salazar abogados

27 MAR 2019

D-13175
Ok

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
E.S.D

Juan
4:00

Ref: Acción Pública de Inconstitucionalidad en contra de los artículos 21 y parágrafo del artículo 23 de la Ley 1943 de 2018.

Los demandantes,

Juan Carlos Salazar Torres, ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.154.245 de Usaquén y Adriana María Nassar Hernández, ciudadana colombiana, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.018.339 de Bogotá.

De la manera más respetuosa y atenta nos dirigimos a esa Honorable Corporación con el fin de demandar la inconstitucionalidad de los artículos 21 y 23 parágrafo de la Ley 1943 de 2018, en virtud de lo consagrado en el artículo 241 numeral 4) de la Constitución Política de Colombia.

I. PRETENSIÓN

Que se declare la inconstitucionalidad del artículo 21 y del parágrafo del artículo 23 de la Ley 1943 de 2018 - Reforma Tributaria, mediante los cuales se adiciona el artículo 512-22 y, se modifica el artículo 55 del Estatuto Tributario, respectivamente.

II. NORMAS ACUSADAS

Las normas demandadas son el artículo 21 y el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1943 de 2018, mediante los cuales se adiciona el artículo 512-22 y se modifica el artículo 55 del Estatuto Tributario, respectivamente.

Se transcriben textualmente las normas demandadas:

*"**Artículo 21.-** Adiciónese el artículo 512-22 al Estatuto Tributario, el cual quedará así:*

> *"**Artículo 512-22. Impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles.** El impuesto nacional al consumo tiene como hecho generador la enajenación, a cualquier título, de bienes inmuebles diferentes a predios rurales destinados a actividades agropecuarias, nuevos o usados, cuyo valor supere las 26.800 UVT, incluidas las realizadas mediante las cesiones de derechos fiduciarios o fondos que no coticen en bolsa.*

"El responsable del impuesto es el vendedor o cedente de los bienes inmuebles sujetos al impuesto nacional al consumo. El impuesto será recaudado en su totalidad mediante el mecanismo de retención en la fuente. La retención aquí prevista deberá cancelarse previamente a la enajenación del bien inmueble, y presentar comprobante de pago ante el notario o administrador de la fiducia, fondo de capital privado o fondo de inversión colectiva.

La tarifa aplicable será del dos por ciento (2%) sobre la totalidad del precio de venta.

PARÁGRAFO 1o. *Este impuesto, cuya causación es instantánea, no podrá tratarse como impuesto descontable, ni como gasto deducible, pero hará parte del costo del inmueble para el comprador.*

PARÁGRAFO 2o. *Para efectos de este artículo, se entienden por actividades agropecuarias aquellas señaladas en la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), Sección A, división 01, adoptada en Colombia mediante Resolución de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).*

PARÁGRAFO 3o. *El impuesto consagrado en el presente artículo no será aplicable a las enajenaciones, a cualquier título, de predios destinados a la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y/o prioritario.*

PARÁGRAFO 4o. *Quedan exentos de la tarifa aplicable señalada en presente artículo todos aquellos bienes que se adquieran a cualquier título destinados para equipamientos colectivos de interés público social. Siempre y cuando el comprador sea una entidad estatal o una entidad sin ánimo de lucro que cumpla los requisitos para tener derecho al régimen tributario especial y que el bien se dedique y utilice exclusivamente a los proyectos sociales y actividades meritorias.*

"***Artículo 23.-*** *Modifíquese el artículo 55 del Estatuto Tributario, el cual quedará así (Parte Subrayada únicamente – se transcribe la norma completa para mejor comprensión pero solo se demanda el parágrafo):*

"Artículo 55. Aportes obligatorios al sistema general de pensiones.

(Los aportes obligatorios que efectúen los trabajadores, empleadores y afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente por rentas de trabajo y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional. Los aportes a cargo del empleador serán deducibles de su renta. Las cotizaciones voluntarias al régimen de ahorro individual con solidaridad son un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional para el aportante, en un porcentaje que no exceda el veinticinco por ciento (25% del ingreso laboral o tributario anual, limitado a 2.500 UVT. Los retiros, parciales o totales, de las cotizaciones voluntarias, que hayan efectuado los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad para fines distintos a la obtención de una mayor pensión o un retiro anticipado, constituyen renta líquida gravable para el aportante y la respectiva

sociedad administradora efectuará la retención en la fuente a la tarifa del 35% al momento del retiro)

***PAR.**- Los retiros, parciales o totales de las cotizaciones voluntarias, que hayan efectuado los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, para fines distintos a la obtención de una mayor pensión o un retiro anticipado, constituirán renta gravada en el año en que sean retirados. La respectiva sociedad administradora efectuará la retención en la fuente a la tarifa del 35% al momento del retiro.*

III. NORMAS VIOLADAS Y RAZONES DE LA VIOLACION

A. Normas Violadas

Las normas violadas con las disposiciones demandadas son:

- ***Artículo 95 numeral 9 de la Constitución Política.*** *La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades*

  (...)

  9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de ***justicia y equidad.***

- ***Artículo 338 de la Constitución Política.*** *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. La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.*

- ***Artículo 363 de la Constitución Política.*** *Principios del sistema tributario. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.*

B. Concepto de la Violación

Violación de los principios de legalidad y de certeza del tributo, establecidos en el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia por el artículo 21 de la Ley 1943 de 2018. La norma que crea el

Impuesto al Consumo de los bienes inmuebles NO IDENTIFICA el sujeto pasivo del Impuesto.

De conformidad con el principio de legalidad del tributo (artículo 338 de la Constitución Política), el Congreso o las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, según sea el caso, están en la obligación constitucional de definir todos los elementos del tributo en forma **clara e inequívoca**, esto es el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base impositiva y la tarifa.

Lo anterior, como garantía de que los impuestos han sido creados de manera democrática y de acuerdo con el diseño de una política fiscal coherente.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha sido enfática:[1]

> *"El principio de legalidad tiene como objetivo primordial fortalecer la seguridad jurídica y evitar los abusos impositivos de los gobernantes, puesto que el acto jurídico que impone la contribución debe establecer previamente, y con base en una discusión 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) representa la importancia de un diseño coherente en la política fiscal de un Estado.*
>
> (…)
>
> *"Por otro lado, esta Corporación ha señalado una serie de reglas derivadas del principio de legalidad "(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 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."*

El artículo 21 de la Ley 1943 de 2018, mediante el cual se crea el Impuesto al Consumo, señala que el **responsable** del impuesto es el Vendedor o

[1] Sentencia No. C-891 de 2012 de la Corte Constitucional.

Cedente del bien inmueble. Valga anotar que el "*responsable*" del impuesto es diferente del "*sujeto pasivo*" del impuesto.

El responsable del impuesto es quien responde ante el Estado por el recaudo de determinado impuesto aunque no esté en cabeza suya o no sea la persona que soporta económicamente el tributo como sujeto pasivo. Sujeto pasivo por su parte, es quién debe soportar las consecuencias económicas del gravamen, así no le corresponda ser el responsable de su recaudo y pago.

En este orden de ideas, el artículo que crea el Impuesto no determina el sujeto pasivo y se limita a establecer que el responsable del impuesto es el **vendedor o el cedente.** Pero más adelante, en el parágrafo 1º del mismo artículo, dispone que el gravamen no podrá tratarse como impuesto descontable, ni como gasto deducible, pero hará parte del costo del inmueble para **el comprador**. Nótese cómo se omite la referencia al sujeto pasivo y simplemente se insinúa que puede ser el cedente como responsable o el comprador en tanto puede tomarlo como costo. Pero no define el punto con la claridad que demanda el estándar constitucional.

Si hace parte del costo del inmueble para el comprador, entonces, quién soporta la carga del impuesto es el comprador?. Pero el responsable ante el Estado es el vendedor del inmueble? La redacción de la norma genera claramente una confusión y no se determina quién es el sujeto pasivo.

La jurisprudencia ha sostenido que las leyes tributarias como cualquier otra ley puede generar problemas interpretativos, pero si estos problemas hacen que la norma no pueda aplicarse, genera sin lugar a dudas una inconstitucionalidad. En este caso, no puede entenderse con claridad quien es el sujeto pasivo del impuesto. Si es el comprador el que puede tomar el costo, no debería ser entonces él, el sujeto pasivo?. En todo caso la norma nunca habla de sujeto pasivo, solo menciona al responsable y el responsable es el Vendedor o Cedente.[2].

> *"Las leyes tributarias, como cualesquiera otras, pueden suscitar variados problemas interpretativos en el momento de su ejecución y aplicación, lo cual no puede de suyo acarrear su inexequibilidad. Sin embargo, si éstos se tornan irresolubles, por la oscuridad invencible del texto legal que no hace posible encontrar una interpretación razonable sobre cuáles puedan en definitiva ser los elementos esenciales del tributo, se impone concluir que los mismos no fueron fijados y que, en consecuencia, la norma vulnera la Constitución. Toda persona está obligada a pagar los tributos que la ley le imponga, pero la ley no puede exigirlos si ella no atina a decir - en general - quién lo debe hacer y por qué.*

[2] Sentencia C-594 de 2010 de la Corte Constitucional.

Por todo lo anterior, y al no poderse determinar quién debe soportar la carga del impuesto con claridad, debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley 1943 de 2018.

Violación de los principios que rigen el sistema tributario por el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1943 de 2018. Violación del principio de equidad tributaria.

El principio de equidad ha sido desarrollado y definido por la Corte Constitucional en múltiples Sentencias, como el principio "*con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión.*"[3]

Siempre ha sido el interés del Estado, estimular el ahorro pensional de los colombianos. Es por ello que los aportes a pensiones realizados por el empleador o por el trabajador, no son considerados como ingreso o ganancia ocasional hasta los límites señalados por la Ley. A lo largo de los años, los beneficios para este tipo de aportes han venido cambiando, pero siempre con la idea de estimular este ahorro.

Sin embargo, con la inclusión del parágrafo del artículo 55 del Estatuto Tributario (artículo 23 de la Ley 1943 de 2019), si la persona quiere retirar su ahorro pensional antes de tiempo por cualquier razón, este retiro será gravado con retención en la fuente a la tarifa del 35%, así ese ahorro hubiere pagado impuestos antes de ser aportado al fondo pensional. Lo anterior, sin tener en cuenta si estos ahorros se hicieron bajo el régimen anterior, o si ya pagaron impuestos porque son fruto del ahorro que ya pagó impuestos o si es fruto del ahorro de una persona que por su salario bajo no paga impuesto de renta.

Este parágrafo hace que la carga tributaria sea excesiva para quien quiere hacer una ahorro pensional con dineros diferentes a los que han obtenido el beneficio tributario de la exención que la misma norma demandada establece.

Por ejemplo, si una persona que tiene como ingreso un salario de $1.500.000, (que no paga impuesto de renta), quiere ahorrar $500.000 mensuales, en el momento de retirar ese ahorro por una necesidad antes de pensionarse, le retienen el 35%. Esto no es equitativo ni es compatible con lo busca un Estado Social de Derecho al establecer su sistema tributario. Se termina castigando el ahorro de las personas con más bajos ingresos, lo cual es clarísimamente contrario a la norma constitucional.

[3] Sentencia C-409 de 1996. Corte Constitucional.

Otro ejemplo es el caso de una persona que tiene un ingreso extraordinario (sobre el cual pagó su impuesto de renta) y que quiere ahorrarlo en su fondo de pensiones. Al momento de retirarlo antes del tiempo de pensionarse por una necesidad, debe pagar impuesto a una tarifa del 35% sobre un dinero que ya había pagado impuestos. Esto es claramente inequitativo y lo que consigue es desestimular el ahorro de quienes quieren ahorrar para su pensión sin acceder a un beneficio tributario.

Por otra parte, el parágrafo no hace la distinción para quienes hicieron el ahorro bajo la ley anterior, ni para los ahorros que llegan al fondo de pensiones después de haber pagado impuestos, o de quienes no pagan impuestos por sus bajos ingresos e igual quieren hacer un ahorro. Esta norma está lejos de incentivar el ahorro pensional y por el contrario grava en exceso los ahorros de las personas que no tiene beneficios tributarios o que por su nivel de ingresos no están llamados a tributar.

Debe por lo anterior la Corte Constitucional proceder a declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada o en su defecto declarar la constitucionalidad condicionada con las excepciones que se puedan presentar.

IV COMPETENCIA

Es competente la Honorable Corte Constitucional de conformidad con el literal 4 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

V. NOTIFICACIONES.

Las notificaciones serán recibidas en ese despacho o en la carrera 12 No. 84-12 Oficina 502 de la ciudad de Bogotá D.C.

VI. ANEXOS

Anexo tres copias de la demanda con destino al archivo, traslado y Ministerio Público.

Atentamente,

JUAN CARLOS SALAZAR TORRES
C.C. 79.154.245

ADRIANA MARÍA NASSAR
C.C. 51.728.235

NOTARIA 35

PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO CON HUELLA

M.A. BEATRIZ SANIN POSADA
NOTARIA 35 DEL CIRCULO DE BOGOTA D.C.

Certifica que:

Este documento dirigido a: Interesado

fue presentado personalmente el día: 26/03/2019

Por:

SALAZAR TORRES JUAN CARLOS

Quien se identificó con: **C.C.** [illegible]

y con T.P No. *** del C.S.J.

y manifestó que reconoce expresamente el contenido del mismo y que la firma y huella que en él aparecen son suyas. En constancia firma nuevamente y por solicitud suya estampa la huella de su índice derecho.

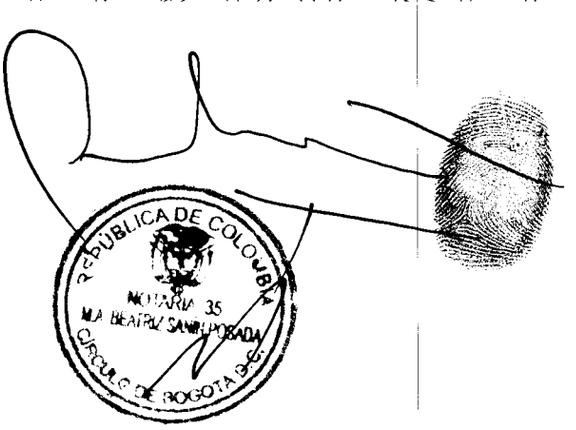
"La certificación de la huella causa derechos notariales según tarifa"

www.notariaenlinea.com
4EO9OCB3LJIBSS26

Bogotá D.C. **26/03/2019**

g534rvr4vbefve35

Bibiana



NOTARIA 35

PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO CON HUELLA

M.A. BEATRIZ SANIN POSADA
NOTARIA 35 DEL CIRCULO DE BOGOTA D.C.

Certifica que:

Este documento dirigido a: Interesado

fue presentado personalmente el día: 26/03/2019

Por:

NASSAR HERNANDEZ ADRIANA MARIA

Quien se identificó con: **C.C.** [illegible]

y con T.P No. ** del C.S.J.

y manifestó que reconoce expresamente el contenido del mismo y que la firma y huella que en él aparecen son suyas. En constancia firma nuevamente y por solicitud suya estampa la huella de su índice derecho.

"La certificación de la huella causa derechos notariales según tarifa"

www.notariaenlinea.com
50JTN0CFTOXO449M

Bogotá D.C. **26/03/2019**

jynhk66iyun6ynhi