|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Entidad originadora: | MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES | |
| Fecha (dd/mm/aa): | *Indique la fecha en que se presenta a Secretaría Jurídica de Presidencia* | |
| Proyecto de Decreto/Resolución: | Por el cual se subroga el título 16 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1078 de 2015 | |
| 1. **ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.**    1. **ANTECEDENTES**     La Ley 1819 de 2016, “*por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”,* a través del artículo 187, se adicionaron los numerales 23, 24, 25 y 26 al artículo 476 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), dentro de los cuales se atribuyeron las siguientes funciones al Ministerio de Tecnologías de la información:    *“(…)23. Los servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio TIC, prestados en Colombia o en el exterior. (…)*  *25. Adquisición de licencias de software para el desarrollo comercial de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio TIC. (…)”*    En ejercicio de las facultades conferidas en los numerales 23 y 25 del artículo 476 del Estatuto Tributario, se expidió el Decreto Reglamentario 1412 de 2017[[1]](#footnote-1), por medio del cual se adicionó el Título 16 a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1078 de 2015. El articulado del decreto (artículos2.2.16.1.2.2.16.2. y 2.2.16.3.) mencionado instituyó la definición de *contenido digital*y *software para el desarrollo de contenidos digitales,*así como la clasificación de software para el desarrollo de contenidos digitales y servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales. Adicionalmente, el artículo 2.2.16.4. ibidem previó el mecanismo de emisión de certificación por parte del MINTIC analizando el encuadramiento de un determinado software o curso virtual en los criterios establecidos en los artículos 2.2.16.1. al 2.2.16.3.    Posteriormente se sancionó la Ley 1943 de 2018, “*por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones.”,*modificándose el artículo 476 del Estatuto Tributario mediante su artículo 10, el cual dice:    *“Artículo 10. Modifíquese el artículo 476 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:*    *Artículo 476. Servicios excluidos del Impuesto a las Ventas (IVA). Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios y bienes relacionados: (…)*    *6.Los servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, prestados en Colombia o en el exterior. (…)*  *20. Adquisición de licencias de software para el desarrollo comercial de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones. (…)”*    Sobre lo dispuesto en el artículo citado debemos resaltar que las exclusiones y competencias asignadas al MINTIC, mediante los numerales 6 y 20, continuaron integras e incólumes frente a lo estipulado en los numerales 23 y 25 de la Ley 1819, salvo el cambio en la numeración    Atendiendo las competencias conferidas al MINTIC y la continuidad de los imperativos de los numerales 23 y 25 de la Ley 1819, se expidió el Decreto 1604 de 2019, por medio del cual se cambió únicamente la denominación delTítulo 16 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1078 de 2015, a *“TÍTULO 16 REGLAMENTACIÓN DE LOS NUMERALES 6 Y 20 DEL ARTÍCULO 476 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO*”    En consonancia con lo citado, la declaratoria de inexequibilidad establecida en el punto segundo, abarcó el artículo 10 en su completitud, dentro del cual se otorgaban las atribuciones al MINTIC de reglamentar los numerales 6 y 20.    **b. RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA PARA LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO.**    La declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1943 de 2018 mediante la sentencia C-491 de 2019, generó la perdida de fuerza ejecutoria y el decaimiento del Decreto 1604 de 2019, tal como se prevé en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, el cual refiere:    “*ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrio, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: (…)*    *2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (…)”*    En este sentido la honorable Corte Constitucional se pronunció sobre esta institución jurídica en la sentencia C-069 de 1995, así:    *“(…)cuando se declara la inexequibilidad de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexequibilidad del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo.(…)”*Subrayado fuera de texto.    Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció mediante sentencia del 29 de octubre de 2018 correspondiente al radicado 76001-23-33-007-2017-00666-01(62377), C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, refiriendo lo siguiente:    *“(…) El decaimiento de un acto administrativo se produce cuando los hechos o las disposiciones legales o reglamentarias en las cuales se sustenta o se fundamenta su expedición desaparecen del ordenamiento jurídico. Su consecuencia es que el acto que decae pierde su obligatoriedad y, por tanto, una vez que ocurre el decaimiento, el acto deja de producir efectos hacia el futuro13.*    *La jurisprudencia de esta Corporación14 ha señalado que "... todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico”; no obstante, también ha precisado que, de presentarse el decaimiento, éste sólo produce efectos hacia el futuro, en tanto la desaparición de su fundamento jurídico no afecta su validez, pues conserva su presunción de legalidad15. Así lo ha sostenido la Sección Primera de esta Corporación (se transcribe tal como está el original):*    *“En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexequibilidad de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho (…)"*Subrayado propio.    En este orden de ideas y consecuente con lo esbozado en el título de antecedentes, la modificación del artículo 476 del Estatuto Tributario realizada con la promulgación de la Ley 2010 de 2019, puntualmente en el artículo 11, deja sin bases y fundamento jurídico los decretos reglamentarios 1712 de 2017 y 1604 de 2019, lo anterior atendiendo que estos deja de producir efectos jurídicos al configurarse la desaparición del fundamento de derecho (artículo 187 de la Ley 1819 y artículo 10 de la Ley 1943 de 2019) que permitió.  Por otra parte, La ley 2277 de 2022, “por medio de la cual se adopta una reforma tributaria para la igualdad y la justicia social y se dictan otras disposiciones”, derogó parcialmente la Ley 1819 de 2016, pero dejo incólume lo establecido en el artículo 187, por lo que, continua el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con las precitadas atribuciones establecidas en ese cuerpo normativo.  Por lo anterior, es pertinente y conveniente subrogar[[2]](#footnote-2) el Título 16 a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto de 1078 de 2015, haciendo la reviviscencia del contenido existente en el título mencionado con el fundamento y las atribuciones establecidas en los numerales 6 y 20 del artículo 476 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 11 de la Ley 2010 de 2019. | | |
|  | | |
| 1. **AMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO**   El decreto va dirigido a todas las personas naturales y jurídicas que, en desarrollo de sus actividades económicas, adquieren licencias de software para el desarrollo comercial de contenidos digitales y presten servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales. | | |
| **3. VIABILIDAD JURÍDICA**  3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo  Las siguientes disposiciones normativas otorgan competencia al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para expedir el Decreto objeto de la presente memoria justificativa:  Numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, que otorga la potestad reglamentaria al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa de expedir los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes.  En ese mismo sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1005-2008 se ha pronunciado en este sentido, reiterando que: “…*la competencia reglamentaria se dirige a la producción de actos administrativos por medio de los cuales lo que se busca es convertir en realidad el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real. Así, la potestad reglamentaria se conecta, con la expedición de normas de carácter general - sean ellas decretos, resoluciones o circulares - imprescindibles para la cumplida ejecución de la ley…*”  Además, teniendo en cuenta que, el decreto otorga beneficios económicos, a personas naturales o jurídicas, la Corte Constitucional, en Sentencia de Constitucionalidad C-188-2022, define los criterios que orientan la distribución de competencias de regulación, cuando se trata de la intervención en la economía, reiterando los límites que la reserva democrática en materia de intervención económica le impone al Gobierno Nacional, y reitera: “…*La puesta en marcha de la Constitución Económica no queda entonces agotada con la actuación del Congreso. Allí donde este termina, el Gobierno Nacional -ahora en una posición subordinada- continúa la labor regulatoria. En efecto, "por mandato del 189-11 superior, el Ejecutivo puede intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus potestades reglamentaria y de inspección, vigilancia y control…*”  Artículo 7 de Ley 1341 de 2009, que establece el marco regulatorio para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), y señala en su que el Ministerio de las TIC es la entidad encargada de formular, adoptar, coordinar y orientar la política pública del sector de las TIC.  Artículo 2.1.1.2.3 del Decreto 1078 de 2015 que establece que el Ministerio de las TIC puede expedir actos administrativos de carácter general y particular para el cumplimiento de sus funciones y competencias, en el marco de la política pública del sector de las TIC.  Numerales 6 y 20 del Artículo 11 de la Ley 2010 de 2019, por medio del cual se modifica el artículo 476 del Estatuto Tributario, que otorgan, la función regulatoria, relacionada con servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales y software para el desarrollo comercial de contenidos digitales.  3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada  Numerales 6 y 20 del artículo 11 de Ley 2010 de 2019 se encuentra vigente (no ha sido derogado, modificado o declarado inexequible por la Corte Constitucional)  3.3. Disposiciones derogas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas  El presente decreto subroga el Título 16 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.  3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción).  El sistema tributario es uno de los instrumentos de que se sirve el Estado para justificar su existencia. Justamente, con las cargas que el régimen impositivo prevé, la Administración se hace a recursos destinados a garantizar el cumplimiento de sus fines esenciales, como lo son el aseguramiento de un orden político, económico y social justo y la efectivización de los principios, derechos y deberes constitucionales. En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia de Constitucionalidad C-161 de 2021, ha señalado que: “…*dentro de la amplia libertad de configuración que tiene el Legislativo en materia impositiva - libertad “bastante amplia y discrecional” o en cuyo desarrollo se goza de "la más amplia discrecionalidad"- el Congreso se encuentra facultado para establecer beneficios fiscales*.”  Así mismo, señala que: “…*los beneficios tributarios pueden estar inspirados en razones diferentes […] como: (i) la recuperación y desarrollo de áreas geográficas deprimidas por desastres naturales o provocados por el hombre, (ii) el fortalecimiento patrimonial de las empresas que ofrecen bienes o servicios de gran sensibilidad social, (iii) el incremento de la inversión en sectores vinculados a la generación de empleo masivo, (iv) la protección de ciertos ingresos laborales y de las prestaciones de la seguridad social, así como (v) una mejor redistribución de la renta global*…”  En este orden, para la Corte es claro que los beneficios tributarios son instrumentos fiscales con que cuenta la Administración para la promoción o protección de actividades, sectores o personas cuyo desarrollo o auxilio se estima como necesario o conveniente.  Teniendo en cuenta lo anterior, y que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han tenido un impacto significativo en el sector económico nacional de Colombia y en muchos otros países del mundo y se han convertido en un motor importante para el crecimiento y el desarrollo económico, gracias a su capacidad para mejorar la eficiencia y la productividad, es necesario, que desde el Gobierno, se impulse a las empresas que trabajan en este sector y se promueva su crecimiento y competitividad en un mercado globalizado.  Por otra parte, en análisis de constitucionalidad de la Ley 1943 de 2018, la Corte Constitucional profirió la sentencia de constitucionalidad C-481 de 2019, mediante la cual se resolvió lo siguiente:    *“PRIMERO. - Declararse INHIBIDA para decidir sobre la constitucionalidad del parágrafo tercero del artículo 50 (que adicionó el artículo 242-1 del Estatuto Tributario), del artículo 110, del inciso primero del artículo 114, y del inciso primero del artículo 115 de la Ley 1943 de 2018, “Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones”.*  *SEGUNDO. - Declarar INEXEQUIBLES los artículos de la Ley 1943 de 2018 no comprendidos en el resuelve anterior, por vicios de procedimiento en su formación.*    *TERCERO. - DISPONER que (i) la declaratoria de inexequibilidad prevista en el resolutivo segundo surtirá efectos a partir del primero (1º) de enero de dos mil veinte (2020), a fin de que el Congreso, dentro de la potestad de configuración que le es propia, expida el régimen que ratifique, derogue, modifique o subrogue los contenidos de la Ley 1943 de 2018; (ii) los efectos del presente fallo sólo se producirán hacia el futuro y, en consecuencia, en ningún caso afectarán las situaciones jurídicas consolidadas. (….)”* Subrayado fuera de texto.    En consonancia con lo citado, la declaratoria de inexequibilidad establecida en el punto segundo, abarcó el artículo 10 en su completitud, dentro del cual se otorgaban las atribuciones al MINTIC de reglamentar los numerales 6 y 20.    Así las cosas, la modulación de los efectos prevista en el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia C-481 de 2019, conllevó que el Congreso de la República promulgara Ley 2010 de 2019, “*Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley*[*1943*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1943_2018.html#INICIO)*de 2018 y se dictan otras disposiciones.”,*donde se reincorporó en el ordenamiento jurídico la modificación realizada al artículo 476 del Estatuto tributario a través del artículo 11, el cual reza:  *“ARTÍCULO 11. Modifíquese el artículo*[*476*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario_pr019.html#476)*del Estatuto Tributario, el cual quedará así:*  *Artículo*[*476*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario_pr019.html#476)*. Servicios excluidos del impuesto a las ventas -IVA. Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios y los bienes relacionados explícitamente a continuación: (…)*  *6. Los servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, prestados en Colombia o en el exterior. (…)*  *20. Adquisición de licencias de software para el desarrollo comercial de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones. (…)”*  En definitiva, el beneficio que se pretende otorgar es importante, porque fortalece a las empresas que trabajan en el sector de las TIC, generando nuevos empleos y dinamiza la economía nacional., por lo que se hace necesario materializar la ejecución de la Ley, con la expedición del presente Decreto.  3.5 Circunstancias jurídicas adicionales  No se presentan circunstancias adicionales. | | |
| 1. **IMPACTO ECONÓMICO** (Si se requiere)   En ese sentido el impacto económico es positivo debido a que los destinatarios de esta norma podrán solicitar la exclusión del Impuesto sobre las ventas (IVA) los servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales y la adquisición de licencias de software para el desarrollo comercial de contenidos digitales ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con el certificado expedido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. | | |
| 1. **VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL** (Si se requiere)   No aplica | | |
| 1. **IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN** (Si se requiere)   No aplica | | |
| 1. **ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO** (Si cuenta con ellos)   No Aplica | | |
| **ANEXOS:** | | |
| Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria  *(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)* | | *(Marque con una x)* |
| Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo  *(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)* | | *No aplica.* |
| Informe de observaciones y respuestas  *(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)* | | *(Marque con una x)* |
| Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio  *(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)* | | *X* |
| Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública  *(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)* | | *(Marque con una x)* |
| Registro de Reunión - Mesa Técnica para evaluar Trámite- Departamento Administrativo de la Función Pública y Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. | | *X* |

**Aprobó:**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**William Sánchez**

**Director de Economía Digital (E)**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Raúl Fernando Núñez Marín**

**Director Jurídico del MinTIC**

1. Decreto 1412 de 2017,” por el cual se establecen los criterios para el reconocimiento por el cual se adiciona el título 16 a la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del sector TIC, Decreto número 1078 de 2015, para reglamentarse los numerales 23 y 25 del artículo 476 del Estatuto Tributario.” [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-502 de 2012. M.P. ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO *“(…) una* ***subrogación****, entendida como el acto de sustituir una norma por otra. Es decir que no se trató propiamente de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hizo el artículo 202 del Decreto Ley 19 de 2012 fue poner un texto normativo en lugar de otro. 3.3. Ahora bien, como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas. Pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga. (…)”* Subrayado fuera de texto. [↑](#footnote-ref-2)