



MEMORANDO

CÓDIGO: GD-FR-018-V2

Fecha	20 de febrero de 2019	Consecutivo	GGE-OAJ-ME-2019-0038
Para	MAURICIO ORJUELA RODRIGUEZ. Asesor Gerencia General.		
De	LUISA FERNANDA MORA MORA Jefe Oficina Asesora Jurídica		
Asunto	Concepto Jurídico – Tributario. Daño Especial. Proyectos de infraestructura		

De conformidad con la consulta elevada mediante correo electrónico del 21 de enero de 2019, en virtud de la cual solicita concepto jurídico – tributario, remitiendo una cadena de correos en los cuales se extracta "Este es el concepto por el cual se considera que los temas de la Ley de Infraestructura se pueden tomar como Daño Especial y por ende podría ser excluidos del gravamen de IVA, adicionalmente el principio de no traslado de renta indica un no enriquecimiento. Podrías consultarlo con los abogados de la EMB si podemos quitar el IVA por estos conceptos.", se procederá absolver la misma en los siguientes términos:

I. **Problema Jurídico:** ¿Se pretende exonerar de IVA los traslados de redes de energía eléctrica al considerar que se puede generar un daño especial, bajo el marco de la ley 1682 de 2013?

II. **Marco Normativo**

- Constitución Política.
- Artículo 1602 del Código Civil.
- Artículo 553 del Estatuto Tributario.

III. **Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica**

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, es necesario abordar el presente concepto analizando: (a) Exenciones tributarias; (b) Teoría del Daño Especial; (c) Inclusión o no de impuestos en los contratos.

a) Exenciones tributarias.

La Corte Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre el alcance del Congreso de la República para legislar en materia tributaria y, en particular, sobre su facultad para crear, modificar y suprimir exenciones tributarias.

La Corte ha determinado:

RECIBIDO
25-feb-19
d/la

20-02-2019



- Reconocimiento de la potestad impositiva del Estado, la cual se le ha confiado a los órganos plurales de representación política, y en especial, al Congreso de la República.
- El Congreso ejerce esta potestad según la política tributaria que estime más adecuada para alcanzar los fines del Estado.
- Esa potestad ha sido calificada como "poder suficiente", ya que es "bastante amplia y discrecional". Incluso, ha dicho que es "la más amplia discrecionalidad".
- Aplicando estos criterios al campo de las exenciones tributarias, la Corte ha señalado:

"Si el Congreso tiene autoridad suficiente para establecer impuestos, tasas y contribuciones, señalando los hechos en que se fundamenta su obligatoriedad, las bases para su cálculo, los sujetos contribuyentes, los sujetos activos y las tarifas aplicables, es natural que goce del poder suficiente para consagrar exenciones y otras modalidades de trato a los contribuyentes, por razones de política económica o para realizar la igualdad real y efectiva, a partir de la iniciativa del Gobierno (art. 154 C.P.)."

"... Si un principio jurídico universal consiste en que las cosas se deshacen como se hacen, debe preservarse en el orden tributario el de que quien crea los gravámenes es el llamado a introducir los cambios y adaptaciones que requiera el sistema tributario. De allí que, en tiempo de paz, sea al Congreso al que corresponda legislar en materia tributaria, con toda la amplitud que se atribuye a tal concepto, mediante la creación, modificación, disminución, aumento y eliminación de impuestos, tasas y contribuciones, bien que éstas sean fiscales o parafiscales; la determinación de los sujetos activos y pasivos; la definición de los hechos y bases gravables y las tarifas correspondientes (Artículos 150-12 y 338 C.P.)". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-222 del 18 de mayo de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

"...el Congreso de la República goza de la más amplia discrecionalidad, desde luego siempre que la aplique razonablemente y sujeto a la Constitución, tanto para crear como para modificar, aumentar, disminuir y suprimir tributos". (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-430 del 28 de septiembre de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

Por tanto, se puede concluir que la decisión de restringir o eliminar una exención equivale a la decisión de gravar algo que no estaba gravado, o que lo estaba de manera diferente, lo que significa que hace parte de la potestad impositiva del Estado, atribuida por la Constitución al Congreso. (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-007 del 23 de enero de 2002. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

b) Teoría del daño especial y principio de legalidad.

La teoría del daño especial ha sido un título de imputación del régimen de responsabilidad del Estado, por la ruptura o desequilibrio de las cargas públicas que le causa un daño a un administrado que no tiene el deber de soportar, y por lo cual surge la necesidad por parte del Estado de repararlo patrimonialmente.



En este título de imputación de la responsabilidad en nada tiene que ver si la actuación es lícita o ilícita, legal o ilegal de la administración, se genera por el menoscabo del patrimonio del administrado como consecuencia directa de ese desequilibrio o ruptura frente a las cargas públicas.

La Oficina Jurídica no ve aplicable esta figura frente a los impuestos o tributos por las siguientes razones:

1. El daño sufrido por la persona que demanda el resarcimiento es igual al que se ha impuesto a toda la comunidad (como en este caso un impuesto), por lo que no habría lugar a que se declare la responsabilidad del Estado, por la sencilla razón de que no existiría desequilibrio alguno frente al particular que lo reclama.

Como consecuencia de lo anterior, se rompería el nexo de causalidad entre el daño y el hecho.

2. En materia tributaria, las exenciones gozan de reserva de ley, es decir para que sean válidas se adopta por el Congreso de la República y no se pueden desconocer por el Ejecutivo.

c. Inclusión o no en los contratos de los impuestos.

Ahora bien, respecto de la inclusión del IVA o no, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, un contrato **legalmente celebrado** es ley para las partes.

En los convenios, acuerdos o contratos, los contratantes pueden fijar las condiciones bajo las cuales se van a cumplir las obligaciones y deberes tributarios; es decir, los contribuyentes podrán organizar y establecer procedimientos para dar cumplimiento a las obligaciones impositivas.

Sin embargo, en lo referente a obligaciones sustanciales y adjetivas en materia fiscal - tributaria (hacen parte del derecho Público-tributario); de tal forma que las normas relacionadas con los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales, no pueden ser modificadas por la simple manifestación de voluntad entre particulares o del propio Estado, salvo los contratos de estabilidad tributaria.

La anterior situación está consagrada en el artículo 553 del Estatuto Tributario, al disponer que "*los convenios entre particulares sobre impuestos no son oponibles al fisco*".

Por consiguiente, los contribuyentes, responsables o agentes retenedores, no podrán invocar ante la administración de impuestos - DIAN, cláusulas contractuales que modifiquen las obligaciones sustanciales y procedimentales, como, por ejemplo: sujeto pasivo, hecho generador, base gravable, tarifa, facturar, soportar, declarar, entre otras obligaciones porque estas de una parte, se encuentran determinadas en la Ley, Ordenanza o Acuerdo.

Y, de otra parte, las normas tributarias son normas de orden público. Resaltamos que toda cláusula o contrato que vaya en contra de las normas de orden público son ilegales.

En consecuencia, los contribuyentes no podrán invocar ante la Administración Tributaria, disposiciones que modifiquen las obligaciones sustanciales y procedimentales contenidas en la Ley.



En este orden de ideas, se puede concluir que las obligaciones tributarias reguladas por expresa disposición legal, no son modificables por decisiones privadas o convenios entre particulares ni con el propio Estado, lo único viable en los contratos es estipular formas administrativas de cumplir las obligaciones impositivas.

LUISA FERNANDA MORA MORA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Juan Pablo Restrepo C – Profesional Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Luisa Fernanda Mora Mora – Jefe Oficina Asesora Jurídica

1/4/4