

Bogotá, 21 de febrero de 2018

[B.VDADCPS-065-17]

Señores Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Atte. Doctora
ROCIO LOAIZA MILIAN
Secretaria General
Palacio de Justicia Calle 12 No. 7-65 – Piso 2
E. S. D.

REF: Expediente D-12349. artículo 121 de la ley 488 de 1998. MP. Dr. Cristina Pardo Schlesinger.

Respetada doctora Loaiza: cordial saludo.

Con la presente y atendiendo tanto la invitación de la Honorable Corte Constitucional a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, así como el encargo del profesor GENARO ALFONSO SÁNCHEZ MONCALEANO, Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, atentamente nos permitimos presentar escrito de intervención dentro del proceso de la referencia, el cual contó con la asesoría de la profesora DAVID ARMANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

Cordialmente,

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA
Vicedecano Académico
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Nacional de Colombia

Copias:

1. Consecutivo



De conformidad con providencia proferida por su honorable despacho, y conforme a suspensión de términos a través de Auto 305 de 2017, la Facultad de Derecho, Ciencias políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, allega a su despacho una serie de elementos de juicio que puede ser relevante al momento de proferir decisión de fondo. Anticipamos desde ya que compartimos la acusación ciudadana, toda vez que en aplicación de las reglas jurisprudenciales proferidas por la Sala Plena de la Corporación, el aparte demandado, vulnera el principio de legalidad en materia Tributaria.

El principio de legalidad en materia tributaria se remonta a la formación del constitucionalismo mismo. Basta recordar el contenido del Artículo 12 de la Carta Magna de 1215: *no taxation without representation*; según dicha máxima, el monarca inglés no puede cobrar tributos que previamente no hayan sido previamente fijados en una ley aprobada por los representantes del pueblo inglés. De esta manera, desconocer el principio de legalidad tributaria afecta directamente a uno de los elementos definitorios del derecho constitucional moderno.

Este principio fue fijado por el constituyente en el Artículo 338, que prescribe que: *"En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos (...)"*.

En desarrollo de lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional ha indicado que el contenido del principio de **legalidad en materia tributaria incluye**: *"al menos tres aspectos. De un lado, este principio incorpora lo que la doctrina ha denominado el principio de representación popular en materia tributaria, según el cual no puede haber impuesto sin representación de los eventuales afectados. Por ello la Constitución autoriza únicamente a las corporaciones de representación pluralista -como el Congreso, las asambleas y los concejos. A imponer las contribuciones fiscales y parafiscales (CP: art. 338). De otro lado, la Carta consagra el principio de predeterminación de los tributos, ya que fija los elementos mínimos que debe contener el acto jurídico que impone la contribución para poder ser válido, puesto que ordena que tal acto debe señalar los sujetos activo y pasivo de la obligación tributaria, así como los hechos, las bases gravables y las tarifas (CP art. 338). Y, finalmente, la Constitución autoriza a las entidades territoriales a establecer tributos y contribuciones, pero de conformidad con la Constitución y la ley. Esto muestra entonces que las entidades territoriales, dentro de su autonomía, pueden establecer contribuciones pero siempre y cuando respeten los marcos establecidos por la ley, puesto que Colombia es un país unitario, y por ende los departamentos y municipios no gozan de soberanía fiscal."*

De manera excepcional, la Corte ha explicado que la administración puede, vía decretos reglamentarios, definir aspectos formales y operativos de la recaudación de un tributo, mas no puede, determinar elementos estructurantes del tributo (los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos).¹ La Corporación ha señalado que en temas de altísima rigurosidad técnica y en los que los aspectos económicos son de constante cambio, la ley puede delegar en la administración la definición de aspectos del tributo, de tal manera que es necesario armonizar el principio de legalidad tributaria con las políticas fiscales y parafiscales.

En la Sentencia C-585 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa) se fijaron las reglas para determinar en qué situaciones el legislador debe definir de manera precisa los elementos del tributo, y en qué situaciones excepcionales puede delegar a la administración algunos aspectos:

"A partir de lo anterior es posible entonces extraer la siguiente síntesis. Primero, en cuanto a los aspectos u obligaciones formales, el legislador puede delegar en la administración la regulación de trámites administrativos para la ejecución de las normas tributarias, siempre que no comprometan derechos fundamentales y se trate de una facultad excepcional, relacionados con el recaudo y sus circunstancias, y la liquidación, discusión y administración de ciertos tributos. Segundo, cuando se trata de la regulación de obligaciones sustanciales impuestas por el poder

1 Recientemente C-585 de 2015 "Por lo mismo la jurisprudencia ha admitido que la ley delegue en la administración la regulación de trámites administrativos, siempre que no comprometan derechos fundamentales y sean excepcionales, relacionados con el recaudo, liquidación, determinación, discusión y administración de ciertos tributos, y con sus circunstancias de recaudo." Igualmente reiterado en la C-608 de 2012.

tributario, “la **determinación política** de los elementos del tributo est[á] sujeta al rigorismo propio del principio de legalidad”, pero “**las variables económicas que inciden sobre los mismos, son susceptibles de un tratamiento menos restringido**”. Por tanto, en estos casos: (i) la ley debe determinar directamente los elementos del tributo, pero esto no le impide remitir a nociones que tengan una contrapartida variable en la realidad económica (por ejemplo, a precios, a valores, a índices de bursatilidad), aunque su expresión concreta le corresponda a la administración, pues en tales eventos las reglas técnicas permiten aplicar los conceptos empleados “con un alto nivel de certeza”;² (ii) si bien no es preciso que se defina estrictamente en la ley el mecanismo para medir o expresar esa variable, sí se debe “indicar la manera como **debe ser fijado**” en el reglamento el mecanismo correspondiente,³ lo cual significa que debe haber pautas, criterios o estándares generales incluso flexibles, que orienten la reglamentación de la materia; (iii) en ningún caso la ley puede facultar al Ejecutivo para “cambiar, introducir nuevos elementos [...], ni modificar las reglas ya trazadas por la Ley”.⁴

Si confrontamos el contenido del Artículo 121 de la Ley 488 de 1998 con las reglas jurisprudenciales fijadas, llegamos a la conclusión que la norma es claramente inexecutable dado que: (i) el enunciado normativo no está delegando en la administración aspectos formales o trámites formales para el cobro de la sobre tasa; (ii) la ley tampoco fija pautas, criterios o estándares generales incluso flexibles, que orienten la reglamentación de la materia. En esta ocasión la ley enuncia la creación de un tributo (sobre tasa) pero no indica ninguna pauta o regla que deba seguir el Ministerio de Minas y Energía al momento de desarrollar la metodología para el cálculo del valor del precio de ACPM, elemento fundamental para determinar el valor de la sobre tasa.

En conclusión, estimamos que la norma acusada es inconstitucional en atención a que no fija pautas o criterios generales que deba seguir el Ministerio de Minas y Energía al momento de definir la base gravable de la Sobretasa.

Intervención:

David Armando Rodríguez Rodríguez

Profesor

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Universidad Nacional de Colombia

2 Sentencia C-690 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil. AV Jaime Araújo Rentería). Ya referida.

3 Sentencia C-583 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime). En ese caso, como se refirió, la norma acusada le atribuía a la administración la facultad de fijar el mecanismo para calcular el valor patrimonial de ciertos documentos, a efectos de liquidar el impuesto de renta. La Corte dijo que en casos así, la ley podía definir conceptualmente la base gravable, pero no tenía que fijar el valor puntual sobre el cual aplicar la tarifa. En esos casos el legislador “[d]ebe entonces limitarse a indicar la manera como debe ser fijado” el valor, sin que le sea exigible o necesario sin embargo señalar “las sumas concretas”.

4 Sentencia C-1067 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño. Unánime). En ese caso, la Corte encontró ajustada a la Constitución la competencia atribuida por la ley a la administración para expresar los precios de una contribución originada en el diferencial de precios, precisamente sobre la base de que, entre otras razones, no era un poder para “cambiar, introducir nuevos elementos [...], ni modificar las reglas ya trazadas por la Ley”.