

FACULTAD REGLAMENTARIA – Se excede cuando mediante decreto se crea un beneficio que sólo se puede por ley / FACULTAD IMPOSITIVA – La tiene sólo el congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales / GOBIERNO NACIONAL – No tiene facultad para establecer beneficios tributarios / PRINCIPIO DE NECESIDAD – Rige la facultad reglamentaria / LEY DEROGADA – Se excede la facultad reglamentaria cuando se expide un decreto para reglamentarla

La Sala considera que sí es nulo el Decreto. Primero, porque el gobierno no tuvo en cuenta los artículos 338 y 150 numerales 1º y 12 de la Constitución, y porque aplicó de manera indebida el numeral 11 del artículo 189 ibídem, pues, es evidente que, el gobierno creó, por decreto, un beneficio que sólo podía ser creado por ley y reglamentó un aspecto que no era necesario. El artículo 338 de la Carta Política dispone que en tiempo de paz, solo el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Y así como pueden imponerlas, pueden regular los beneficios tributarios, en virtud de su amplia facultad impositiva, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, en las sendas sentencias citadas por los demandantes. Por todo esto, sólo el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son competentes para establecer beneficios tributarios. Ahora bien, tampoco podía ejercer el gobierno la facultad reglamentaria para crear el beneficio que había establecido una ley ya derogada, por sustracción de materia. La Sala reitera que la facultad reglamentaria que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos. Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló o derogó. Es claro, entonces, que conforme con la facultad reglamentaria que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, el gobierno Nacional no podía revivir un beneficio tributario que ya había sido derogado expresamente por el legislador en ejercicio de expresas facultades constitucionales (art. 150 num.

1º C.P.), y que sólo a éste le compete crear en ejercicio de esa amplia libertad en materia impositiva, pues en virtud de lo dispuesto en los artículos 150 numeral 12, 154 y 338 de la Constitución Política, al Congreso le corresponde fijar la política tributaria, dentro de la que se encuentra la posibilidad de fijar beneficios o exclusiones tributarias. En el caso concreto está demostrado que la ley que creó el beneficio que pretendió reglamentar el gobierno nacional estaba derogada, en consecuencia, si no había ley que reglamentar, tampoco había necesidad de aclarar nada en concreto. Por lo tanto, el Decreto acusado es nulo, en cuanto estableció que el impuesto al consumo, para el caso de productores oficiales, podía afectarse con el IVA correspondiente a la producción.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 541 DE 2007 (27 de febrero)
GOBIERNO NACIONAL – (Anulado)

LEY DEROGADA – No revive por las referencias que de ella se haga

Si el gobierno pretendió revivir el beneficio haciendo alusión al mismo como si pudiera interpretarse que existe dentro del contexto vigente del artículo 54 de la Ley 788 de 2002, entonces también violó el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, pues, es clara esta norma en cuanto dispone que “Una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una nueva ley.” Así mismo, violó el artículo 54 de la Ley 788 de 2002, por interpretación errónea, pues, para la Sala, derogado el beneficio, la norma se debe interpretar en el sentido de que simple y llanamente, el impuesto liquidado en ningún caso podrá ser afectado con impuestos descontables. Por todo lo anterior, la Sala declarará la nulidad del Decreto 541 de 27 de febrero de 2007.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 541 DE 2007 (27 de febrero)
GOBIERNO NACIONAL – (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D. C., primero (1º) de septiembre de dos mil once (2011).

Referencia: 110010327000200700020-00 (16549)
110010327000200700021-00 (16550)
ACUMULADOS

Demandantes: ELÍAS ALBERTO CHACÓN QUINTERO
PABLO J. CÁCERES CORRALES

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

F A L L O

Se decide la demanda de nulidad interpuesta por los ciudadanos Pablo J. Cáceres Corrales y Elías Alberto Chacón Quintero contra el Decreto No. 541 del 27 de febrero de 2007, por el cual se reglamenta la Ley 788 de 2002, respecto del IVA cedido a Entidades Territoriales.

1. ANTECEDENTES PROCESALES

- **LA DEMANDA**

Los ciudadanos Elías Alberto Chacón Quintero y Pablo J. Cáceres Corrales, en nombre propio y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., demandaron la nulidad del Decreto No. 541 del 27 de febrero de 2007, “por el cual se reglamenta la Ley 788 de 2002 respecto del IVA, cedido a Entidades Territoriales”, cuyo texto es el siguiente:

DECRETO NÚMERO 541 DE 2007

(febrero 27)

Por el cual se reglamenta la Ley 788 de 2002 respecto del IVA, cedido a las Entidades Territoriales.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

Artículo 1º. En el caso de productores oficiales, el IVA cedido que está incorporado dentro de la tarifa del impuesto al consumo o participación, es equivalente al 35% de este impuesto, valor que se afectará con el IVA correspondiente a la producción.

Artículo 2º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.C., a 27 de febrero de 2007.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Alberto Carrasquilla Barrera.

Los demandantes invocaron como violadas las siguientes disposiciones:

- Artículos 150 numerales 1º y 12, 189 numeral 11 y 338 de la Constitución Política
- Artículo 78 inciso 3º de la Ley 1111 de 2006
- Artículo 14 de la Ley 153 de 1887
- Artículos 61 y 64 de la Ley 14 de 1983
- Artículo 54 de la Ley 788 de 2002.

En concreto, los demandantes sustentaron los cargos de violación invocados así:

Dijeron que la expresión **“salvo el correspondiente a los productores oficiales, que podrán descontar del componente del IVA de este impuesto, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados”**, contenida en el inciso 4º del artículo 54 de la Ley 788 de 2002, fue derogada expresamente por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006.

Explicaron que en vigencia de la anterior expresión, los productores oficiales de licores podían descontar del componente del IVA incorporado dentro de la tarifa del impuesto al consumo de licores, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados.

Sin embargo, agregaron, el decreto acusado revivió el aparte derogado por la Ley 1111 de 2006 al disponer que, en el caso de los productores oficiales, el IVA cedido que está incorporado dentro de la tarifa del impuesto al consumo o participación, se puede descontar con el IVA correspondiente a la producción.

Alegaron que el ejecutivo no puede, en ejercicio de la facultad reglamentaria que le asiste, crear, revivir o recuperar beneficios o privilegios tributarios para ciertos sectores, cuando éstos han sido suprimidos por el legislador.

Indicaron que permitir que las empresas industriales y comerciales departamentales, que tienen por objeto la producción de licores, puedan deducir del impuesto unificado de licores el IVA correspondiente al proceso de producción, implica transferirles unos recursos que pertenecen a los departamentos, cuya destinación es específica (salud y educación).

Adujeron que el gobierno nacional, con el decreto acusado, desconoció el régimen tributario constitucional que establece la reserva legal para definir

los impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales. Que invadió la órbita de competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República, al restablecer un beneficio tributario derogado por la ley.

- **SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

El demandante en el expediente 110010327000200700020-00 (16549) solicitó la suspensión provisional del decreto acusado.

La Sección, mediante auto del 11 de diciembre de 2007, decretó la suspensión provisional de la expresión “**valor que se afectará con el IVA correspondiente a la producción**”, contenida en el artículo 1º del Decreto 541 de 2007.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Dentro del término legal, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** guardó silencio en los dos procesos.

- **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El Ministerio Público rindió concepto y solicitó que se declarara la nulidad del Decreto.

Dijo que el Presidente de la República no está facultado para reglamentar normas legales que han sido derogadas expresamente por el Congreso de la República, porque de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 de la

Constitución Política, dicha facultad se supedita, entre otras, a la existencia previa de la ley objeto de reglamentación.

Explicó el alcance de la facultad reglamentaria que la Constitución le confiere al Presidente de la República, con fundamento en la sentencia C-1005 de 2008 de la Corte Constitucional.

Señaló que el gobierno nacional no podía expedir el Decreto 541 de 2007, con el fin de reglamentar lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 54 de la Ley 788 de 2002, toda vez que este último fue derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006. Así mismo, sostuvo que con la expedición del decreto se revivió el beneficio contemplado en la Ley 788 [art. 54-4] que preveía que los productores oficiales de licores podían descontar el IVA pagado. Esto, agregó, violó el principio constitucional de legalidad tributaria.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se deciden las demandas de nulidad interpuestas contra el Decreto Reglamentario No. 541 del 27 de febrero de 2007, por medio del cual se reglamenta la Ley 788 de 2002, respecto del IVA cedido a entidades territoriales.

Le corresponde a la Sala decidir si el gobierno nacional se excedió en el ejercicio de la facultad reglamentaria porque habría revivido el beneficio

tributario que creó el artículo 54 de la Ley 788 de 2002 y que, posteriormente, fue derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006.

El artículo 54 de la Ley 788 de 2002 dispone:

CESIÓN DEL IVA. Mantiénese la cesión del IVA de licores a cargo de las licoreras departamentales de que tratan los artículos 133 y 134 del Decreto Extraordinario 1222 de 1986.

A partir del 1º de enero de 2003, cédese a los Departamentos y al Distrito Capital, en proporción al consumo en cada entidad territorial, el Impuesto al Valor Agregado IVA sobre los licores, vinos, aperitivos, y similares, nacionales y extranjeros, que actualmente no se encontraba cedido.

En todos los casos, el IVA cedido a las entidades territoriales, quedará incorporado dentro de la tarifa del impuesto al consumo, o dentro de la tarifa de la participación, según el caso, y se liquidará como un único impuesto o participación, sobre la base gravable definida en el artículo anterior.

El impuesto liquidado en ningún caso podrá ser afectado con impuestos descontables, salvo el correspondiente a los productores oficiales, que podrán descontar del componente del IVA de este impuesto, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados.

Del total correspondiente al nuevo IVA cedido, el setenta por ciento (70%) se destinará a salud y el treinta por ciento (30%) restante a financiar el deporte, en la respectiva entidad territorial.

Las exenciones del IVA establecidas o que se establezcan no aplicarán en ningún caso, respecto del IVA de cervezas y licores cedido a las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, en los formularios de declaración se discriminará el total del impuesto antiguo y nuevo cedido, que corresponda a los productos vendidos en el Distrito Capital.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos en lo establecido en este artículo el Distrito Capital participará en el nuevo impuesto cedido en la misma proporción en que lo viene haciendo en relación con el IVA a cargo de las licoreras departamentales.

Conforme se aprecia, la citada norma mantuvo la cesión, a favor de los Departamentos y del Distrito de Bogotá, del IVA sobre licores a cargo de las licoreras departamentales, que desde atrás ya había sido creado por el Decreto Ley 1222 de 1986 [artículos 133 y 134].

El inciso 4° del artículo transcrito establece como regla general que *“En ningún caso el impuesto liquidado [IVA] podrá ser afectado con impuestos descontables”*; y, como regla especial, permite a los productores oficiales descontar *“del componente del IVA de este impuesto, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados”*. Es decir, la disposición prohíbe el descuento de impuestos pagados durante el proceso de producción, salvo en el caso de los productores oficiales de licores, a quienes sí se les permite hacer tal descuento.

El beneficio tributario aludido fue derogado, posteriormente, mediante la Ley 1111 de 2006, cuyo artículo 78 derogó la expresión *“salvo el correspondiente a los productores oficiales, que podrán descontar del componente del IVA de este impuesto, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados”*.

En ese contexto, para los demandantes el Decreto No. 541 de 2007 es nulo, porque, en su entender, revivió el beneficio tributario que, en vigencia del inciso 4° del artículo 54 de la Ley 788 de 2002, tuvieron los productores oficiales de licores, esto es, el derecho de descontar del IVA cedido, de que trata los artículos 133 y 134 del Decreto 1222 de 1986, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados.

La Sala considera que sí es nulo el Decreto. Primero, porque el gobierno no tuvo en cuenta los artículos 338 y 150 numerales 1° y 12 de la Constitución, y porque aplicó de manera indebida el numeral 11 del artículo 189 ibídem, pues, es evidente que, el gobierno creó, por decreto, un beneficio que sólo podía ser creado por ley y reglamentó un aspecto que no era necesario.

El artículo 338 de la Carta Política dispone que en tiempo de paz, solo el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Y así como pueden imponerlas, pueden regular los beneficios tributarios, en virtud de su amplia facultad impositiva, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, en las sendas sentencias citadas por los demandantes. Por todo esto, sólo el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son competentes para establecer beneficios tributarios.

Ahora bien, tampoco podía ejercer el gobierno la facultad reglamentaria para crear el beneficio que había establecido una ley ya derogada, por sustracción de materia.

La Sala reitera¹ que la facultad reglamentaria que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos. Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá D.C. Dieciséis (16) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00012-00(17066). Actor: MARY CLAUDIA SÁNCHEZ PEÑA. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló o derogó.

Es claro, entonces, que conforme con la facultad reglamentaria que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, el gobierno Nacional no podía revivir un beneficio tributario que ya había sido derogado expresamente por el legislador en ejercicio de expresas facultades constitucionales (art. 150 num. 1º C.P.), y que sólo a éste le compete crear en ejercicio de esa amplia libertad en materia impositiva, pues en virtud de lo dispuesto en los artículos 150 numeral 12, 154 y 338 de la Constitución Política, al Congreso le corresponde fijar la política tributaria, dentro de la que se encuentra la posibilidad de fijar beneficios o exclusiones tributarias.

En el caso concreto está demostrado que la ley que creó el beneficio que pretendió reglamentar el gobierno nacional estaba derogada, en consecuencia, si no había ley que reglamentar, tampoco había necesidad de aclarar nada en concreto. Por lo tanto, el Decreto acusado es nulo, en cuanto estableció que el impuesto al consumo, para el caso de productores oficiales, podía afectarse *con el IVA correspondiente a la producción*.

En esa medida, con el decreto acusado también se violó, por falta de aplicación, el inciso 3º del artículo 78 inciso 3º de la Ley 1111 de 2006, que dispuso:

Artículo 78. Vigencias y Derogatorias. (...) Deróguese la expresión “**salvo el correspondiente a los productores oficiales, que podrán descontar del componente del IVA de este impuesto, el IVA pagado en la producción de los**

bienes gravados” del inciso 4o del artículo 54 de la Ley 788 de 2002”. (Negrilla fuera de texto)²

Ahora bien, si el gobierno pretendió revivir el beneficio haciendo alusión al mismo como si pudiera interpretarse que existe dentro del contexto vigente del artículo 54 de la Ley 788 de 2002, entonces también violó el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, pues, es clara esta norma en cuanto dispone que *“Una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una nueva ley.”*

² Este inciso, a su vez, fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, que dispuso: **ARTÍCULO 160. VIGENCIA Y DEROGATORIAS.** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial (...) el inciso 3o del artículo 78 de la Ley 1111 de 2006.”

Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional y fue declarada exequible. Sin embargo, la norma precisó los efectos que tienen las normas que derogan normas derogatorias de otras normas, así:
11. Ahora bien, la Corte también ha establecido que la derogación de una norma que, a su vez, ha derogado otra norma, no implica que la norma inicialmente derogada reviva o se reintegre al ordenamiento jurídico

La jurisprudencia de la Corte destaca lo establecido por el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, que reza:

“Artículo 14. Una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una nueva ley.”

Precisamente, el fundamento constitucional de esta norma se encuentra en el principio de la democracia deliberativa. A la luz de la Constitución es preciso que las normas que integran el ordenamiento jurídico hayan sido objeto de una actividad deliberativa por parte del Legislador. Es esta una garantía de racionalidad deliberativa mínima encaminada a preservar un espacio de discusión para que los congresistas conozcan las normas que habrán de ingresar al ordenamiento jurídico y expresen su voluntad respecto del contenido de las mismas

De allí la exigencia de que los proyectos de ley cumplan con el principio de consecutividad, de acuerdo con el cual la aprobación de las leyes requiere de la realización de los cuatro debates en el seno del Congreso de la República (C.P., arts. 157 y 160). Por eso la Corte ha declarado inconstitucionales artículos específicos cuando ha constatado elusión del debate o de la votación sobre su contenido normativo

De esta manera, cuando el artículo 14 de la ley 153 de 1887 dispone que una norma derogada no revive aunque el precepto que la abrogó haya sido derogado, a no ser que la primera norma derogada haya sido reproducida en una nueva ley, lo que hace es brindar garantía de que todas las normas que integran el ordenamiento jurídico han cumplido con los requisitos para ingresar al ordenamiento jurídico propios de una democracia deliberativa.

Por eso, en el caso presente es preciso advertir que el hecho de que se haya declarado la constitucionalidad de la norma del art. 160 de la Ley 1151 de 2007, que derogó el inciso 3° del artículo 78 de la Ley 1111 de 2006, no significa que haya reingresado al sistema jurídico colombiano la norma que, a su vez, había sido derogada por el inciso 3° del artículo 78 de la Ley 1111 de 2006. Lo anterior significa que la expresión “salvo el correspondiente a los productores oficiales, que podrán descontar del componente del IVA de este impuesto, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados”, contenida en el inciso 4° del artículo 54 de la Ley 788 de 2002, no ha reingresado al ordenamiento en virtud de la disposición juzgada en la presente sentencia.

Así mismo, violó el artículo 54 de la Ley 788 de 2002, por interpretación errónea, pues, para la Sala, derogado el beneficio, la norma se debe interpretar en el sentido de que simple y llanamente, el impuesto liquidado **en ningún caso** podrá ser afectado con impuestos descontables.

Por todo lo anterior, la Sala declarará la nulidad del Decreto 541 de 27 de febrero de 2007.

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

FALLA

PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad del Decreto 541 del 27 de febrero de 2007, por el cual se reglamenta la Ley 788 de 2002 respecto del IVA cedido a Entidades Territoriales.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HOJA DE FIRMAS DE LA SENTENCIA PROFERIDA DENTRO DE LOS EXPEDIENTES:
11001032700200700020-00 (16549) Y 110010327000200700021-00(16550) (ACUM.). DEMANDANTES: ELÍAS
ALBERTO CHACÓN QUINTERO
PABLO J. CÁCERES CORRALES. DEMANDADO. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

