

EXONERACION DE PAGO DE APORTES PARAFISCALES - Antecedentes legislativos / EXONERACION DE PAGO DE APORTES PARAFISCALES - La Ley 1607 de 2012 estableció reglas distintas para las personas naturales y para las personas jurídicas y asimiladas / DECRETO 862 DE 2013 - Inciso 1 del artículo 8. Es nulo porque el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al establecer una regla única de exoneración de aportes parafiscales para las sociedades, personas jurídicas y asimiladas y para las personas naturales, en contra de la Ley 1607 de 2012 que les fijó reglas distintas / POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance

5.1.- El proyecto de ley presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, publicado en la Gaceta del Congreso No. 666 de 2012, contenía únicamente la exoneración al pago de aportes parafiscales con destinación al SENA y al ICBF para las sociedades y personas jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta para la equidad, y disponía, en los párrafos 2º del artículo 39 y 1º del artículo 40, que dicha exoneración operaba para las sociedades y personas jurídicas respecto de sus trabajadores cuyo ingreso no superara los 10 salarios mínimos o, lo que es equivalente, respecto de aquellos que devengaran hasta 10 salarios mínimos. Así se sostuvo en la exposición de motivos. 5.2.- El proyecto original presentado por el Ministerio no contempló la exoneración del pago de los aportes parafiscales al SENA y al ICBF para las personas naturales empleadoras. Dicha exención fue introducida por la Cámara de Representantes en el primer y segundo debate, tal como dan cuenta los informes de ponencia publicados en las Gacetas del Congreso No. 829 y 913 de 2012, respectivamente. Primero, dicha exoneración fue introducida en el artículo 20, pero, luego, se trasladó al artículo 25, que fue adicionado al proyecto original con el fin de regular *“más ampliamente la materia”*. 5.3.- En ambas ponencias, la exoneración del pago de aportes parafiscales para personas naturales empleadoras se contempló respecto de los empleados que percibieran menos de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes. La norma en definitiva quedó, para *“las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios”* el referente de *“hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”* y, para *“las personas naturales empleadoras”*, la expresión *“menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*. 5.5.- Por el contrario, el artículo 8º del Decreto 862 de 2013, establece una única regla de exoneración de aportes parafiscales para las sociedades, personas jurídicas y asimiladas, así como para las personas naturales empleadoras, en el sentido de que están exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del SENA y el ICFB frente a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]. 5.6.- Como se desprende de los antecedentes legislativos del artículo 25 de la Ley 1607 de 2012 y del texto definitivo, la intención del legislador no fue establecer una regla única de exoneración de pago a los aportes parafiscales, sino una diferente para personas naturales –menos de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes– y otra para personas jurídicas y asimiladas –hasta diez salarios mínimos legales mensuales vigentes–. 5.7.- Agréguese que no es sólido el argumento expuesto por la Nación, referido a que el artículo 25 de la Ley 1607 establece un margen de gradualidad al usar la palabra *“hasta”*, ya que dicha expresión denota un límite que incluye el valor determinado, no susceptible de variación, esto es, un tope, tal como se infiere del contexto de la norma. No es aplicable al caso la *“proporcionalidad”* propia del derecho sancionatorio, que sí permite al operador graduarlo pero para efectos de la dosimetría de la pena. Son, entonces, dos circunstancias distintas. 5.8.- Atendiendo las anteriores premisas, se concluye que el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria al incluir indistintamente en el artículo 8º del Decreto 862 de 2013, el término *“menos de”*, regulando de la

misma forma a las sociedades, personas jurídicas y asimiladas como a las personas naturales empleadoras, con lo que se modifica el contenido, alcance y espíritu del artículo 25 de la Ley 1607

FUENTE FORMAL: LEY 1607 DE 2012 - ARTICULO 25

NORMA DEMANDADA: DECRETO 862 DE 2013 GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 8 INCISO 1 (ANULADO)

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del caso es la siguiente: Al estudiar la legalidad de la expresión *“menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*, contenida en el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 862 de 2013, reglamentario de la exoneración del pago de aportes parafiscales para sociedades, personas jurídicas y asimiladas declarantes del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE), prevista en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, la Sala adoptó la decisión de anular la totalidad de ese inciso, por cuanto concluyó que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al incluir indistintamente en el artículo 8 del Decreto el término *“menos de”*, regulando de la misma forma a las sociedades, personas jurídicas y asimiladas y a las personas naturales empleadoras, con lo que modificó el contenido, alcance y espíritu del artículo 25 de la Ley 1607, que fijó reglas distintas de exoneración para ellas. Al respecto la Sala precisó que si bien el citado artículo 8 fue derogado por el Decreto 1828 de 2013, procedía el análisis de legalidad propuesto, por los efectos jurídicos que la norma acusada pudo haber producido. La Sala señaló que había lugar a anular todo el inciso 1° porque si solo se anulaba la expresión acusada el resto del inciso quedaba incoherente, lo que hacía inoperante esa parte de la norma.

DEROGATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL - No impide el estudio de legalidad del acto por los efectos jurídicos que el mismo pudo haber producido durante su vigencia

En la contestación de la demanda el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que el artículo 8° del Decreto 862 de 2013, que es el demandado, fue derogado a partir del 10 de septiembre de 2013 por el Decreto 1828 de ese mismo año (fl. 73). Si bien no se aportó copia del acto, al ser consultado en la página web del Ministerio se pudo constatar que efectivamente se presentó tal derogatoria. No obstante, dada la presunción de legalidad de que estuvo revestido el Decreto 862 de 2013 durante su vigencia, bien pudo haber producido efectos jurídicos, lo que impone su estudio de fondo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación. En otras palabras, basta que un acto administrativo general haya tenido vigencia para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncie ante una demanda de nulidad, en vista de las situaciones jurídicas particulares que se produjeron o pudieron producirse.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia del análisis de legalidad sobre normas derogadas se citan las sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 17 de agosto de 2006, Radicación 11001-03-25-000-2002-0098-01(1805-02), M.P. Jesús María Lemos Bustamante y 22 de septiembre de 2010, Radicación 11001-03-25-000-2008-00122-00(2655-08), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sección Tercera, de 7 de octubre de 2009, Radicación 11001-03-24-000-2000-06198-01(18509), M.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sección Cuarta de 3 de abril de 1998, Radicación 8494, M.P. Germán Ayala Mantilla; 6 de noviembre de 2003, Radicación 11001-03-27-000-2001-00303-01(12648), M.P. Ligia López Díaz; 23 de agosto de 2007, Radicación 11001-03-27-000-2005-

00003-00(15210), M.P. María Inés Ortiz Barbosa y 16 de septiembre de 2010, Radicación 25000-23-27-000-2001-00123-01(17499), M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00024-01(20217)

Actor: ELSY ALEXANDRA LÓPEZ RODRIGUEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

FALLO

1.- PARTE DEMANDANTE. Elsy Alexandra López Rodríguez, quien actúa a nombre propio, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.932.256.

2.- PARTE DEMANDADA. Siendo las 2:35 p.m. no se hace presente el apoderado de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público –.

3.- MINISTERIO PÚBLICO. Álvaro José Martínez Roa, Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado.

4.- AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. No asistió a la audiencia.

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

No se observan circunstancias que afecten la validez y eficacia del proceso.

II. EXCEPCIONES PREVIAS Y AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

No se formularon excepciones previas por parte de la entidad demandada. Tampoco se observa la configuración de alguna que deba ser declarada de oficio.

De conformidad con el artículo 161, numeral 2, de la Ley 1437, la conciliación no constituye un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción en una demanda donde se formulen pretensiones de simple nulidad.

III. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Se procede a la fijación del litigio, tal como pasa a relacionarse.

1.- PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la expresión “*menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”, contenida en el inciso primero del artículo 8º del Decreto 862 de 2013, expedido por la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, que dispone:

***“Artículo 8º. Exoneración de aportes parafiscales. A partir del 1º de mayo de 2013, fecha en la que de conformidad con lo previsto en el artículo 2º del presente decreto se implementará el sistema de retención en la fuente para efectos del recaudo del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, las sociedades, y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios y sujetos pasivos del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*”**

A partir de la misma fecha, las personas naturales empleadoras estarán exoneradas de la obligación de pago de los aportes parafiscales al Sena y al ICBF por los empleados que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Esto no aplica para las personas naturales que empleen menos de dos (2) trabajadores, las cuales seguirán obligadas al pago de dichos aportes. Para efectos de esta exoneración, los trabajadores a que hace mención este inciso tendrán que estar vinculados con el empleador persona natural mediante contrato laboral, quien deberá cumplir con todas las obligaciones legales derivadas de dicha vinculación” (Resaltos fuera texto).

2.- CARGOS

- a) Exceso en la facultad reglamentaria
- b) Violación del principio de legalidad
- c) Falta de competencia

3.- NORMAS VIOLADAS

- a) Numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Constitución
- b) Artículo 25 de la Ley 1607 de 2012

4.- CONCEPTO DE VIOLACIÓN

4.1.- De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, el derecho de exoneración para el pago de aportes parafiscales para sociedades, personas jurídicas y asimiladas declarantes del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), se otorga respecto de los trabajadores que devenguen hasta 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.2.- Para las personas naturales empleadoras la exoneración se aplica respecto de los trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.3.- Al reglamentarse dicho artículo, se incluyó indistintamente en la norma reglamentaria el término “*menos de*”, regulando de la misma forma a las sociedades, personas jurídicas y asimiladas y a las personas naturales empleadoras, con lo que modifica el contenido, alcance y espíritu de la Ley 1607.

4.4.- El Gobierno no podía establecer limitaciones distintas o adicionales a las consagradas en la ley para acceder a la exoneración del pago de aportes, no sólo porque la facultad reglamentaria que le otorgó el legislador está restringida a implementar el sistema de retenciones en la fuente, sino, además, porque este es un asunto que fue completamente determinado por el legislador, razón por la que el Presidente carecía de competencia para unificar el régimen de exoneración de aportes parafiscales.

4.5.- Con esa previsión reglamentaria se están afectando, entre otros, a aquellos trabajadores de las sociedades, personas jurídicas y asimiladas que tengan salario integral, ya que en virtud de lo previsto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo no puede ser inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5.- DEFENSA

5.1.- El decreto reglamentario, en el aparte demandado, no excede la ley. Sólo le dio el alcance correspondiente al artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 20, 26, 27 y 36 ibídem.

5.2.- Conforme con la exposición de motivos de la Ley 1607, la intención del legislador fue exonerar del pago de aportes parafiscales a las personas jurídicas frente a los empleados cuyo salario no supere diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así pues, cuando el artículo 25 de la Ley 1607 se refiere a las personas jurídicas declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, establece un margen de gradualidad al usar la palabra “*hasta*”, por lo que el Gobierno Nacional, haciendo uso de ese margen de acción, fijó en el mínimo la regla de exoneración.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Decreto 862 de 2013, con excepción de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 9, fue derogado a partir del 10 de septiembre de 2013 por el Decreto 1828 de ese mismo año.

Siendo las 2:40 p.m., se hace presente la abogada Carolina Jerez Montoya, identificada con c.c. 42.018.839 y T.P. 148363, quien aporta poder del Ministerio de Hacienda.

6.- HECHOS INCONTROVERTIDOS Y/O PROBADOS

6.1.- El Legislador expidió la Ley 1607 de 2012, “*Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*”. En ella se estableció un nuevo impuesto –CREE- y reguló su tratamiento tributario.

6.2.- El Decreto No. 862 de 2013, reglamentó parcialmente la Ley 1607 de 2012.

6.3.- El artículo 8º del Decreto 862 de 2013 establece la regla de exoneración de aportes parafiscales así: las sociedades, personas jurídicas y asimiladas, así como las personas naturales empleadoras, están exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del SENA y el ICFB, correspondiente a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, **menos de** diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Se le otorga la palabra a las partes para que se pronuncien sobre la fijación del litigio.

Parte demandante: Está de acuerdo con la fijación del litigio. Agrega que cuando la ley estableció un tope y la finalidad de la ley, de acuerdo con la exposición de motivos, era promover e incentivar la promoción de empleo y, por eso, con la expedición del decreto se afectaron los trabajadores que devenga.

Parte demandante: Está de acuerdo con la fijación del litigio.

Se le reconoce personería a la apoderada de la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

IV. DECRETO DE PRUEBAS

Teniendo en cuenta la fijación del litigio, no es necesaria la práctica de pruebas, toda vez que con la demanda se aportó copia del Diario Oficial No. 48.773 del 26 de abril de 2013 que contiene el Decreto No. 862 del 26 de abril de 2013 (fl. 14-53) y, además, que se trata de un asunto de puro derecho.

Queda notificado por estrados la presente decisión.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De conformidad con los artículos 179 y 180 de la Ley 1437, tal como se anunció en el auto de convocatoria a audiencia, se procederá a dictar sentencia en esta misma audiencia, en vista de que está conformada la Sala de Decisión.

En consecuencia, se otorga un plazo de 5 minutos para que las partes preparen sus alegatos de conclusión, los que no podrán exceder de 10 minutos.

Se reanuda la audiencia a las 2:50 p.m.

1.- Se le concede la palabra a la parte demandante, quien manifiesta:

En términos generales, se reiteran los argumentos de la demanda.

Se dice que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria porque va más allá de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1067 de 2012.

Si bien era necesario la reglamentación del CREE, la exoneración de pagos parafiscales fue definido en la ley con un tope para las personas jurídicas asimiladas: respecto de sus empleados que devengaran hasta 10 SMLV, lo que no podía ser modificado por el ejecutivo.

La expresión usada en la ley no fue para graduar, sino que señala un tope que no podía ser desconocido por el Gobierno.

Solicita una decisión de fondo porque, a pesar de que la norma demandada fue derogada, el decreto sí produjo efectos jurídicos. Por ejemplo, se afectó a los trabajadores que devengaron un salario integral, quienes no se vieron cobijados por la exención de aportes parafiscales.

2.- Se le concede la palabra a la apoderada de la parte demandada, quien manifiesta:

Se ratifica en la contestación de la demanda en la que se expresó que el Ministerio de Hacienda, en su potestad reglamentaria, al reglamentar la Ley 1607 de 2012, no se excedió en la facultad reglamentaria porque la norma estableció un rango de

actuación: hasta 10 salarios mínimos. Por lo que al fijar la expresión “menos” en el decreto reglamentario, no se excedió el tope establecido en la ley.

Como la norma estableció un rango hasta 10 SMLMV, el Ministerio adoptó el mínimo permitido por la ley: menos de 10 SMLMV.

El artículo 8 del decreto demandado conserva el espíritu de la norma, tal como se desprende de los antecedentes.

Se insiste que se declare que el decreto ya no produce efectos jurídicos porque el ya fue derogado.

3.- Finalmente, se le concede la palabra al Ministerio Público, quien manifiesta:

La estructura jurídico tributaria colombiana está enmarcada por su distribución de competencia. De la competencia del poder legislativo se deriva el principio de reserva de ley.

Es competencia del Congreso expedir leyes en materia tributaria y del Ejecutivo reglamentarlas, pero dicha competencia del ejecutivo es limitada porque no puede desbordar lo establecido en la ley. Está enmarcada en el principio de necesidad.

El control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que el Gobierno no sobrepase los términos de la ley.

En la Gaceta del Congreso No. 666 de 2012 –exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012-, se estableció la exención de pago de parafiscales, para los empleados de personas jurídicas, que devengaran más de 10 SMLMV. En otras palabras, en los debates del Congreso siempre se dejó claro que la exención del pago de parafiscales para personas jurídicas sería para los trabajadores que devengaran hasta 10 SMLMV.

La palabra “hasta” incluye 10 SMLMV.

La expresión “menos” no incluye el monto de 10 SMLMV.

De esa distinción se tiene que la norma demandada restringe la exención contemplada en la ley. Además, dicha restricción no consulta el principio de justicia.

No comparte la apreciación del Ministerio de Hacienda de que la ley contiene un rango de libre determinación. La ley establece un tope que no se puede modificar por el reglamento.

En consecuencia, se solicita acceder a las pretensiones de la demanda.

Luego de escuchados los alegatos de conclusión, **se suspende la audiencia siendo las 3:05 p.m.**, con el fin de que la Sala delibere.

Se reanuda la audiencia siendo las 3:26 p.m.

Luego de haber estudiado el asunto objeto de la controversia procede la Sala a dictar,

VI. SENTENCIA

Procede la Sala a decidir sobre la demanda interpuesta por la señora Elsy Alexandra López Rodríguez contra la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la que se solicitó se declare la nulidad de la expresión “*menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”, contenida en el inciso primero del artículo 8º del Decreto 862 de 2013.

1. LA DEMANDA

1.1.- De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, el derecho de exoneración para el pago de aportes parafiscales para sociedades, personas jurídicas y asimiladas declarantes del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), se otorga respecto de los trabajadores que devenguen **hasta** 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.2.- Para las personas naturales empleadoras la exoneración se aplica respecto de los trabajadores que devenguen **menos** de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.3.- Al reglamentarse dicho artículo, se incluyó indistintamente en la norma reglamentaria el término “*menos de*”, regulando de la misma forma a las sociedades, personas jurídicas y asimiladas como a las personas naturales empleadoras, con lo que modifica el contenido, alcance y espíritu de la Ley 1607.

1.4.- El Gobierno no podía establecer limitaciones distintas o adicionales a las consagradas en la ley para acceder a la exoneración del pago de aportes, no sólo porque la facultad reglamentaria que le otorgó el legislador está restringida a implementar el sistema de retenciones en la fuente, sino, además, porque este es un asunto que fue completamente determinado por la ley, razón por la que el Presidente carecía de competencia para unificar el régimen de exoneración de aportes parafiscales.

1.5.- Con esa previsión reglamentaria se está afectando, entre otros, a aquellos trabajadores de las sociedades, personas jurídicas y asimiladas que tengan salario integral, ya que en virtud de lo previsto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo no puede ser inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. OPOSICIÓN

2.1.- El decreto reglamentario, en el aparte demandado, no excede la ley. Sólo le dio el alcance correspondiente al artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 20, 26, 27 y 36 *ibídem*.

2.2.- Conforme a la exposición de motivos de la Ley 1607, la intención del legislador fue exonerar del pago de aportes parafiscales a las personas jurídicas frente a los empleados cuyo salario no supere diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así pues, cuando el artículo 25 de la Ley 1607 se refiere a las personas jurídicas declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, establece un margen

de gradualidad al usar la palabra “*hasta*”, por lo que el Gobierno Nacional, haciendo uso de ese margen de acción, fijó en el mínimo la regla de exoneración.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Decreto 862 de 2013, con excepción de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 9, fue derogado a partir del 10 de septiembre de 2013 por el Decreto 1828 de ese mismo año.

3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la demanda y su contestación, le corresponde a la Sala determinar si la expresión “*menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”, contenida en el inciso primero del artículo 8º del Decreto 862 de 2013, excede lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012.

4. ANOTACIÓN PREVIA

En la contestación de la demanda el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que el artículo 8º del Decreto 862 de 2013, que es el demandado, fue derogado a partir del 10 de septiembre de 2013 por el Decreto 1828 de ese mismo año (fl. 73).

Si bien no se aportó copia del acto, al ser consultado en la página web del Ministerio¹ se pudo constatar que efectivamente se presentó tal derogatoria².

No obstante, dada la presunción de legalidad de que estuvo revestido el Decreto 862 de 2013 durante su vigencia, bien pudo haber producido efectos jurídicos, lo que impone su estudio de fondo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación³.

¹ Copia en pdf del Decreto 1828 del 27 de agosto de 2013, se encuentra en el link <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/elministerio/NormativaMinhacienda/2013/DECRETO%201828%20DEL%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%202013.pdf>

² ARTÍCULO 8. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, salvo los artículos 2, 3, 5 y 6, los cuales entran a regir a partir del 10 de septiembre de 2013. Y deroga el Decreto 862 de 2013, salvo los artículos 2, 3, 4, 5, 6Y9, los cuales se derogan a partir del 10 de septiembre de 2013.

³ Al respecto, pueden consultar, entre otras sentencias del Consejo de Estado, las siguientes: i) Sección Segunda, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 22 de septiembre de 2010, Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00122-00(2655-08); ii) Sección Cuarta, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, sentencia del 16 de septiembre de 2010, Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00123-01(17499); iii) Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 7 de octubre de 2009, Radicación número: 11001-

En otras palabras, basta que un acto administrativo general haya tenido vigencia para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncie ante una demanda de nulidad, en vista de las situaciones jurídicas particulares que se produjeron o pudieron producirse.

5. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 1607 DE 2012

5.1.- El proyecto de ley presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, publicado en la Gaceta del Congreso No. 666 de 2012, contenía únicamente la exoneración al pago de aportes parafiscales con destinación al SENA y al ICBF para las sociedades y personas jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta para la equidad, y disponía, en los parágrafos 2º del artículo 39 y 1º del artículo 40, que dicha exoneración operaba para las sociedades y personas jurídicas respecto de sus trabajadores cuyo ingreso **no superara** los 10 salarios mínimos o, lo que es equivalente, respecto de aquellos que devengaran **hasta** 10 salarios mínimos. Así se sostuvo en la exposición de motivos⁴.

5.2.- El proyecto original presentado por el Ministerio no contempló la exoneración del pago de los aportes parafiscales al SENA y al ICBF para las personas naturales empleadoras.

Dicha exención fue introducida por la Cámara de Representantes en el primer y segundo debate, tal como dan cuenta los informes de ponencia publicados en las Gacetas del Congreso No. 829 y 913 de 2012, respectivamente.

Primero, dicha exoneración fue introducida en el artículo 20, pero, luego, se trasladó al artículo 25, que fue adicionado al proyecto original con el fin de regular *“más ampliamente la materia”*⁵.

03-24-000-2000-06198-01(18509); iv) Sección Cuarta, Consejero Ponente: María Inés Ortiz Barbosa, sentencia del 23 de agosto de 2007, Radicación número 11001-03-27-000-2005-00003-00(15210); v) Sección Segunda, Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, sentencia del 17 de agosto de 2006, Radicación Número: 11001-03-25-000-2002-0098-01(1805-02); vi) Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, sentencia del 6 de noviembre de 2003, Radicación número: 11001-03-27-000-2001-00303-01(12648); vii) Sección Cuarta, Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla, sentencia del 3 de abril de 1998, Radicación número: 8494.

⁴ <http://www.minhacienda.gov.co/portal/pls/portal/docs/1/6012612.PDF>

⁵ Gaceta del Congreso No. 829 de 2012.

5.3.- En ambas ponencias, la exoneración del pago de aportes parafiscales para personas naturales empleadoras se contempló respecto de los empleados que percibieran **menos** de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La norma en definitiva quedó, para *“las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios”* el referente de *“hasta diez (10) salarios mínimos legales vigentes”* y, para *“las personas naturales empleadoras”*, la expresión *“menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*.

5.5.- Por el contrario, el artículo 8º del Decreto 862 de 2013, establece una única regla de exoneración de aportes parafiscales para las sociedades, personas jurídicas y asimiladas, así como para las personas naturales empleadoras, en el sentido de que están exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del SENA y el ICFB frente a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, **menos de** diez (10) salarios mínimos legales vigentes.

Veamos:

Inciso 1º del artículo 25 de la Ley 1607 de 2012	Inciso 1º del artículo 8 del Decreto 862 de 2013
A partir del momento en que el Gobierno Nacional implemente el sistema de retenciones en la fuente para el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y en todo caso antes del 1º de julio de 2013, estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), <u>las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos legales vigentes.</u>	A partir del 1º de mayo de 2013, fecha en la que de conformidad con lo previsto en el artículo 2º del presente decreto se implementará el sistema de retención en la fuente para efectos del recaudo del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, <u>las sociedades, y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios y sujetos pasivos del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos legales vigentes.</u>

5.6.- Como se desprende de los antecedentes legislativos del artículo 25 de la Ley 1607 de 2012 y del texto definitivo, la intención del legislador no fue establecer una regla única de exoneración de pago a los aportes parafiscales, sino una diferente para personas naturales –menos de diez salarios mínimos mensuales legales vigentes- y otra para personas jurídicas y asimiladas –hasta diez salarios mínimos legales mensuales vigentes-.

5.7.- Agréguese que no es sólido el argumento expuesto por la Nación, referido a que el artículo 25 de la Ley 1607 establece un margen de gradualidad al usar la palabra “*hasta*”, ya que dicha expresión denota un límite que incluye el valor determinado, no susceptible de variación, esto es, un tope, tal como se infiere del contexto de la norma.

No es aplicable al caso la “*proporcionalidad*” propia del derecho sancionatorio, que sí permite al operador graduarlo pero para efectos de la dosimetría de la pena. Son, entonces, dos circunstancias distintas.

5.8.- Atendiendo las anteriores premisas, se concluye que el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria al incluir indistintamente en el artículo 8º del Decreto 862 de 2013, el término “*menos de*”, regulando de la misma forma a las sociedades, personas jurídicas y asimiladas como a las personas naturales empleadoras, con lo que se modifica el contenido, alcance y espíritu del artículo 25 de la Ley 1607.

Recuérdese que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶ y de esta Sección⁷, la finalidad del control judicial en este tipo de medio de control, es velar porque la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, es decir, velar porque el reglamento no desfigure la situación regulada por la ley, la haga nugatoria o la extienda a situaciones de hecho que el legislador no contempló.

El ejercicio de la potestad reglamentaria debe orientarse a precisar los términos de la ley, cuando fuere necesario, pero sin desvirtuar su contenido o finalidad, y prefiriendo aquella interpretación que sea más favorable para el contribuyente.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-028/97 y C-290/02.

6. CONCLUSIONES

6.1.- Si bien sólo fue demandada la expresión “*menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes*”, contenida en el inciso primero del artículo 8º del Decreto 862 de 2013, dada su inescindibilidad con el resto del inciso, debe anularse toda la disposición, pues al anularse sólo la expresión acusada, quedaría sin coherencia ni efectos jurídicos el resto del inciso, lo que hace inoperante esa parte de la norma.

Así las cosas, por exceso en la potestad reglamentaria, se declarará la nulidad del inciso primero del artículo 8º del Decreto 862 de 2013, con la aclaración de que la fecha a la que se refiere el inciso segundo de la norma es el 1º de mayo de 2013 – fecha en la que se implementará el sistema de retención en la fuente para efectos del recaudo del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE)-.

6.2.- No se condenará en costas en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que lo que se ventila por este medio de control es un interés público.

En mérito de lo expuesto, de acuerdo con el Ministerio Público, 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.- Por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, se **DECLARA** la nulidad del inciso primero del artículo 8º del Decreto 862 de 2013, con la aclaración sobre la fecha efectuada en la parte motiva de la presente providencia.

2.- No se condena en costas en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia del 13 de junio de 2011, Radicación número: 11001-03-27-000-2007-00030-00(16625); 11001-03-27-000-2009-00008-00(17542).

3.- La presente providencia queda **NOTIFICADA POR ESTRADOS**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 291 y 294 del Código General del Proceso.

Cópiese, comuníquese a las autoridades públicas interesadas y cúmplase.

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

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ
Presidente de la Sección**

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**

Firman en constancia de haber asistido a la presente audiencia,

**Elsy Alexandra López Rodríguez
Demandante**

**Carolina Jerez Montoya
Apoderada de la Nación –Ministerio de Hacienda-**

**Álvaro José Martínez Roa
Ministerio Público –Procurador Judicial No. 6º**