



Bogotá, D.C. 21 JUN 2018

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el
parágrafo del artículo 8° de la Ley 1738 de 2014.
Demandante: Marlyn Carolina Rivera Martínez.
Magistrado Ponente: Carlos Libardo Bernal Pulido.
Expediente: D- 12209
Concepto: № - 6397

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2, y 278, numeral 5, de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por la ciudadana Marlyn Carolina Rivera Martínez, quien, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6, y 242, numeral 1, ibídem, solicita que se declare la inexecutable de la expresión “y 6” contenida en el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1738 de 2014, norma cuyo texto se transcribe a continuación, subrayando lo demandado:

LEY 1738 DE 2014

(Diciembre 18)

Por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010

[...]

“Artículo 8°. De la vigencia y derogatoria de la ley. La presente ley tiene una vigencia de cuatro (4) años a partir de la fecha de su promulgación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y el penúltimo inciso del artículo 6° de la Ley 1106 de 2006.

Parágrafo. No estarán sometidos a la vigencia de la presente ley y tendrán una vigencia de carácter permanente los artículos 5 y 6 de la Ley 1106 de 2006, y los artículos 6 y 7 de la Ley 1421 de 2010.”

1. Planteamientos de la demanda:

La accionante argumenta que la disposición parcialmente acusada es contraria al principio de legalidad tributaria (artículo 338 de la Constitución Política), ya que el Congreso de la República no fijó los elementos constitutivos de un impuesto, es decir, el sujeto pasivo, el hecho generador, el sujeto activo y la tarifa.

Agrega que erradamente el Legislador reconoció el carácter de permanente a una ley tributaria que ya se encontraba por fuera del ordenamiento jurídico, en razón a que su vigencia, según lo previsto en el artículo 53 de la Ley 1430 de 2010, había culminado desde hacía más de un año (30 de diciembre de 2013). Afirma la demandante que si la voluntad del Legislador era mantener dicho tributo, ha debido reproducir el citado artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, o expedir una ley totalmente nueva, en la que se definieran todos los elementos que integran el tributo.

2. Problema jurídico

De conformidad con los cargos señalados, corresponde al Ministerio Público determinar si el aparte normativo cuestionado “y 6°”, contenido en el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1738 de 2014, desconoce el principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 338 C.P., por no contener todos los elementos constitutivos del impuesto, en tanto aludió a una disposición legal que no estaba vigente.

3. Análisis constitucional

Para dar paso al estudio del problema jurídico propuesto, el Ministerio Público estima conveniente destacar que la demandante plantea que la expresión “y 6” contenida en el parágrafo 8° de la Ley 1738 de 2014 es inconstitucional porque establece un tributo sin precisar sus diferentes elementos constitutivos, sujeto pasivo, hecho generador, sujeto activo y tarifa, en la medida que tales referencias parecerían ser suplidas con una mera remisión a una norma tributaria supuestamente derogada.

Dicha formulación implica varios interrogantes: i) si se viola la legalidad tributaria cuando el Legislador establece un tributo a través de una referencia a otra Ley; en caso de que este solo hecho no constituya una inconstitucionalidad *per se*, deberá absolverse ii) si se desconoce dicho principio cuando la disposición referida se encuentra derogada al momento de la remisión legislativa. Y de ser así, habrá de establecerse iii) si la

accionante tiene razón cuando plantea que el artículo 6 de la Ley 1421 de 2010 efectivamente estaba derogado al momento en que se estableció como un tributo permanente.

3.1 La referencia normativa como un medio idóneo para establecer un tributo y sus elementos de un tributo

Para analizar el cargo formulado por la accionante, es oportuno señalar que, aunque la potestad impositiva del Legislador es amplia, se encuentra limitada e informada por el principio de legalidad, derivado principalmente de los artículos 150-12 y 338 C.P., y reflejo del dogma de la teoría constitucional “*no hay tributo sin representación*” –que explica el origen de los parlamentos-. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho¹:

“...la creación de cargas impositivas, debe respetar el principio de reserva legal que, expresado en el aforismo ‘nullum tributum sine lege’, señala tanto la necesidad de un acto del Legislador para la creación de gravámenes, como el respeto al supuesto político de la representación, por virtud del cual, la creación de impuestos va de la mano del consentimiento -directo o indirecto- de la colectividad, que reconoce por esta vía una manera eficaz y necesaria para transferir los recursos que necesita el Estado en cumplimiento de su función.”²

Este principio se deriva, entre otras, de la máxima según la cual no hay tributo sin representación, por virtud del carácter democrático del sistema constitucional colombiano; de allí que, cualquier norma que establezca o modifique una obligación tributaria deba haber surtido todos los pasos necesarios para haber sido adoptada como ley de la República. Esta es la expresión instrumental del principio concerniente a la creación y definición del tributo por ley, así como al trámite para la formación de las leyes (...) La manifestación material de dicho principio se refiere a la deliberación acerca del tributo impuesto a cada bien y servicio en el seno del órgano representativo de elección popular. Esta deliberación hace efectivo el principio de representación política, puesto que traduce la posición de los representantes del pueblo, expresada en razones públicas por todos conocidas o, al menos, identificables, lo cual a su turno facilita el control del ejercicio del poder público, que es un derecho fundamental de los ciudadanos (art. 40, C.P.).”

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

² Cfr. Artículo 338 de la Constitución Política. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia C-583 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En cuanto a su finalidad, el principio de legalidad tiene como propósito primordial fortalecer la seguridad jurídica y evitar los abusos impositivos de los gobernantes, puesto que el acto jurídico que establece la contribución debe fijar previamente, y con base en una decisión democrática, sus elementos esenciales para ser válido. En este sentido, el principio de legalidad, como requisito para la creación de un tributo, tiene diversas funciones dentro de las cuales se destacan las siguientes: (i) materializa la exigencia de representación popular, (ii) corresponde a la necesidad de garantizar un reducto mínimo de seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones, y (iii) pone de presente la importancia de un diseño coherente en la política fiscal de un Estado.

Como expresión de la soberanía popular (artículo 3 C.P.), el principio de legalidad supone que todo tributo requiere de una ley previa que lo establezca (artículos 150 y 338 ibídem). Las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales, son órganos de representación popular a nivel local, que pertenecen a la Rama Ejecutiva, y que ejercen también un poder tributario, pero con sujeción a la ley.

Por lo anterior, en sentido material, la ley, al establecer una obligación tributaria, debe suministrar con certeza los elementos mínimos que la definan.

En este orden jurídico, la Corte advierte, “(...) en primer término, que conforme al principio de legalidad en materia tributaria, previsto en el artículo 338 C.P., en tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. De esta manera, como lo prevé el mismo precepto superior, la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores y las bases gravables, al igual que la tarifa de los impuestos³”

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que el principio de legalidad en materia tributaria comprende tres (3) aspectos: el primero, referido al principio de representación popular, según el cual no es posible establecer un impuesto sin la representación de los afectados en los órganos que los imponen; en segundo lugar, el principio de la predeterminación de los tributos, que se relaciona con la necesidad de fijar los elementos mínimos del acto jurídico que impone la contribución; y por último, comprende la posibilidad de que las entidades territoriales puedan

³ Corte Constitucional, ver entre otras, las sentencias C-891 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-260 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-602 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

establecer tributos y contribuciones en el marco de la Ley y de la Constitución⁴.

Cabe señalar que estas condiciones, no se predicán exclusivamente de los impuestos, sino que son exigibles también frente a cualquier tributo o contribución. De igual manera, es conveniente indicar que frente a gravámenes de carácter nacional, el Congreso está obligado a definir los elementos que lo integran de forma clara e inequívoca, esto es, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base impositiva y la tarifa.

Ahora bien, en torno a las reglas que se derivan de este principio de legalidad, la Corporación ha puntualizado los siguientes derroteros, que habrán de tenerse en cuenta al momento de determinar si se está en presencia o no de una presunta vulneración constitucional del mandato contenido en el artículo 338 superior:

“(i) Son los órganos de elección popular quienes directamente deben señalar los sujetos activo y pasivo, el hecho y la base gravable y la tarifa de las obligaciones tributarias, pues esta exigencia emana de lo prescrito por el artículo 338 superior; (ii) al establecer los elementos del tributo, es menester que la ley, las ordenanzas o los acuerdos determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de los elementos esenciales del mismo; (iii) sólo cuando la falta de claridad sea insuperable, se origina la inconstitucionalidad de la norma que determina los elementos de la obligación tributaria; (iv) el requisito de precisión y claridad de las normas que señalan los elementos de la obligación tributaria no se opone al carácter general de dichas normas; (v) no se violan los principios de legalidad y certeza del tributo cuando uno de los elementos del mismo no está determinado expresamente en la norma, pero es determinable a partir de ella”⁵ (subrayado por fuera del original).

Derivado de los criterios anteriores, y teniendo en cuenta el reproche que formula la accionante en relación con la falta de certeza de los elementos que debe contener la contribución cuestionada, es oportuno resaltar que el principio de certeza en materia tributaria, surge como consecuencia lógica del principio de legalidad, y tiene, según lo expuesto, la finalidad de garantizar que todos los elementos del vínculo impositivo entre los administrados y el Estado estén consagrados inequívocamente en la ley, bien porque las normas que crean el tributo los expresan con claridad, o

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-704 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-891 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

porque en el evento en que una disposición remita a otra para su integración, sea posible identificar dentro del texto remitido el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravable, la base gravable y la tarifa del gravamen. Sin embargo, tal como lo ha precisado la Corporación, no siempre resulta exigible que la determinación de los elementos del tributo sea expresa, y no se viola el principio de legalidad tributaria cuando uno de tales elementos no está determinado en la ley, pero es determinable a partir de ella.

En un caso de derecho sancionatorio, en el que se censuraba la remisión normativa como violatoria del principio de legalidad, la Corte Constitucional precisó que aquella podría entenderse como una práctica técnicamente censurable, pero no como un vicio de constitucionalidad. Al respecto se preguntaba si “¿[...] desconoce el Legislador los límites constitucionales al hacer una remisión? Al parecer el simple acto de remitir que consiste en indicar en el texto de la ley proferida otro lugar distinto, que puede ser dentro de la misma norma u otro texto cualquiera, donde consta lo que atañe al punto tratado, no constituye por sí mismo una vulneración a lo previsto por la Carta Política.

Al señor Procurador General le asiste toda la razón al calificar el acto de la remisión como un mecanismo contrario a la técnica legislativa. Si la legislación debe ser especialmente clara, lo cual redundaría en seguridad jurídica al tener los destinatarios de las normas certeza sobre lo reglado, muchos son los asuntos que atentan contra la claridad: estos van desde el inadecuado uso del lenguaje, pasan por la deficiente puntuación, continúan con la confusa titulación, numeración o división de las leyes, hasta con el uso de remisiones que dispersan, dificultan y hacen de la interpretación de la ley un laberinto. Aspectos que en su conjunto atentan gravemente contra la claridad, armonía y coherencia del sistema jurídico. Pero afirmar que la falta de técnica legislativa constituye por sí misma una inexequibilidad convertiría el debate político de elaboración de las leyes en un mero acto de redacción”⁶.

Como se advierte, el uso de remisiones puede ser catalogado como un eventual defecto de *técnica legislativa*, pero de ello no es posible derivar *per se* un vicio de inconstitucionalidad.

En este orden de ideas, el Ministerio Público estima que la accionante no tiene razón al alegar que el Legislador tenía la carga de reproducir el citado

⁶ C-710/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 en la nueva Ley, pues con la referencia efectuada cumple a cabalidad con la exigencia en torno a la precisión de los elementos del tributo⁷.

Ahora bien, como la mera referencia no es una técnica que implique una inconstitucionalidad, deberá establecerse si la referencia a una ley derogada contraría o no el ordenamiento superior.

3.2. La referencia a una ley derogada no viola la legalidad tributaria

Plantea la accionante que se viola la legalidad tributaria porque el Legislador revivió un tributo a través de la referencia a una norma derogada.

El Ministerio Público no encuentra en la Carta Política una prohibición en ese sentido, y por tal razón no está proscrito revivir normas derogadas a través de una referencia que posea expresamente dicha intención. Si bien podría ser más aconsejable la reproducción integral de texto, las discrepancias en torno al *mejor proceder técnico legislativo* no son suficientes para viciar el contenido de la Ley.

Más aun, como una ley derogada es un documento histórico preciso e inmodificable, ostenta las condiciones suficientes para conferir la certeza respecto de los contenidos referidos, y con ello se satisface el principio de legalidad tributaria.

Lo anterior sería suficiente para despachar el cargo de manera negativa. No obstante, el Ministerio Público encuentra un elemento tácito y relevante que debe ser tratado por la Corte Constitucional. Después de su evaluación

⁷ Al respecto es importante recordar cuál es el texto del referido artículo 6°, alusivo a la contribución de los contratos de obra pública y concesiones:

"El artículo 37 de la Ley 782 de 2002, quedará así:

Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley.

Se causará el tres por ciento (3%) sobre aquellas concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones.

Autorízase a los Gobernadores Departamentales y a los Alcaldes Municipales y Distritales para celebrar convenios interadministrativos con el Gobierno Nacional para dar en comodato inmuebles donde deban construirse las sedes de las estaciones de policía.

Parágrafo 1°. *En los casos en que las entidades públicas suscriban convenios de cooperación con organismos multilaterales, que tengan por objeto la construcción de obras o su mantenimiento, los subcontratistas que los ejecuten serán sujetos pasivos de esta contribución.*

Parágrafo 2°. *Los socios, coparticipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el inciso anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación".*

detallada pareciera que éste tuviera como fundamento implícito lo normado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 según lo cual “*Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva*”. Ahora bien, para determinar si dicho artículo puede fundamentar un cargo de inconstitucionalidad, ha de establecerse cuál es su fuerza normativa.

La Ley 153 de 1887 es ampliamente conocida como una ley contentiva de importantes principios jurídicos que siguen rigiendo en nuestros días. Por ejemplo, la referida Ley señala cuáles son las formas de derogatoria (art. 3), norma que incluso ha orientado la jurisprudencia constitucional al respecto⁸. Así mismo, esa vieja normatividad es la que establece algunos principios hermenéuticos que continúan guiando la aplicación del ordenamiento jurídico.

No obstante, a pesar de la gran relevancia que tiene dicha fuente, no es posible atribuirle en ningún caso el papel de norma constitucional para confrontar directamente los textos legales. En lugar de ello, los asuntos regulados sí pueden estar dirigidos a normar el quehacer jurídico, como ocurre por ejemplo con la interpretación de la Ley en el tiempo; o incluso a disponer algunos aspectos de *técnica legislativa* como las clases de derogación, o la forma en que el Congreso debería redactar las normas.

Ahora bien, el papel relevante de los temas regulados no excluye que los cánones previstos en la Ley 153 de 1887 deban acomodarse a la tipología de fuentes legales existente en la Carta Política, y por ende, deben poder catalogarse como reglas materialmente ordinarias, orgánicas o estatutarias, de conformidad con el asunto que pretendan regular.

Al evaluar el contenido del artículo 14 de la Ley 153 que proscribe las meras referencias, parecería que su temática se asimila a la prevista en el artículo 151 de la Constitución Política, es decir a aquellas que *determinan el ejercicio de la actividad legislativa*, disposiciones que son de rango orgánico.

Ahora bien, el hecho de que una norma pueda catalogarse como de rango orgánico, en especial, aquellas que regulan *aspectos de técnica legislativa*, no le confiere la fuerza jurídica para invalidar *per se* la expedición de otras leyes. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática al considerar que el desconocimiento autónomo de las leyes orgánicas que rigen el trámite

⁸ Al respecto, por ejemplo confrontar la Sentencia C-348 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.

legislativo no es suficiente para viciar una Ley, sino que debe encontrarse además una violación de un principio o garantía constitucional. En efecto, ha sostenido que *“no toda vulneración de una regla sobre la formación de las leyes, contenida en la Constitución o en el respectivo Reglamento del Congreso, acarrea ineluctablemente la invalidez de la ley y su declaración de inconstitucionalidad. En efecto, en determinados casos, puede tratarse de una irregularidad irrelevante, en la medida en que no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta. En tales casos, esa irregularidad, en sentido estricto, no configura un verdadero vicio en la formación de la ley”*⁹. (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con lo referido, para que la transgresión del artículo 14 de la Ley 153 de 1887 pudiera implicar una inconstitucionalidad, debería demostrarse que a través de su desconocimiento se ha violado algún principio constitucional que repercuta en la formación de la voluntad parlamentaria. No obstante, dicha exigencia no se satisface por tres razones: i) la Carta Política no contiene un requerimiento análogo, ii) el principio de legalidad se satisface con normas determinables; y iii) las referencias utilizadas permiten inferir claramente el sentido de la voluntad parlamentaria, tanto en el componente del establecimiento permanente de un tributo, así como en sus elementos constitutivos.

Todo lo dicho, implica que lo normado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 corresponde a una indicación de *técnica legislativa*, que si bien señala un ideal, no tiene la entidad suficiente para derivar en la inconstitucionalidad de otras disposiciones legales, a menos, claro está, que lo que esté en juego sea algún principio superior, como la imposibilidad de determinar el sentido de la voluntad del órgano representativo, aspecto que como ya se indicó, no ocurre en el caso concreto.

En suma, como la redacción utilizada en la norma demandada permite conocer de manera precisa la voluntad del Legislador, tanto en torno al deseo de establecer un tributo permanente, así como a los elementos del mismo, resulta intrascendente para la constitucionalidad de la Ley, el hecho de que el Legislador hubiere utilizado una referencia o alusión a otra normatividad. Además, no resulta relevante que la referencia se efectúe a una disposición derogada, por tratarse de un documento histórico preciso e inmodificable, de allí tampoco se deriva un vicio de inconstitucionalidad.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Finalmente, como la referencia a una norma derogada no vicia la constitucionalidad de la Ley, resulta intrascendente para el juicio de constitucionalidad, determinar si la norma referida se encontraba o no por fuera del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el Ministerio Público se abstendrá de dicha evaluación.

4. Solicitud

En consideración de las razones antes expuestas, el Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** el aparte normativo “y 6°” contenido en el párrafo del artículo 8° de la Ley 1738 de 2014.

De los Señores Magistrados,

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

LOM/JAAC/dffm

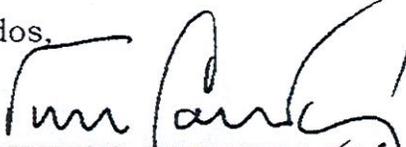
derogada, por tratarse de un documento histórico preciso e inmodificable, de allí tampoco se deriva un vicio de inconstitucionalidad.

Finalmente, como la referencia a una norma derogada no vicia la constitucionalidad de la Ley, resulta intrascendente para el juicio de constitucionalidad, determinar si la norma referida se encontraba o no por fuera del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el Ministerio Público se abstendrá de dicha evaluación.

4. Solicitud

En consideración de las razones antes expuestas, el Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** el aparte normativo “y 6°” contenido en el párrafo del artículo 8° de la Ley 1738 de 2014.

De los Señores Magistrados,


FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

LOM/JAAC/dfim