CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

MAGISTRADA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de dos mil veintiséis (2026)

Referencia	Nulidad
Radicación	11001-03-27-000-2024-00003-00 (28402)
Demandante	JORGE LUIS CASTRO GONZÁLEZ
Demandada	PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTRO
Temas	Artículo 1.2.4.6.9. del Decreto 1625 de 2016. Exclusión de retención en la fuente en compras de oro. Cláusula de derogatoria integral del Decreto Único Reglamentario. Falta de competencia. Falsa motivación. Notas del Editor. Costas.

SENTENCIA ANTICIPADA

La Sección decide la demanda de nulidad presentada por Jorge Luis Castro González contra el artículo 1.2.4.6.9. del Decreto 1625 de 2016, por medio del cual se establece la obligación de efectuar retención en la fuente por parte de las Sociedades de Comercialización Internacional (en adelante CI) a título del impuesto sobre la renta a la tarifa del uno por ciento (1%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió el Decreto 1625 de 2016, cuyo artículo 1.2.4.6.9. compiló la retención en la fuente aplicable en compras de oro efectuadas por CI, como sigue:

> ARTÍCULO 1.2.4.6.9. Las compras de oro efectuadas por las sociedades de comercialización internacional se encuentran sometidas a retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta a la tarifa del uno por ciento (1%)[1] sobre el valor total del pago o abono en cuenta.
>
> *(Artículo 13, Decreto 2076 de 1992. Inciso primero tiene decaimiento por la declaratoria de nulidad del artículo 1° del Decreto 2866 de 1991. Adicionado un parágrafo por el Artículo 3° del Decreto 1505 de 2011)*

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

En ejercicio del medio de control de simple nulidad, contemplado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), el demandante formuló la siguiente pretensión:[2]

1. Declarar la **NULIDAD TOTAL** del artículo 1.2.4.6.9. del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016, el cual a su tenor dispone:

"***Artículo 1.2.4.6.9. Retención en la fuente en la compra de oro por las sociedades de comercialización internacional.*** *Las compras de oro efectuadas por las sociedades de comercialización internacional se encuentran sometidas a retención en la fuente a título del*

[1] La tarifa fue aumentada al 2,5% con ocasión de la expedición del Decreto 572 de 2025.
[2] Samai, índices 2 y 10.

impuesto sobre la renta a la tarifa del uno por ciento (1%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta.

(Artículo 13, Decreto 2076 de 1992. Inciso primero tiene decaimiento por la declaratoria de nulidad del artículo 1° del Decreto 2866 de 1991. Adicionado un parágrafo por el Artículo 3° del Decreto 1505 De 2011)"

2. Decretar como medida precautoria la suspensión provisional del artículo 1.2.4.6.9. hasta tanto se produzca sentencia definitiva de nulidad para evitar un eventual perjuicio irremediable de los derechos e interés colectivo de las personas tanto naturales como jurídicas, y de los agentes retenedores, los cuales podrían verse inmersos en procesos de fiscalización tributaria por la solidaridad prevista en el artículo 370 del Estatuto Tributario, debido a la falta de competencia por parte del compilador para declarar decaída, y modificar la norma demandada, acompañado de una errada interpretación normativa.

3. Como **PETICIÓN SUBSIDIARIA**, en caso de que el Honorable Consejo de Estado considere que el inciso primero del artículo 1.2.4.6.9 se ajusta a derecho y no puede ser sujeto de declaratoria de nulidad en su totalidad, se solicita respetuosamente se declare la nulidad del comentario que aparece al final de esa disposición entre paréntesis y que dice: (Artículo 13, Decreto 2076 de 1992. Inciso primero tiene decaimiento por la declaratoria de nulidad del artículo 1° del Decreto 2866 de 1991. Adicionado un parágrafo por el Artículo 3° del Decreto 1505 De 2011)" ya que no es una disposición legal preexistente al momento de la compilación sino un análisis del compilador, como se sustentará más adelante.

De manera preliminar, relató que el Decreto 1512 de 1985 introdujo la retención por concepto de otros ingresos a tarifa del 0,5%, la cual fue modificada por el Decreto 2866 de 1991 que la aumentó al 3%, sin alterar el hecho generador. Agregó que el Decreto 2076 de 1992 estableció que las compras de oro estaban excluidas de retención en la fuente.

Narró que, mediante sentencia del 29 de abril de 1994, exp. 4015, el Consejo de Estado anuló el Decreto 2866 de 1991, en la medida en que el Presidente carecía de competencia para modificar la tarifa de retención, sin que se cuestionara el hecho generador de la retención, por lo que la tarifa debió retornar a la fijada en el Decreto 1512 de 1985. Afirmó que, con el Decreto 1505 de 2011 se estableció una excepción a la exclusión de la retención en compras de oro para las CI, a tarifa del 1%.

Adujo que el artículo 1.2.4.6.9. del Decreto 1625 de 2016 modificó la retención en la fuente por compras de oro por cuanto desconoció el aparte principal que disponía que las compras de oro no se encontraban sometidas a retención en la fuente, lo cual se sustentó en el decaimiento del Decreto 2076 de 1992 por la nulidad del Decreto 2866 de 1991. Señaló que el Gobierno Nacional carece de facultades para derogar o modificar normas en un decreto compilatorio y que no hay constancia de que el artículo 13 del Decreto 2076 hubiese sido derogado o anulado.

Invocó la vulneración de los artículos 2, 29, 95 numeral 9, 189 numeral 20, y 228 de la Constitución; 369 del Estatuto Tributario; 13 del Decreto 2076 de 1992; 3 del Decreto 1505 de 2011; y el inciso 5 de las consideraciones del Decreto 1625 de 2016. Sustentó el concepto de violación así:

1. Incompetencia del Gobierno Nacional

Explicó que los decretos compilatorios son atípicos y no crean normas, sino que organizan y codifican las existentes, de forma que en ellos no se aplica la potestad reglamentaria. Resaltó que en ellos no se altera, agrega, interpreta ni resta valor a la norma compilada.

Adujo que la forma en que se compiló el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 y la nota del editor son contrarias a derecho. Advirtió que la norma original prevista en el artículo 3 del Decreto 1505 de 2011, que introdujo un parágrafo al artículo 13 del

Decreto 2076 de 1992 fue modificada por cuanto en la compilación se modificó su redacción.

Expuso que, si bien se conservó la aplicación de la retención en compras de oro para las CI, en la norma original esta era una excepción a la regla general del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 que determinaba que las compras de oro no estaban sujetas a retención, disposición que está vigente. Advirtió que en la norma compilada se eliminó esta regla general.

Precisó que la nota que aparece al final del artículo en la página de Juriscol es errónea y excede las funciones del compilador, quien no tiene competencia para señalar el decaimiento de una norma, hecho que reconoce el propio Decreto 1625 de 2016. Insistió en que el Presidente realizó una nota que implicó un ejercicio de la potestad reglamentaria para modificar derogatorias, siendo ello competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Concluyó que lo anterior vulnera jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el rol de los decretos compilatorios y su imposibilidad de modificar o derogar normas preexistentes.[3] Argumentó que, si bien el Presidente tiene competencia reglamentaria, para modificar un decreto reglamentario ordinario se requiere otro de igual naturaleza.

2. Falsa motivación

Comentó que la exclusión de la regla general sobre retención en la fuente para compras de oro no fue derogada, anulada o modificada ni se afectó con la declaratoria de nulidad del Decreto 2866 de 1991. Indicó que el Decreto 2866 solo reglamentó la tarifa de retención por otros ingresos, y no creó un concepto de retención. Argumentó que la nulidad de este Decreto operó para el aumento de la tarifa, pero no para el concepto de retención, por lo que el artículo 13 del Decreto 2076 se encuentra vigente, pese a la remisión de este al Decreto 2866 es desafortunada.

Resaltó la importancia de la incorporación del parágrafo al artículo 13 del Decreto 2076 efectuada por el artículo 3 del Decreto 1505 de 2011, ya que esta ocurrió 19 años después de la expedición del Decreto principal y 17 años después de emitida la sentencia de nulidad, lo cual descarta el decaimiento tácito de la norma. Reiteró que la interpretación del compilador es errónea ya que el decaimiento solo tiene lugar cuando desaparece del ordenamiento la ley que sustenta un Decreto, y que el pronunciamiento del Consejo de Estado se sustentó en el cambio de tarifa.

Anotó que no podía interpretarse que el Decreto 2866 de 1991 fuese el sustento de la expedición del Decreto 2076 ya que en el primero se establecieron tarifas y no conceptos que modificaban el impuesto de los no declarantes. Acusó al acto de estar falsamente motivado al mencionar el decaimiento tácito.

Estableció que la norma no protege la vida, honra y bienes de los ciudadanos al someter a las personas a sufrir una retención que no corresponde, que hay una negativa a aplicar debidamente la Ley, y que la errada interpretación del compilador genera contingencias de fiscalización.

[3] Sentencias C-655 de 2007 y C-839 de 2008, C.E. 1657 de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 11001-03-15-000-2015-03358-00, M.P. Rocío Araujo Oñate de la Sección Quinta, y del 6 de julio de 2020, exp. 48183, M.P. Ramiro Pazos Guerrero de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Oposición a la demanda

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público controvirtió las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos[4]:

Defendió que la norma acusada se expidió en desarrollo de la potestad reglamentaria del Presidente y que no contraría la voluntad de la ley reglamentada u otra del mismo linaje. Adujo que, en este caso, la potestad se ejerció adecuadamente.

Explicó que el acto demandado no creó la norma que controvierte el actor, sino que la compiló. Caracterizó la labor compilatoria y precisó que el artículo 5 del Decreto 1512 de 1985 dispuso una retención en la fuente del 0,5% para otros ingresos, la cual fue incrementada al 3% con el artículo 1 del Decreto 2866 de 1991. Agregó que el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 excluyó de retenciones a las compras de oro y que el 29 de abril de 1994 la Sección Cuarta del Consejo de Estado anuló el artículo 1 del Decreto 2866, sin reemplazar el artículo 5 del Decreto 1512.

Mencionó que el artículo 3 del Decreto 1505 de 2011 adicionó un parágrafo al artículo 13 del Decreto 2076 estableciendo una excepción a la regla allí prevista, esto es, que los pagos o abonos en cuenta por concepto de compras de oro realizadas por las CI estarían sometidos a una tarifa de retención del 1%. Agregó que en el Decreto 1625 de 2016 se compiló solamente el parágrafo del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992, sin incluir el inciso primero de la norma compilada, sobre lo cual presentó cuadro comparativo y explicó que se compiló la conclusión de que solamente se aplicara la tarifa de retención en la fuente allí prevista a las compras de oro, siempre y cuando éstas las realice una CI.

Adujo que, a pesar de haberse ajustado la redacción de la norma, las demás compras no estaban sujetas a retención, de modo que no se creó, ni se derogó total o parcialmente la disposición, ni se alteró la regla general.

Observó que la nota del editor que aparece al final se incluyó en aplicación de los artículos 365 y 366 del Estatuto Tributario, dado que el Presidente puede establecer porcentajes de retención y sus tarifas, tal como ocurrió con las compras de oro realizadas por CI.

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE)

El apoderado del DAPRE adujo lo siguiente:[5]

Refirió los argumentos de fondo de la contestación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y planteó la excepción de indebida representación de la Nación, por cuanto la defensa del acto correspondía al ministro del ramo y no al DAPRE, ente que defiende los actos suscritos exclusivamente por el Presidente o en conjunto con el director del Departamento Administrativo.[6]

---

[4] Samai, índice 35.
[5] Samai, índice 46.
[6] La excepción fue resuelta mediante auto del 18 de diciembre de 2024, proferido por la Magistrada Ponente. Dicha providencia le halló la razón al demandante y adujo que la representación judicial de la Nación, en este caso, correspondía al Ministerio de Hacienda. Empero, advirtió que esta última entidad había sido vinculada al proceso y que no se había configurado la excepción de indebida representación, por lo que esta fue negada. Samai, índice 53.

Intervención

Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT)

En atención a la invitación de la magistrada ponente, el ICDT presentó concepto en el que instó a desestimar la nulidad del acto acusado, con fundamento en lo siguiente:[7]

Conceptualizó sobre la facultad reglamentaria y compilatoria y la falsa motivación y señaló que el Decreto 1625 de 2016 estableció una cláusula de derogatoria integral de todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria del sector Hacienda. Adujo que la demanda no pretendía retirar del ordenamiento la disposición compilada, sino cuestionar que se hubiera eliminado el inciso en cuestión y se hubiera hecho referencia a su pretendido decaimiento. Agregó que la anotación de vigencia no tiene fuerza vinculante y que se trata de una aclaración errada del recopilador. Por lo anterior, descartó la falsa motivación y precisó que el actor debió atacar la cláusula de derogatoria del Decreto.

Alegatos de conclusión

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.[8]

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión previa: falta de legitimación en la causa por pasiva

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 175 (parágrafo 2) y 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la falta de legitimación en la causa por pasiva puede ser decretada por el juez en la sentencia anticipada, en la medida en que se encuentre acreditada.

La Sección encuentra que, en la contestación a la demanda, el DAPRE adujo que la Presidencia de la República no expidió la normativa objeto de la presente demanda en forma exclusiva, sino en conjunto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con lo cual dicha entidad era la llamada a la defensa judicial del acto.

En cuanto a la legitimación en la causa, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que es «la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado.»[9]

Ahora bien, la Sección analizó los eventos en que el DAPRE está llamado a representar a la Nación en el auto del 4 de mayo de 2022[10], el cual fue reiterado por

---

7 Samai, índice 37.
8 Ver constancia en Samai, índice 70.
9 Autos del 20 de septiembre de 2017, exp. 22912, M.P. Milton Chaves García; y del 10 de mayo de 2023, exp. 25387, M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto
10 Auto del 4 de mayo de 2022, exp. 25083, M.P. Milton Chaves García.

el auto del 23 de agosto de 2023[11], en el que se concluyó que «la representación judicial de la Nación en los procesos contencioso administrativos solo puede recaer sobre el director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República cuando la controversia versa sobre actos administrativos que han sido suscritos exclusivamente por el presidente, pues de lo contrario, serán los ministros o directores de los departamentos administrativos, según el caso, los llamados a ejercer esta labor».

Así, debido a que la norma demandada fue suscrita por el Presidente de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es esta última entidad quien cuenta con legitimación en la causa por pasiva. En consecuencia, se declara probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto del DAPRE.

2. Problema jurídico

La Sección decide sobre la legalidad del artículo 1.2.4.6.9. del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016. En particular, corresponde determinar si el Gobierno Nacional: *i)* infringió las normas superiores al expedir el artículo 1.2.4.6.9. del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016 por alterar el contenido de la norma compilada (artículo 13 del Decreto 2076 de 1992); y *ii)* incurrió en falsa motivación al establecer en la nota del editor que el inciso primero de la norma compilada decayó con ocasión de la declaratoria de nulidad del artículo 1 del Decreto 2866 de 1991.

3. Análisis del caso concreto

El demandante cuestiona que el artículo 1.2.4.6.9. del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016[12] no hubiese incluido la exclusión de retención en la fuente prevista en el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992[13] para las compras de oro en general. Aduce que la nota del editor sustenta dicho hecho en el supuesto decaimiento de esta última norma, con ocasión de la declaratoria de nulidad del artículo 1 del Decreto 2866 de 1991 dispuesta mediante sentencia del 29 de abril de 1994, exp. 4015, M.P. Delio Gómez Leyva.

Alega que al no tener en cuenta la exclusión referida excede la facultad compilatoria del Presidente, quien carecía de potestad para eliminar dicha norma. Así mismo, sostiene que la nota del editor resulta contraria a derecho dado que cambia o deroga una disposición, sin que pueda evaluar el decaimiento o no de una norma. Por último, acusa al acto de estar falsamente motivado en la medida en que la nota del editor no refleja la realidad por cuanto la sentencia del Consejo de Estado anuló la tarifa de retención y no el concepto. Finaliza afirmando que la falta de aplicación de las normas genera retenciones que los contribuyentes no deben soportar y contingencias de fiscalización.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que el ejercicio de la facultad reglamentaria se ajustó a derecho y que la norma demandada no fue objeto de alteración pues solo se compiló el caso en el cual aplica la retención en la fuente para las compras de oro realizadas por una CI. Finalmente, explica que la nota del editor se incluyó en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Estatuto Tributario.

---

[11] Auto del 23 de agosto de 2023, exp. 27067, MP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello.
[12] ARTÍCULO 1.2.4.6.9. Retención en la fuente en la compra de oro por las sociedades de comercialización internacional. Las compras de oro efectuadas por las sociedades de comercialización internacional se encuentran sometidas a retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta a la tarifa del uno por ciento (1%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta. (Hoy en día 2,5% con el Decreto 572 de 2025)
[13] ARTICULO 13. LAS COMPRAS DE ORO ESTAN EXCLUIDAS DE RETENCION. Las compras de oro no se encuentran sometidas a la retención en la fuente de que trata el Decreto 2866 de 1991.

Para resolver, la Sección debe reiterar lo expuesto en la sentencia del 09 de septiembre de 2024, exp. 27894, M.P. Wilson Ramos Girón, en la que se analizó la evolución de la retención en la fuente aplicable a las compras de oro, a partir de lo dispuesto en los Decretos 2866 de 1991, 2076 de 1992, 1505 de 2011 y 1625 de 2016, y en la sentencia del 29 de abril de 1994, así como el estado actual de la exclusión originalmente prevista en el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992, en los siguientes términos:

> «En torno a las retenciones en la fuente, el artículo 365 del ET faculta al gobierno para adoptarlas «*con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto sobre la renta y sus complementarios*», para lo cual le ordena determinar «*los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y las tarifas del impuesto vigentes, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas, las cuales serán tenidas como buena cuenta o anticipo*». En línea con lo anterior, el artículo 366 *ibidem* prevé que la retención en la fuente solo puede establecerse respecto de «*los pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir ingreso tributario para el contribuyente del impuesto sobre la renta, que hagan las personas jurídicas y las sociedades de hecho*». Además, fija una tarifa de retención máxima del «*tres por ciento (3%) del respectivo pago o abono en cuenta*».
>
> En ejercicio de esa potestad, se expidió el Decreto 1512 de 1985. Dispuso el artículo 5.° que «*todos los pagos o abonos en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para quien los recibe, que efectúen las personas jurídicas y sociedades de hecho, por conceptos que a la fecha … no estuvieren sometidos a retención en la fuente, deberán someterse a una retención del medio por ciento (0.5%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta*». Mediante el Decreto 2866 de 1991 se incrementó esa tarifa de retención al 3% sobre el valor total del pago o abono en cuenta y se estableció como agentes retenedores a «*las personas naturales que tengan la calidad de comerciantes y que en el año inmediatamente anterior tuvieren un patrimonio bruto o unos ingresos brutos superiores a ciento sesenta y ocho millones ochocientos mil pesos ($168.800.000) de acuerdo al Artículo 368-2 del Estatuto Tributario*» (artículo 1.°). Posteriormente, el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992, excluyó de esa retención en la fuente a las compras de oro. Esa disposición expresamente señaló que «*las compras de oro no se encuentran sometidas a la retención en la fuente de que trata el Decreto 2866 de 1991*». En lo que respecta a la retención en la fuente prevista en el artículo 1.° del Decreto 2866 de 1991, esta Sección en la sentencia del 29 de abril de 1994 (exp. 4015, CP: Delio Gómez Leyva), concluyó que como aplicaba a «*los contribuyentes no declarantes, … el presidente, en ejercicio de la potestad reglamentaria, violó no solo el artículo 121 sino el 338 de la Constitución Nacional, toda vez que se arrogó atribuciones propias del legislador, en quien radica única y exclusivamente el poder impositivo*». Por tanto, declaró su nulidad.
>
> Para la Sala, contrariamente a lo señalado por la demandada, la declaratoria de nulidad del Decreto 2866 de 1991 no conllevó la pérdida de ejecutoriedad del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992, en los términos del artículo 91 del CPACA, porque el sustento normativo de esa disposición está previsto en los artículos 365 y siguientes del ET, que facultan al Gobierno para regular las retenciones en la fuente a título del impuesto sobre la renta, lo que incluye la potestad para exonerar algunos pagos o abonos en cuenta de estas. Así, aunque el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 se refirió al Decreto 2866 de 1991 (anulado por esta Sección), ello fue solo a efectos de identificar la tarifa de retención en la fuente cuya aplicación se excluyó con la exoneración ordenada para las compras de oro, pero no porque este último fuera su sustento jurídico. Como lo señaló la demandante, de ello da cuenta el artículo 3.° del Decreto 1505 de 2011 que adicionó un parágrafo al artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 para establecer que sí estarían sometidas a retención en la fuente las compras de oro que efectúen las sociedades de comercialización internacional, para lo cual se previó una tarifa especial del «*uno por ciento (1%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta*».
>
> Pese a lo anterior, en la codificación en el DUR del régimen de retenciones en la fuente aplicables a las compras de oro, se prescindió de incluir la exoneración que estaba prevista en el inciso primero del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992, pues en el artículo 1.2.4.6.9 únicamente quedó establecida la tarifa especial para las compras de oro efectuadas por las sociedades de comercialización internacional. En esa medida, le asiste razón a la autoridad de impuestos al indicar que esa exoneración quedó derogada tras la codificación de las disposiciones reglamentarias en materia tributaria. Esto es así porque el artículo 5.1.1 del DUR consagró una «*derogatoria integral*», en los siguientes términos:

> Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Hacienda que versen sobre las mismas materias, con excepción, exclusivamente, de las disposiciones aduaneras de carácter reglamentario vigentes, las normas estabilizadas, las disposiciones de periodo vigentes para el control y el cumplimiento de obligaciones tributarias, las disposiciones reglamentarias vigentes de las contribuciones, y las normas suspendidas provisionalmente que quedan sujetas a los fallos definitivos.
>
> Ahora bien, la falta de competencia del Gobierno y el estudio de legalidad respecto a las consideraciones que tuvo en cuenta para prescindir de la codificación de la exoneración de retención en la fuente para las compras de oro no puede ser objeto de pronunciamiento en el presente proceso, dado que los actos acusados corresponden a los oficios emitidos por la autoridad de impuestos, en los que se concluyó que esta había sido derogada, conforme a lo previsto en el artículo 5.1.1 citado. Por tanto, dado que la Sala comparte el planteamiento de la demandada según el cual la exoneración de retención en la fuente respecto a las compras de oro que estaba prevista en el inciso primero del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 fue excluida del ordenamiento jurídico por su falta de codificación en el DUR, carece de sustento jurídico el alegato de la demandante según el cual los usuarios industriales de zona franca no están obligados a practicar esa retención en las compras de oro, que se basó en la vigencia de esa disposición.»

De lo anterior, se establecen dos conclusiones para el presente caso: en primer lugar, que la declaratoria de nulidad del artículo 1 del Decreto 2866 de 1991 no conllevó a la pérdida de ejecutoria del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992, en la medida en que la remisión hecha por esta última norma a la anulada solo fue a efectos de identificar la tarifa de retención en la fuente aplicable, de forma que el Decreto 2866 no constituyó su sustento jurídico. En ese sentido, asiste razón al demandante cuando cuestiona la nota del editor que figura en el Decreto 1625 que establece lo siguiente: «(Artículo 13, Decreto 2076 de 1992. Inciso primero tiene decaimiento por la declaratoria de nulidad del artículo 1 del Decreto 2866 de 1991.(…)).», pues respecto del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 no operó el decaimiento por la nulidad del Decreto 2866 de 1991.

Y, en segundo lugar, respecto de la exclusión general de la retención en la fuente en compras de oro, la Sección en el precedente citado explicó que el Decreto demandado prescindió de incluirla, de manera que esta quedó derogada. Lo anterior, dado que la norma reglamentaria incorporó una cláusula de derogatoria integral en el artículo 5.1.1. que implica que todo aquello que no sea compilado se entiende automáticamente derogado. En ese sentido, al no incluirse la exoneración, esta perdió vigencia.

A partir de lo expuesto, se observa que la norma demandada incorporó la retención en la fuente aplicable a compras de oro por parte de CI proveniente del artículo 3 del Decreto 1505 de 2011[14]. Si bien la redacción acogida en el DUR es distinta, conserva identidad plena con lo dispuesto en el Decreto 1505, por lo cual no se excedió la potestad reglamentaria.

Ahora bien, frente al hecho de que no se hubiese incluido la exclusión general prevista en el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992, este hecho, por sí mismo, tampoco redunda en la violación del principio de legalidad ni en la alegada falta de competencia en la medida en que el propio Decreto Único contenía una cláusula de derogatoria integral que no fue controvertida por el demandante y que le permitía dejar por fuera de la compilación normas que se entenderían entonces derogadas.

[14] ARTÍCULO 3o. Adiciónase el artículo 13 del Decreto 2076 de 1992 con el siguiente parágrafo:
"Parágrafo. Lo previsto en el presente artículo no será aplicable cuando las compras las efectúe una sociedad de comercialización internacional, caso en el cual los pagos o abonos en cuenta están sometidos a retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta a la tarifa del uno por ciento (1%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta".

El actor no propone argumentos concretos contra dicha cláusula ni la demanda se dirige a controvertirla, así como tampoco cuestiona las consideraciones que pudo tener el ejecutivo para tomar tal decisión. En ese sentido, no se ha cuestionado la competencia respecto de la cláusula de derogatoria ni la legalidad de los eventuales motivos que pudo tener el ejecutivo para sacar de la compilación la regla general de exclusión de retención en la fuente para compras de oro.

A partir de lo anterior, es dable concluir que, como el demandante únicamente cuestiona que la compilación hubiese dejado por fuera la exclusión, no está probada la falta de competencia del ejecutivo para hacerlo por cuanto la cláusula de derogatoria integral lo permitía. Así, el reglamento demandado no excedió ni desbordó las facultades de compilación con que cuenta el Gobierno Nacional. En tal sentido, no es cierto que el hecho de no haber incorporado la exclusión imponga cargas que los contribuyentes no deban soportar ni generen contingencias de fiscalización como afirma el demandante. Por lo tanto, no prospera el cargo.

Ahora bien, respecto de la falsa motivación que alega el actor frente a la nota del editor, tal como lo señaló la jurisprudencia de esta Sección es cierto que no operó el fenómeno del decaimiento del artículo 13 del Decreto 2076 de 1992. No obstante, la nota en cuestión es una herramienta dirigida a aclarar o informar sobre la vigencia o modificaciones de una disposición concreta, sin que cumpla con los atributos de un acto administrativo susceptible de ser cuestionado mediante la acción de nulidad, razón por la cual no es posible acceder a la pretensión de nulidad planteada por el actor.

No obstante, la nota del editor del artículo 1.2.4.6.9. del DUR 1625 de 2016 se encuentra en el Sistema Único de Información Normativa del Estado Colombiano (SUIN – JURISCOL), plataforma digital oficial del Ministerio de Justicia, el cual se ha implementado en cumplimiento de sus funciones de conformidad con el artículo 18, numerales 1, 2, 3, 7 y 8 del Decreto 1427 de 2017, con el fin de que los ciudadanos puedan ubicar de forma rápida y gratuita normas de carácter general, con sus respectivas concordancias y afectaciones normativas y jurisprudenciales. Con el fin de dotar de seguridad y certeza jurídica al contribuyente, y a la ciudadanía en general, considerando las razones expuestas por la Sección frente a la no ocurrencia del fenómeno del decaimiento del artículo 13 del Decreto 2076, es preciso instar a la demandada a gestionar con la autoridad competente el ajuste respectivo.

4. Costas

Esta Sección no impondrá condena en costas porque en este proceso se ventiló un asunto de interés público, según lo prevé el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto del DAPRE**.**

2. **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

3. **INSTAR** al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a gestionar con la entidad competente la eliminación de la nota de editor del artículo 1.2.4.6.9. del DUR 1625 de 2016, en la parte correspondiente a «Inciso primero tiene decaimiento por la declaratoria de nulidad del artículo 1 del Decreto 2866 de 1991.», publicada en el Sistema Único de Información Normativa del Estado Colombiano (SUIN – JURISCOL).

4. Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO
Presidente

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN

(Firmado electrónicamente)
CLAUDIA RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ

Este documento fue firmado electrónicamente. Para comprobar su validez e integridad lo puede hacer a través de la siguiente dirección electrónica: https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador