



Ignacio Sanín Bernal y Cia ABOGADOS

hora: 3:15 pm
demanda sin presentacion
Personas

Medellín, Febrero 13 de 2018

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref. Acción Pública de Inconstitucionalidad.
Demandante: Juan Esteban Sanín Gómez
Norma demandada: Ley 1819 de 2016, artículo 100 (parcial).

JUAN ESTEBAN SANÍN GÓMEZ, ciudadano colombiano, mayor de edad y residente en Medellín, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en nombre propio nombre presento la siguiente **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** en contra de la Ley 1819 de 2016, específicamente en contra de su artículo 100, el cual modifica el artículo 240 del Estatuto Tributario.

I. NORMA DEMANDADA:

Se demanda única y exclusivamente el aparte que aparece resaltado y en negrilla.

ARTÍCULO 100. Modifíquese el artículo 240 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

ARTÍCULO 240. TARIFA GENERAL PARA PERSONAS JURÍDICAS. <Artículo modificado por el artículo 100 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> La tarifa general del impuesto sobre la renta aplicable a las sociedades nacionales y sus asimiladas, los establecimientos permanentes de entidades del exterior y las personas jurídicas extranjeras o sin residencia obligadas a presentar la declaración anual del impuesto sobre la renta y complementarios, será del 33%.

DERECHO TRIBUTARIO, COMERCIAL, SOCIEDADES, INVERSIÓN EXTRANJERA, LABORAL, VISAS Y MIGRACIÓN

Calle SAN No. 6 A - 65, Oficina 1706, World Trade Center Pacific, Tel. (57-2) 350 89 26, Cali
Calle 5A No. 39-131, Torre 4, Piso 5, Edificio C. T. Corfin, Tel (57-4) 268 34 04, Medellín

NIT. 900.775.034-4

[...] *Parágrafo 3 Las personas jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que hayan accedido a la fecha de entrada en vigencia de esta ley al tratamiento previsto en la Ley 1429 de 2010 tendrán las siguientes reglas:*

6. El cambio en la composición accionaria de estas sociedades, con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, implica la pérdida del tratamiento preferencial y se someten a la tarifa general prevista en este artículo.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS:

La norma atacada plantea una restricción para conservar los beneficios fiscales de las empresas que hayan sido creadas al amparo de la ley 1429 de 2010 consistente en no poder darse ningún cambio "en la composición accionaria de estas sociedades con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley". Esta disposición resulta violatoria de los postulados constitucionales de la buena fe y de la libertad de empresa, por los argumentos que pasan a enunciarse a continuación:

En Sentencia C-667/2014 la Corte Constitucional estableció cual era el núcleo esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa. Indicó que, a partir de la Constitución de 1991, se introdujo un modelo de economía social que admite que la empresa es el motor del desarrollo económico de una sociedad, y por lo tanto restringe la injerencia del Estado en la misma única y exclusivamente para remediar las fallas de mercado y promover el desarrollo económico y social. Indica que si bien las libertades que se desprenden del derecho constitucional a la libre empresa (libertad de empresa y libre competencia) no son absolutas, "estas solo pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

En tal sentido indica la Corporación que:

"cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. (...)

Respecto de cómo evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que limita las libertades económicas, la Corte ha indicado que: en primer lugar, el Legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o el bien que producen o distribuyen, etc.; y en segundo lugar, se apela al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido. (...)

Concluye la Corte sobre el derecho a la libertad de empresa que:

"Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.

Ahora bien, aterrizando ello al caso concreto tenemos una situación en la cual el legislador establece que, en caso de modificarse la composición accionaria de la sociedad que se haya acogido a la ley 1429 de 2010, y que por lo tanto tenga, bajo la ley 1819 de 2016 un régimen de transición fiscal más benéfico, esta perdería –inmediatamente– sus beneficios adquiridos bajo el imperio de dicha ley. Y lo hace el legislador sin indicar que ha de entenderse por "cambio de composición accionaria"; acaso un "cambio de composición accionaria" se da cuando entre un nuevo socio o accionista a hacer parte de la empresa? O quiere decir ello, que haya un cambio en el control de la misma? Se prohíbe con ello el derecho de las sociedades a capitalizarse y fortalecerse patrimonialmente mediante la emisión de nuevas acciones lo cual lógicamente habrá de representar un cambio en la composición accionaria de la empresa (y de entenderse esto último así, habrían necesariamente que recurrir las empresas al endeudamiento como única fuente de financiación)? Se entiende por cambio en la composición accionaria el hecho de que un mismo socio pueda tener más acciones de la compañía sin variar su porcentaje accionario (como sucede en las S.A.S. unipersonales cuando el único accionista decide capitalizar la compañía liberando más acciones pero conservando su participación porcentual en el capital)? O habría un cambio de composición accionaria penalizable cuando un accionista fallezca y su participación, por Ministerio de la Ley, pase a ser de sus herederos?

Se impone pues una medida que claramente atenta contra el principio de libertad de empresa, que no obedece a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y que transgrede frontalmente el núcleo esencial de tal derecho constitucional toda vez que el mismo implica "la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión". De igual forma, resulta discriminatoria la medida por cuanto tendería a favorecer a empresarios que no requiriesen la incorporación de socios nuevos para adelantar sus negocios (y que por ende no tuvieran que democratizar su participación accionaria) frente a aquellos que si tuvieran que considerar esa opción para no tener que recurrir necesariamente a la opción de financiarse con créditos

bancarios, los cuales, además de ser exageradamente costosos para una PYME iniciando su vida empresarial, podrían (los intereses pagados por estos) no ser deducibles si se hacen en virtud de deudas que superen 3 veces el patrimonio líquido de las mismas (regla de subcapitalización, art. 118-1 del E.T.).

Por último, la norma atacada resulta violatoria del principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política toda vez que presume, de derecho, que cualquier "cambio en la composición accionaria" es producto de una transacción defraudatoria de los fines del fisco. Desconoce esta norma que las pequeñas empresas, en su lucha por sobrevivir en un mercado predatorio, han necesariamente de recurrir a dos fuentes de financiación; la financiación por deuda y la financiación por patrimonio. En la financiación por deuda, las mismas se ven abocadas a tener que mostrar ingresos ante las entidades financieras para poder ser sujetos de crédito, cosa que es difícil dado que precisamente el crédito se busca para procurar poder entrar a ser parte del mercado. Así mismo, se ven abocadas a pagar tasas de interés que impiden que su negocio pueda tener una rentabilidad lo suficientemente interesante como para justificar ser parte del mercado. Otra opción, como se mencionó es la financiación patrimonial, y es que las pequeñas empresas, haciendo uso de los mecanismos de reorganización establecidos por la ley, que benefician las reorganizaciones y capitalizaciones externas (art. 319 y ss. del ET), busquen atraer nuevos socios o accionistas que inyecten recursos frescos a la empresa para poder esta desarrollarse y servir de motor de crecimiento para la sociedad. Así mismo, de conservarse la norma atacada, se vería truncada la posibilidad de democratizar la participación accionaria de las empresas, haciendo que los empleados puedan entrar a ser parte de la misma, tal como lo estableció, en su artículo 41 la reforma laboral de 2002 (Ley 789/2002) y lo cual responde al mandato constitucional establecido en el artículo 57 de la Constitución Nacional, según el cual "La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas".

Por lo antes expuesto, solicito sea declarada inexecutable la norma atacada o, en su defecto, mediante Sentencia se modulen los efectos de que significa "cambiar la composición accionaria".

III. CONCEPTO DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO TRIBUTARIO (ICDT):

Por solicitud de la Corte Constitucional, en el marco del proceso de constitucionalidad D-11908 de 2017, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) emitió un concepto con fecha del 30 de marzo de 2017, en el cual considera que la norma acusada es inconstitucional.

"Fundamentos de la demanda:

A juicio del demandante, la disposición acusada viola el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la (C.P.), por presumir de derecho que el cambio

en la composición accionaria de estas sociedades tiene fines defraudatorios contra el fisco. Considera además que se viola la libertad de empresa establecida en el artículo 333 de la C.P., por prohibir a estas sociedades el derecho a capitalizarse y a fortalecerse patrimonialmente. Finalmente sugiere que la disposición acusada es ser (sic) contraria a la democratización de las empresas (artículo 57 de la C.P.).

Concepto del ICDT

Violación del principio de buena fe (artículo 83 de C.P.)

Considera el ICDT que la disposición acusada es inconstitucional. En tal efecto, la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares a las autoridades públicas sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta (vir bonus)". La buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada".

En materia tributaria, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el principio de buena fe no es absoluto y cuando ha entrado en conflicto con el principio de eficiencia, en algunos casos se ha dado prelación a este último. En este sentido, la Corte ha considerado que el artículo 83 de C.P. no establece una prohibición para el legislador que le impida fijar los correctivos necesarios para evitar conductas abusivas del contribuyente, sin que ello implique presumir la mala fe. Este razonamiento llevó a la Corte a declarar la exequibilidad de disposiciones tales como aquella que limitaba parcialmente la deducibilidad de los pagos en efectivo, la norma de subcapitalización o el impuesto de normalización tributaria, cuando se ha alegado este cargo.

En el presente caso, la norma acusada pareciera tener un propósito anti-abuso, puesto que asume que, los beneficios tributarios de las sociedades constituidas al amparo de la Ley 1429 de 2010 fueron eliminados a futuro por la Ley 1819 de 2016 para nuevas compañías, una forma de extender dichos beneficios en el tiempo, podría ser transfiriendo las acciones de dichas sociedades para incluir nuevos socios que puedan acceder a dicho tratamiento preferencial. También pareciera partir del supuesto de que al transferir las acciones, de alguna manera se puede enajenar una sociedad que cuenta con un beneficio muy importante.

No obstante, incluir nuevos accionistas no es incompatible con el propósito originario de la Ley 1429 de 2010, que es fomentar el empleo, objetivo que en últimas es el que protege con la progresividad de la tarifa de impuesto de renta prevista en dicha norma. En ese caso, los requisitos para acceder a los beneficios de la progresividad de la Ley 1429 de 2010 no se predicán de los accionistas involucrados, sino de las sociedades respectivas. Por ellos, no es razonable limitar todas las posibles transacciones de las acciones de estas sociedades beneficiadas, para evitar que algunos sujetos supuestamente quieran extender el beneficio a nuevos accionistas, si las sociedades en cuestión cumplen con los requisitos para continuar gozando el beneficio.

En consecuencia, en este caso la norma no actúa como correctivo para posibles conductas abusivas del contribuyente, como señala la jurisprudencia de la Corte, en la medida en que es de las sociedades de las que se predica el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios de la Ley 1429 y por lo tanto, la norma acusada podría desvirtuar transacciones legítimas.

En la medida en que la norma no previene posibles abusos del contribuyente, no se configura la excepción al principio de buena fe y por lo tanto, debe declararse que la norma acusada sí viola dicho principio constitucional, por presumir la mala fe del contribuyente en todas las transferencias de las acciones de las sociedades en cuestión, lo que implica la inconstitucionalidad del precepto demandado.

Violación a la libertad de empresa

La jurisprudencia de la Corte ha afirmado que esta libertad comprende, entre otras garantías, la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión y el derecho a la libre iniciativa privada.

Adicionalmente, la Corte ha señalado que en relación con los límites de la libertad de empresa, deben satisfacerse cinco requisitos: (i) el límite debe ser impuesto por la ley; (ii) el límite no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) el límite debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que lo justifiquen; (iv) el límite debe obedecer al principio de solidaridad; y (v) el límite debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el caso concreto, la limitación acusada, que considera que las enajenaciones de las acciones de las sociedades de primer empleo las hacen perder los beneficios tributarios respectivos, no obedece a motivos adecuados y suficientes que la justifiquen, puesto que como se expuso, en este caso se presume que dichas transacciones pretenden extender el beneficio ilegítimamente, cuando en realidad, si las sociedades en cuestión cumplen con los requisitos de ley para continuar gozando de la progresividad, ello no afecta las transacciones que ocurran entre accionistas.

Conclusión

En este caso el límite no obedece al principio de solidaridad, ni es razonable o proporcionado, puesto que limita sin justificación alguna las operaciones válidas entre accionistas de este tipo de sociedades. Igualmente, considera el ICDT que la disposición acusada también viola la libertad de empresa y la iniciativa privada".

IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1052 de 2001 del 4 de octubre de 2001, con M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa, este cargo cumple con los presupuestos para ser objeto de la acción de constitucionalidad incoada, ya que el cargo formulado es:

Claro, ya que la norma demandada vulnera las siguientes disposiciones, así:

- a) **Principio de Buena Fe:** La disposición acusada vulnera el principio de buena fe, consagrado en el artículo 83 de nuestra Constitución Política (C.P.). Ello en razón a la presunción de que cuando en una sociedad beneficiaria de la progresividad en el impuesto sobre la renta y complementarios se hace un "cambio en la composición accionaria", se hace porque se tienen intenciones ilegítimas e ilegales. Desconoce la disposición impugnada que también pueden darse "cambios en la composición accionaria" por capitalizaciones de los socios o de terceras personas encaminadas a fortalecer el patrimonio de la sociedad, o cambios en la composición accionaria que operan por Ministerio de la Ley, tal como es el caso de la transferencia de acciones por sucesión por causa de muerte de un socio o accionista de la compañía, o cuando la transferencia de las acciones, y por ende el cambio en la composición accionaria, se hace por liquidación judicial de uno de los socios o accionistas de la empresa, o en virtud de una liquidación de una sociedad conyugal de uno de los accionistas, entre muchos otros supuestos.

En sentencias como la C-527 de 2013, la Corte ha indicado que el principio de la buena fe *"incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí"*¹. Así las cosas, no es posible que la Corte admita la existencia constitucional de una norma que claramente presume la mala fe de los contribuyentes.

- b) **Principio de Libertad de Empresa:** La norma atacada vulnera la libertad de empresa establecida en el artículo 333 de la C.P., en la razón a la prohibición que se le hace a estas sociedades, limitación que muchas veces es ajena a su propia actuación pues recae en sus accionistas. Es decir, se limita su derecho a capitalizarse y a fortalecerse patrimonialmente, y penaliza a la sociedad por los hechos y actos de sus accionistas, los cuales son sujetos de derecho diferentes a esta, penalizando a la sociedad con la pérdida de los beneficios tributarios.

En la Sentencia C-263 de 2011, la Corte expresó que la libertad de empresa comprende la libertad contractual, es decir, se refiere entonces la Corte a

¹ Corte Constitucional; Sentencia C-527 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

la capacidad que tienen las empresas de celebrar acuerdos tendientes al desarrollo de la actividad económica, y la libre iniciativa privada. En esencia, las empresas colombianas tienen la completa libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en sus asuntos internos como la organización empresarial y los métodos de gestión y el derecho a la libre iniciativa privada².

En la mencionada sentencia, la Corte ha señalado, que para establecer límites a la libertad de empresa deben cumplirse con cinco parámetros, así: "(i) el límite debe ser impuesto por la ley; (ii) el límite no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) el límite debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que lo justifiquen; (iv) el límite debe obedecer al principio de solidaridad; y (v) el límite debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

Para el caso, la norma acusada no obedece al parámetro referente a que el límite debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que lo justifiquen, en razón a que dicha norma considera que las sociedades beneficiarias del régimen tributario de la Ley 1429 de 2010, que hagan cambios en su composición accionaria no podrán disfrutar de los beneficios tributarios que otorga la mencionada Ley, puesto se presume que dichas transacciones pretenden extender el beneficio ilegítimamente. Lo anterior aun cuando dichas sociedades cumplen con los requisitos de ley para continuar gozando de los beneficios fiscales mencionados.

La misma sentencia consagra que el límite no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa y el núcleo esencial de la empresa entre otras cosas, no es más que la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión. En tal sentido, la norma acusada, contraviene abiertamente las formas de limitación consagradas en la C.P. en lo referente a las libertades citadas.

Cierto; Del texto del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016, el cual modificó el artículo 240 del Estatuto Tributario, se desprende con claridad la prohibición de hacer cambios en la composición accionaria de una compañía beneficiaria de la Ley 1429 de 2010, prohibición que va en contravía de las disposiciones constitucionales como ya fue esbozado anteriormente y por esto no puede gozar de amparo constitucional.

Específico, pues se basa en considerar inconstitucionalmente aceptable, de acuerdo con la norma invocada, la prohibición a las sociedades beneficiarias de la Ley 1429 de 2010 de generar cambios en su composición accionaria.

Pertinente, ya que el presente cargo es un argumento de orden Constitucional, fundado en las garantías otorgadas por el artículo 2 de la C.P. (fines esenciales del Estado). Así mismo, es pertinente el cargo pues vulnera los principios

² Corte Constitucional; Sentencia C-263 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

constitucionales de la buena fe, la confianza legítima, la libertad de empresa, entre otros ya citados.

Suficiente, teniendo en cuenta que para su decisión la Corte Constitucional debe decidir si se justifica, bajo la norma invocada en este cargo, la prohibición a las sociedades beneficiarias de la Ley 1429 de 2010 de generar cambios en su composición accionaria, ya que con la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, tal cambio significa la pérdida del tratamiento preferencial tributario.

Es menester recordar que la intervención del Estado en la economía tiene como finalidad la conciliación de los intereses privados de la actividad empresarial con el interés general, comprendido este como la idea del buen funcionamiento de los mercados para lograr la efectiva satisfacción de las necesidades de la ciudadanía bajo parámetros de equidad. En tal sentido, procura el Estado con esto conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los mismos ciudadanos³.

Es evidente que la vulneración generada por esta norma se corregiría al declarar la inconstitucional el numeral 6 del artículo 240 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 100 de la Ley 1819 de 2016, con lo cual se reestablecen los principios de libertad de empresa y buena fe.

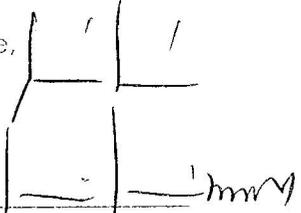
IV. COMPETENCIA:

Es competente la Corte Constitucional para conocer esta demanda, en virtud de lo establecido en el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

V. NOTIFICACIONES:

Las notificaciones las recibiré en la siguiente dirección:

Calle 5 A # 39 - 131 torre 4 piso 5 Medellín, Antioquia.

Atentamente,

Juan Esteban Sanín Gómez
C.C. 71.334.897

³ Corte Constitucional; Sentencia C-263 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

