

COMUNICADOS TRIBUTARIOS

De: JOSE LIBARDO HOYOS RAMIREZ
Fecha: 25 de SEPTIEMBRE de 2019
TEMA: EFECTO DE LA INEXEQUIBILIDAD
DE LA LEY 1943 DEL 2018

**SUB TEMA: EFECTO JURIDICO SOBRE LAS NORMAS DICTADAS
CON BASE EN LA LEY 1943 DEL 2018 SI LA CORTE LA
DECLARA INCONSTITUCIONAL**

El fallo de la Corte Constitucional que está por producirse, lo mas conveniente para el país seria la exequibilidad de la Ley 1943 del 2018, pero si es adverso el fallo y se declara la ley 1943 del 2018 inexecutable un primer efecto económico seria la disminución de la confianza inversionista, al retrotraer los beneficios y estímulos empresariales dados en la ley. Analizaremos las diferentes posibilidades jurídicas que pueden darse si la inexecutable prospera, el fallo debe especificar los efectos, por lo menos en los artículos que son de mayor jerarquía y relevancia.

Es claro que cuando la Corte Constitucional declara sin efecto una norma o una ley, esta sale del ordenamiento jurídico y queda inaplicable hasta tanto se reúna el Congreso y la expida nuevamente o el Gobierno con base en un decreto de emergencia económica dicte una nueva legislación, retomando parcialmente o totalmente la normatividad que ha sido decaída.

Para el decaimiento de la ley hay que tener en cuenta diferentes efectos que se pueden dar en el fallo, puesto que las implicaciones económicas de este, son trascendentales, no solo es un efecto y resultado jurídico.

La Corte Constitucional de Colombia si profiriere la sentencia retirándola del ordenamiento jurídico la ley 1943 del 2018 por no ajustarse a las disposiciones de la Constitución, salvo que se indique expresamente algo

diferente, la regla general de la inexecutable de la ley, el fallo tiene efectos hacia el futuro (*ex nunc*), lo que encuentra sustento en los principios de seguridad jurídica y en el cumplimiento de la ley cuando estaba vigente y no se retrotraen los efectos de la determinación, por lo tanto se convalidan las situaciones jurídicas consolidadas entre el instante en el que entró en vigor la norma y la fecha de la sentencia.

Las actuaciones, durante ese lapso, se reputan como legítimas por haber sido ejecutadas con el derecho positivo vigente, en este principio podemos señalar los artículos de: Normalización tributaria; El impuesto de patrimonio por el año gravable 2019; El impuesto al consumo en la venta de inmuebles que se hubiere pagado en el 2019. Los hechos cumplidos antes del fallo donde el vencimiento para declarar y pagar ya se realizó o la normalización de activos se declaró y pago tiene su firmeza jurídica sin que el fallo afecte su legalidad.

Las obligaciones que no se han consolidado como en el impuesto al régimen simple de tributación siendo este anual no se ha consolidado la obligación en su totalidad, por lo tanto saldría del ordenamiento jurídico sin entrar ni parcial ni totalmente en vigencia, por lo tanto lo pagado a título de anticipo se tendría que cruzar con el pago del impuesto de Renta del año 2019.

Otro de los efectos del fallo, que también podemos advertir es que hay normas que no entrarían en vigencia como el descuento tributario en renta del IVA por la compra de bienes de capital, o la firmeza anticipada de la declaración de renta del año gravable 2019 y 2020.

En lo que respecta al Impuesto de patrimonio para los años 2020 y 2021, el impuesto al consumo de la propiedad raíz, el régimen simple de tributación se requerirá una nueva ley para poderlo restablecer o un decreto de emergencia económica si el gobierno demuestra que las finanzas públicas quedan deficitarias y no se podría suplir con otros ingresos.

Si el Fallo así lo indica, puede expresar algo diferente en algunos artículos de la ley declarada inexecutable, dándole a la declaratoria de inconstitucionalidad efectos retroactivos, ello significa que las situaciones consolidadas y realizadas en vigencia de la norma deben retrotraerse, es decir, debe procurarse que las situaciones vuelvan al estado anterior a la

entrada en vigencia de la norma que adolece el vicio de inconstitucionalidad, establece que esa relación jurídica jamás existió, se crea una ficción jurídica que da como resultado que no nació nunca la ley y por ello se dice que tiene efecto "ex tunc", retrotrayendo todo al momento anterior al "pretendido" inicio de la relación cuestionada y decretando que todos los efectos desplegados en ese espacio de tiempo (desde su inicio hasta el momento de la declaración), comúnmente la Corte no utiliza este principio en materia de impuestos puesto que se tendría que devolver el dinero recaudado, por ejemplo en el impuesto al patrimonio se le devolvería a los contribuyentes los pagado en vigencia de la ley. Este principio si aplica en las normas penales que trajo la ley 1943 del 2018, puesto que al salir del ordenamiento jurídico se retrotraen hasta el inicio dejando inexistente los cambios mas gravosos penalizados por la ley.

La Corte Constitucional de Colombia dentro de sus facultades como guardiana de la constitución y con el fin de proteger bienes jurídicos fundamentales, cuenta con la posibilidad de modular los efectos de sus pronunciamientos, para que estos produzcan consecuencias en un periodo de tiempo. La modulación diferida es uno de los efectos que puede atribuir la Corte a sus pronunciamientos, fundamentalmente a las sentencias de inconstitucionalidad de normas inferiores, para que estas permanezcan temporalmente en el ordenamiento jurídico, y su salida abrupta por contrariarlo, no genere traumatismos a bienes jurídicos tutelados por la Constitución, esta facultad debe ser aplicada cuando su fallo pueda causar un perjuicio mayor, este es el caso de las terminaciones por mutuo acuerdo del artículo 101 de la ley 1943 donde el proceso del mutuo acuerdo esta en curso y el contribuyente de acuerdo al procedimiento de la ley, desistió o no presento los recursos y todavía no se ha pronunciado la DIAN o la UGPP o el Consejo de Estado donde no a culminado el proceso, trayendo una situación inequitativa para el contribuyente si se ve truncado.

Si la Corte Constitucional de Colombia profiriere la sentencia retirándola del ordenamiento jurídico la ley 1943 del 2018 y de acuerdo a la Sentencia C-501 de mayo 5 de 2001.- " *... la declaratoria de inexequibilidad de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del texto fundamental. Esto es así en cuanto una declaratoria de inexequibilidad conlleva la expulsión del*

ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia el futuro o si también cubre situaciones consolidadas en el pasado, evento en el cual restablecen su vigencia aquellas disposiciones que habían sido derogadas por la norma declarada inconstitucional...".

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 18631 de octubre 22 de 2001.- *"... similar línea jurisprudencial ha proseguido la Corte Constitucional dejando en claro que "en principio la declaratoria de inexecutable de una norma, que había subrogado otras disposiciones, tiene como efecto revivir los contenidos normativos derogados" (C-1548-2000), "implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del texto fundamental" (C-501/20019, porque "la decisión de inexecutable es diversa de una derogación, y por ello puede implicar el restablecimiento ipso iure de las disposiciones derogadas por la norma declarada inconstitucional", toda vez que " como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por ministerio de la inexecutable, de forma tal que pueda revivir las disposiciones derogadas" (C-055/96)".*

Este es el caso de las tarifas del impuesto de renta para las personas naturales y jurídicas artículos 26,27, 50, 51 52 80 de la ley 1843 del 2018 donde la eliminación de las tarifas del impuesto de renta, sería impensable y se aplicarían las tarifas y tablas que se tenían antes de la expedición de la ley 1943. Respecto a la retención en la fuente de dividendos; Pagos al exterior; Ingresos laborales, el cambio de sus tarifas sería inmediatamente en que la Corte deje sin efecto la ley 1943 del 2018, retomando las anteriores tarifas.

En este mismo sentido operaría para las exenciones, deducciones y renta presuntiva.

El artículo 16 de la ley 1943 del 2018 donde crea la obligación de la validación de la factura electrónica primero por parte de la DIAN, su implementación se esta terminado de realizar con un esfuerzo titánico de la DIAN, de los proveedores tecnológicos y de todos los contribuyentes. Esta norma no necesariamente requiere de la ley, puesto que en el ordenamiento tributario se le puede aplicar los articulo 684-2 del Estatuto Tributario y el articulo 183 de la ley 1607 del 2012 que están vigentes para su viabilidad, por lo tanto se puede expedir un decreto reiterando esta obligación.

Es importante anotar que la referencia que señala el articulo 14 Ley 153 de 1887 respecto a las normas derogadas por la ley, el fallo de la Corte en si mismo no tiene la capacidad de revivir el texto derogado, porque una ley derogada no revive por la abolición (derogatoria) de la ley que la derogó, y por ende, un precepto derogado, sólo recobra su fuerza normativa al ser reproducido en una nueva Ley. Esta norma hay que analizarla a la luz de diferentes criterios ya dados por la Corte Constitucional.

En principio el criterio era que se restablecía las normas que fueron derogadas ipso jure lo que significa inmediatamente sin tener ningún criterio de análisis, pero después la Corte evoluciono el criterio En la última jurisprudencia publicada al respecto de la reviviscencia de las normas derogadas (C-251 de 2011), en relación con el caso de los decretos con fuerza de ley expedidos a la luz de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública por medio del Decreto 4580 de 2010, que derogaron disposiciones vigentes y luego declarados inconstitucionales por la Corte, se puede encontrar un cambio de doctrina al señalar:

“... que no siempre implica “la reviviscencia de normas derogadas”, pues para ello es necesario establecer: i) si el vacío normativo es de tal entidad que el orden constitucional se pueda ver afectado y ii) efectuar una ponderación entre los principios de justicia y seguridad jurídica.

Frente a la oportunidad procesal constitucional para determinar si se revive o no una norma derogada, se dijo en el fallo que no existe un término o etapa específica para esa decisión, por cuanto se puede adoptar en la misma providencia en la que se determina la inexecutable, si la Corte así lo juzga necesario, o, posteriormente, cuando deba controlar el precepto derogado, una vez se haga uso de la acción pública de inconstitucionalidad.

En el caso de la referencia, es claro que la declaración de inexecuibilidad del Decreto 020 de 2011, la cual se hizo sin ningún condicionamiento en el fallo C-216 de 2011, ha de generar la inexecuibilidad por consecuencia del Decreto 142 de 2011. Por tanto, se hace necesario establecer si la norma sobre transferencia de recursos debe ser revivida.”

Todos estos elementos jurídicos se deben tener en cuenta en el fallo puesto que no es una simple sentencia y preocupa a todos los ciudadanos tener claro que normas son aplicables y cuales serian sus efectos después de la inexecuibilidad.