ Sentencias 11997 y 10669 de 2001 y 13514 de 2003 Sección Cuarta.

ordenanza acusada y, por lo tanto, el departamento tiene la posibilidad de gravar los bienes con el impuesto al consumo.

Dijo que, en todo caso, el monopolio se refiere a la individualidad de los productos y no a la generalidad, por lo que se puede aplicar el monopolio respecto de unos productos y el impuesto sobre otros, pero no ambas sobre el mismo producto.

Señaló que la actora ataca las decisiones tomadas por la asamblea sin tener en cuenta que el acto de imposición de los tributos es anterior a la promulgación de la Ley 223 de 1995, la que junto con la 788 del 2002, modificó de manera tácita el acto acusado.

Se refirió al numeral 2 del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que prevé la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuando desaparezcan los fundamentos de hecho y de derecho en que se encuentran basados o cuando pierdan su vigencia, así como al artículo 51 de la Ley 788 de 2002 que determina la forma en que los departamentos pueden regular el monopolio de licores destilados, cuando escojan éste en lugar del impuesto al consumo.

LA SENTENCIA APELADA

El **Tribunal Administrativo del Meta**⁴ negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

De la confrontación de las normas transgredidas con las acusadas, concluyó que las dos facultades consagradas en el artículo 121 del Decreto Ley 1222 de 1986 son excluyentes, de manera que si el departamento opta por constituir el monopolio de la producción, introducción, y venta de licores destilados, no puede gravar dichas actividades con el impuesto al consumo.

Señaló que por disposición de la norma superior los monopolios están sometidos a un régimen propio y que en este caso la Asamblea Departamental del Guainía mediante el artículo 29 de la Ordenanza 009 de 1993, previó el monopolio

⁴ Folio 154 cuaderno principal

rentístico de la producción, introducción y venta de licores destilados y, en el artículo 30, señaló que su eficacia está sujeta a una reglamentación por parte de esa Corporación.

Adujo que dentro del plenario no existe prueba documental que de certeza de que la asamblea del departamento del Guainía hubiese puesto en funcionamiento el monopolio previsto, por lo que no existe violación de las normas constitucionales ni del artículo 121 del Decreto Ley 1222 de 1986, motivo por el cual negó la nulidad planteada respecto del artículo 16 de la ordenanza acusada.

Indicó que como la Ley 223 de 1995 derogó las normas que le sean contrarias, los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la Ordenanza 009 desaparecieron del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no puede el Tribunal declarar nulidad alguna porque se entiende que los elementos de impuesto al consumo, contemplados en tales numerales, deben ceñirse a lo establecido en los artículos 204, 205 y 206 de la mencionada ley.

Por último, manifestó que la norma superior otorgó facultades a las asambleas departamentales para decretar los tributos y contribuciones, es decir, que las disposiciones encaminadas a establecer los gravámenes deben estar sujetas a la normatividad existente, para el caso, la Ley 223 de 1995, norma de superior jerarquía que la ordenanza demandada; por tanto, las disposiciones en ella contenidas deben entenderse ajustadas a las disposiciones de la citada ley.

En consecuencia, tampoco encontró razones para declarar la nulidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

La **actora**⁵ interpuso recurso de apelación y reiteró los argumentos expuestos en la demanda; además manifestó que el departamento no podía gravar con el impuesto al consumo la producción, introducción y venta de licores destilados porque el numeral primero del artículo 29 de la Ordenanza 009 de 1993 dispuso que tales actividades son monopolios rentísticos del departamento y, el artículo 30

⁵ Folio 6 cuaderno N° 2

ibídem previó que mientras la asamblea no imponga, organice o regule en forma directa las actividades objeto del monopolio, se requiere la celebración de contratos entre el departamento y las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que ejecuten tales actividades, en los que se establezca la participación porcentual del ente en el precio de venta del producto.

Estima que lo anterior significa que el departamento adoptó, sin condiciones ni plazos, el monopolio en forma indirecta, en los términos del artículo 63 de la Ley 14 de 1983, esto es, mediante la celebración de contratos o convenios y el cobro de una participación porcentual.

Que ello no quiere decir, como lo entendió el Tribunal, que mientras la asamblea no reglamente el monopolio indirecto, éste quede suspendido.

Reiteró los argumentos de la demanda para sostener que los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la ordenanza acusada adolecen de nulidad sobreviviente por ser incompatibles con los artículos 204, 205 y 206 de la Ley 223 de 1995, en cuanto al momento de causación, la base gravable y la tarifa del impuesto al consumo de licores.

Por último, indicó que si bien el Tribunal advierte la incompatibilidad entre la ordenanza departamental y la ley y la derogatoria tácita de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16, dicha nulidad debe ser decretada en forma para garantizar la seguridad jurídica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **departamento** no alegó de conclusión.

La **parte demandante**⁶ ratificó los fundamentos en que sustenta el recurso de apelación y añadió que no existe contradicción entre los artículos 29 y 30 de la Ordenanza 009 de 1993, dado que los monopolios se pueden desarrollar directa o indirectamente, dependiendo de que la entidad territorial ordene la fabricación y distribución de licores a través de entidades públicas, o que contrate tales

⁶ Folio 6 Cuaderno N° 2

actividades con particulares, a cambio de una participación por el privilegio que se les otorga.

Afirmó que es evidente la violación del artículo 121 del Decreto 1222 de 1986 que prohíbe la concurrencia del monopolio y del gravamen, pues el artículo 30 de la Ordenanza 009 de 1993 señala que el contrato para desarrollar indirectamente el monopolio es sin perjuicio del impuesto al consumo de licores.

El **Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación** no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Provee la Sala sobre la legalidad del artículo 16 de la Ordenanza 009 del 29 de mayo de 1993, mediante la cual la Asamblea del Departamento de Guainía adoptó el Código de Rentas en ese territorio.

En los términos del recurso de apelación, corresponde analizar si al adoptar el impuesto al consumo de licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, el Departamento del Guainía vulneró el artículo 121 del Decreto 1222 de 1986, que otorgó a los departamentos la opción de fijar el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados o de gravar tales actividades, y los artículos 4, 287 y 300 [4], de la Constitución Política, conforme con los cuales la potestad tributaria de las entidades territoriales se encuentra sujeta a la Constitución y a la ley.

La demandante, en el memorial de apelación pide que se declare la nulidad total del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993 o que, en subsidio, se declare la nulidad de los numerales 2, 3 y 4 de la misma disposición.

Al respecto se observa⁷:

De conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política, cualquier monopolio debe establecerse como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o

⁷ Para proceder al análisis señalado se acude a las consideraciones expuestas en las sentencias 15550 del 19 de febrero de 2009, C.P. Dr. Héctor Romero Díaz; 14858 del 28 de junio de 2010, 17499 del 16 de septiembre de 2010, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y 16742 del 30 de septiembre de 2010, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

social, para no lesionar derechos económicos o, restringir, sin fundamento, la actividad económica, la iniciativa privada y la libre competencia.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos deben estar sometidos a un régimen propio y las rentas que se obtengan, en el caso del de los licores, están destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

El Decreto 41 de 1905 estableció como rentas nacionales las de licores, las que fueron cedidas a los departamentos por el Decreto 1344 de 1908.

La Ley 88 de 1910 delineó los parámetros sobre la intervención de las asambleas departamentales y les asignó la facultad de optar por ejercer el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados o, si éste no convenía, gravar dichas actividades, opción que se mantuvo en la Ley 4 de 1913 Código de Régimen Político y Municipal, que asignó a los mencionados cuerpos colegiados la función de monopolizar, en beneficio de su tesoro, las actividades citadas o, la de gravar esas industrias, como lo determine la ley, si el monopolio no conviene.

La normativa que regula cabalmente lo referente al monopolio de licores está contenida en el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental que, para hacerlo, tomó como base lo estipulado en la Ley 14 de 1983.

El artículo 61 de esta ley estableció el monopolio departamental de la producción, introducción y venta de licores destilados, como arbitrio rentístico, en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de 1886 y dispuso que las asambleas departamentales debían regular el monopolio o gravar esas industrias y actividades, si el monopolio no convenía.

En virtud del monopolio, los departamentos se reservan la exclusividad en la producción, introducción y venta de licores destilados, de modo que quienes quieran realizar alguna de dichas actividades, deben obtener previamente su permiso, el cual sólo se otorga una vez celebrados los contratos con las firmas productoras, introductoras o importadoras, en los que se establezca la participación porcentual del ente territorial, sobre el precio de venta del producto.

Se mantuvo, así, la opción dada a los departamentos para fijar el monopolio por las actividades de producción, introducción y venta de licores destilados o para gravar tales actividades, de manera que si el departamento escogía fijar el monopolio, no podía gravar esas actividades dentro de su territorio.

La disposición en mención fue incorporada en el artículo 121 del Código de Régimen Departamental o Decreto 1222 de 1.986, que dispuso:

'II. Impuesto al consumo de licores

ART. 121.—*De conformidad con la Ley 14 de 1983, la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las asambleas departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes.*

Las intendencias y comisarías cobrarán el impuesto de consumo que determina esta ley para los licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros'.

Conforme con el artículo transcrito, las asambleas regulan el monopolio respecto de la producción, introducción y venta de licores destilados, si conviene; si no logran gravar dichas actividades, pero no pueden, respecto de las actividades en mención, ejercer el monopolio de las mismas y simultáneamente fijar un tributo departamental, por tratarse de opciones excluyentes.

En lo relacionado con “los vinos, los vinos espumosos o espumantes, los aperitivos y similares nacionales, el artículo 122 del mismo código, que reprodujo el artículo 62 de la Ley 14 de 1983, dispuso que serán de libre producción y distribución y causarán el impuesto nacional de consumo que señala este código, así como los importados.

El artículo 123, ibídem, previó que en desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos pueden celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o privado y todo tipo de convenio que permita agilizar el comercio de estos productos.

Como se evidencia de los términos subrayados, la opción de los departamentos de escoger entre el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores y el gravamen sobre dichas actividades, está referida solamente a los licores destilados, esto es, a aquellas bebidas alcohólicas con graduación mayor de 20 grados alcoholimétricos, que se obtienen por destilación de bebidas fermentadas o por mezcla de alcohol rectificado neutro o aguardiente con sustancias de origen vegetal o con extractos obtenidos con infusiones, percolaciones o maceraciones de los citados productos ⁸.

No sucede lo mismo con los vinos, los vinos espumosos o espumantes, los aperitivos y similares nacionales, los cuales son de libre producción y distribución en los departamentos y pueden ser gravados por las asambleas con el impuesto al consumo; cabe anotar que estos licores no son destilados pues se obtienen en el proceso de fermentación alcohólica normal del mosto de uvas frescas y sanas, o del mosto concentrado de uvas sanas, sin que se le adicionen o se le practiquen manipulaciones técnicas diferentes a las previstas en el Decreto 365 de 1994 y cuya graduación alcohólica mínima es de 6 grados alcoholimétricos ⁹.

Tampoco se consideran licores destilados los aperitivos porque son bebidas alcohólicas de graduación máxima de 20 grados alcoholimétricos, obtenidas por la mezcla de alcohol etílico rectificado neutro o alcohol vínico, agua, vino, o vino de frutas, mistela con destilados, infusiones, maceraciones o percolaciones de sustancias vegetales amargas, aromáticas o estimulantes permitidos y sus extractos o esencias naturales¹⁰.

En ejercicio de la opción otorgada por el artículo 121 del Decreto 1222 de 1986, la Asamblea del Departamento del Guainía dispuso en el artículo 29¹¹ de la Ordenanza 009 de 1993, que la producción, introducción y venta de licores destilados regulados por la Ley 14 de 1983 y por los artículos 121 y 123 del Decreto 1222 de 1986, constituyen monopolio rentístico establecido por la ley en beneficio del departamento.

Por su parte, el artículo 30 señaló que mientras la asamblea departamental no imponga, organice y regule la asunción total o parcial, en forma directa, del

⁸ Artículo 6 [9] del Decreto 365 de 1994, modificatorio del artículo 49 del Decreto 3192 de 1993.

⁹ Artículo 6 [5] ibídem

¹⁰ Artículo 6 [6] ejusdem

¹¹ Folio 57 cuaderno principal

monopolio de producción, introducción y venta de licores destilados, autorizado por la Ley 14 de 1983 y el artículo 121 del Decreto 1222 de 1986, dichas actividades requerirán la celebración de un contrato o convenio especial entre el Departamento y la persona natural o jurídica, pública o privada, que las realice, en el cual debe establecerse la participación porcentual del Departamento en el precio de venta del producto, sin perjuicio del impuesto de consumo de que trata este mismo estatuto.

De esta manera el departamento del Guainía optó por fijar en su jurisdicción el monopolio indirecto sobre las actividades de producción, introducción y venta de licores destilados, advirtiendo que mientras organizaba el régimen del monopolio directo, quienes ejercieran las actividades en mención debían celebrar un contrato con el departamento para fijar la participación porcentual del ente territorial en el precio de venta del producto.

Así las cosas, respecto de la producción, introducción y venta de licores destilados no pueden coexistir el monopolio (directo o indirecto) y el impuesto al consumo, como lo prevé el artículo 29 de la Ordenanza 009 de 1993.

Dado que el departamento del Guainía escogió fijar, en su jurisdicción, el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, no podía gravar tales actividades con el impuesto al consumo, como lo dispuso en el artículo 16 de la ordenanza, puesto que el monopolio y el impuesto al consumo a favor del departamento son excluyentes, como lo prevé el artículo 121 del Decreto 1222 de 1986.

De otra parte no existe violación de los artículos 4 de la Constitución Política, que consagra la prevalencia de las normas constitucionales sobre las demás, ni de los artículos 287 y 300 [4] ibídem, conforme con los cuales la potestad tributaria de los departamentos se encuentra sujeta a la Carta Política y a la ley, comoquiera que la opción entre el monopolio y el impuesto fue fijada por ésta y no por la Carta Política.

Por ende, se impone anular el artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993, sólo en cuanto grava el consumo de licores, puesto que los vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares no son objeto de monopolio y, por ende, pueden ser gravados con el impuesto al consumo.

Las expresiones que se anulan, son las que en seguida se resaltan y subrayan:

Artículo 16. *Impuesto al consumo de licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares. Las características del impuesto al consumo de licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, cedido al departamento, son las siguientes:*

1. *Sujeto Pasivo. Están obligadas a pagar el impuesto todas las personas naturales o jurídicas que produzcan o introduzcan al Departamento los licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares objeto del gravamen. Para la producción, introducción o distribución se requerirá obtener licencia especial de la Secretaría de Hacienda.*

2. *Causación: El impuesto se causa en el momento en que el productor o distribuidor disponga para la venta los productos objeto del gravamen.*

3. *Base gravable: El precio promedio nacional al detal en expendio oficial o, en defecto de éste, del primer distribuidor autorizado de la botella de 750 mililitros de aguardiente anisado nacional, según lo determine semestralmente el DANE. La definición de que se entiende por licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares será la que determine el Gobierno Nacional de acuerdo con las normas técnicas del Ministerio de Salud e Icontec. Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación no serán objeto de gravamen alguno.*

4. *Tarifas: Las tarifas por botella de 750 mililitros o proporcionalmente a su volumen serán las siguientes:*

a. El 35% para licores nacionales o extranjeros.

b. El 10% para vinos, vinos espumosos o espumantes aperitivos y similares extranjeros.

c. El 5% para vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares nacionales.

5. *Recaudo: El impuesto será recaudado por el Departamento, para lo cual se organizarán los sistemas administrativos y de control por parte de la Secretaría de Hacienda.*

PARÁGRAFO: El Departamento podrá establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial, sin perjuicio de que los particulares puedan utilizar, sin que ello les implique erogaciones o cargas adicionales, su propio sistema de bodegaje conforme a las normas vigentes.'

En razón de que los vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares si podían ser gravados con el impuesto al consumo, de conformidad con el artículo 122 del Decreto 1222 de 1986, procede analizar la pretensión subsidiaria, esto es, si existe nulidad sobreviniente de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la

Ordenanza 009 de 1993, por incurrir en violación de los artículos 204 a 206 de la Ley 223 de 1995 y de los artículos 4, 287 y 300 [4] de la Constitución Política.

Considera el demandante que el numeral 2 de la norma acusada, según el cual el impuesto al consumo se causa cuando el productor o distribuidor dispone para la venta los productos objeto del gravamen, es violatorio del artículo 204 de la Ley 223 de 1995, que prevé que para los productos nacionales, el impuesto se causa cuando el productor los entrega en fábrica o en planta.

Sostiene, además, que el numeral 3 que dispone que la base gravable es el precio promedio nacional al detal en expendio oficial o, en defecto de éste, del primer distribuidor autorizado de la botella de 750 mililitros de aguardiente anisado nacional, según lo determine semestralmente el DANE, desconoce el artículo 205 de la Ley 223 de 1995, dado que, según esta última disposición, la base gravable del impuesto al consumo es el precio de venta de los productos al detallista, ya sean aquellos nacionales o extranjeros.

Estima, finalmente, que el numeral 4 de la norma demandada viola el artículo 206 de la Ley 223 de 1995, puesto que fija como tarifa un porcentaje del 10% para vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares extranjeros y del 5% para vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares nacionales, mientras que la norma legal prevé como tarifa un porcentaje determinado de acuerdo con el grado alcohométrico del producto.

Conforme con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los actos de la Administración son nulos, entre otras razones, cuando infringen las normas en que debían fundarse, lo que significa que el análisis de legalidad de los actos administrativos debe efectuarse con base en las normas superiores vigentes al momento en que tales actos se expiden, puesto que es a éstas a las que deben sujeción.

En el caso en estudio, las normas sobre impuesto al consumo, vigentes al momento de la expedición de la Ordenanza 009 de 1993, eran las del Decreto 1222 de 1986 y no las de la Ley 223 de 1995, dado que ésta es una disposición posterior al acto acusado.

No es procedente, entonces, el examen de legalidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993, frente a los artículos 204, 205 y 206 de la Ley 223 de 1995, porque esta ley es posterior a las normas acusadas que, se repite, fueron expedidas en vigencia del Decreto 1222 de 1986.

Sobre el particular, la Sala ha precisado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no está autorizada para declarar la nulidad de actos administrativos cuyas previsiones no se ajustan a la ley posterior, pues el fenómeno que se produce, que es la ilegalidad sobreviniente, genera la derogatoria del acto administrativo pero no su nulidad, por cuanto el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo condiciona la declaratoria de nulidad, entre otros motivos, a la infracción de las normas superiores en las cuales debían fundarse los actos, que son las vigentes al momento de la expedición de los mismos¹².

También ha señalado la jurisprudencia¹³ que el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente de los actos administrativos se subsume en la figura del decaimiento del acto por desaparición de los fundamentos de derecho¹⁴.

Cabe advertir que el decaimiento, como causal de pérdida de fuerza ejecutoria, no afecta la validez del acto administrativo, porque es una situación posterior a su nacimiento y no tiene la virtud de provocar su anulación¹⁵.

Además, la jurisprudencia ha precisado que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, porque no existe una acción autónoma que lo permita, y que la ocurrencia de esa figura no afecta la presunción de legalidad del acto, pues, su controversia debe hacerse en relación con las circunstancias vigentes al momento de su expedición¹⁶.

Adicionalmente, no es posible declarar la nulidad por violación de normas legales posteriores, pues es claro que la autoridad administrativa no podía tenerlas en cuenta en el cumplimiento de su actividad, a pesar de que con posterioridad a la expedición del acto se viera afectado su fundamento jurídico.

¹² Sentencias de 4 de septiembre de 1998, exp. 8903, C. P. doctor Delio Gómez Leyva y de 13 de marzo de 2003, exp. 13050, C. P. doctora María Inés Ortiz Barbosa.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp.4490. C.P. doctor Juan Alberto Polo Figueroa

¹⁴ Artículo 66, numeral 2 del C.C.A.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia S-157 del 14 de enero de 1991 y Sección Primera sentencia del 16 de febrero de 2001 reiterada en sentencia del 27 de marzo de 2003, exp. 7095.

En consecuencia no puede declararse la nulidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993 por violación de la Ley 223 de 1995, porque el análisis de legalidad no puede efectuarse frente a normas que no se encontraban vigentes y que por tanto no le servían de fundamento legal, como ocurrió en este caso.

No existe violación del artículo 4º de la C. P. que consagra la prevalencia de las normas constitucionales sobre las demás, ni de los artículos 287 y 300, numeral 4 ibídem, conforme con los cuales la potestad tributaria de los departamentos se encuentra sujeta a la Constitución y a la ley, puesto que los elementos esenciales del impuesto al consumo de licores no fueron fijados por la Carta y la Ley que se alega violada fue posterior a la norma acusada.

Con fundamento en lo antes expuesto se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se anularán las expresiones del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993 que se señalan en la parte resolutive de este proveído, y se negarán las demás súplicas de la demanda.

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

F A L L A

1.- REVÓCASE la sentencia de 16 de abril de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta dentro del proceso de nulidad de GUINNESS UDV COLOMBIA S. A. Y OTROS contra el Departamento del Guainía. En su lugar, se dispone:

ANULANSE las expresiones que se subrayan, del artículo 16 de la Ordenanza 009 de 1993, de la Asamblea del Departamento del Guainía:

“ARTÍCULO 16º. IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES, VINOS, VINOS ESPUMOSOS O ESPUMANTES, APERITIVOS Y SIMILARES. Las características del impuesto al consumo de licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, cedido al departamento, son las siguientes:

1. Sujeto Pasivo: Están obligados a pagar el impuesto todas las personas naturales o jurídicas que introduzcan al Departamento los licores, vinos, vino espumosos o espumantes, aperitivos y similares objeto del gravamen. Para la producción, introducción y distribución se requerirá obtener licencia especial de la Secretaría de Hacienda.

2. Causación: El impuesto se causa en el momento en que el productor o distribuidor disponga para la venta los productos objeto del gravamen.

3. Base Gravable: El precio promedio nacional al detal en expendio oficial o, en efecto de éste, del primer distribuidor autorizado, de la botella de 750 mililitros de aguardiente anisado nacional, según lo determine semestralmente el DANE. La definición de que se entiende por licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares será la que determine el Gobierno Nacional de acuerdo con las normas técnicas del Ministerio de Salud e Icontec. Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación no serán de gravamen alguno.

4. Tarifas: Las tarifas por botella de 750 mililitros o proporcionalmente a su volumen serán las siguientes:

a. El 35% para licores nacionales o extranjeros.

b. El 10% para vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares extranjeros.

c. El 5% para vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares nacionales.

d. Recaudo. El impuesto será recaudado por el Departamento, para lo cual se organizarán los sistemas administrativos y de control por parte de la Secretaria de Hacienda.

PARÁGRAFO: El Departamento podrá establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial, sin perjuicio de que los particulares puedan utilizar, sin que ello les implique erogaciones o cargas adicionales, su propio sistema de bodegaje, conforme a las normas vigentes”.

2.- NIÈGANSE las demás súplicas de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ