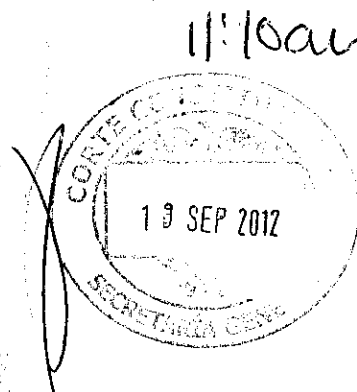


D-9314.

Honorables
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
 E. S. D.

Ref.: Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, por la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad.

IVAN ALEXANDER VILLAMIZAR MORA, Mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 79-563.011 de Bogotá, y **JOSÉ FERNANDO GÓMEZ CATAÑO**, identificado con la cédula de ciudadanía número 89.003.254 de Armenia (Q), de manera respetuosa nos dirigimos a Ustedes con el fin de interponer la presente acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, por la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad.

I. Normas demandadas

A continuación se transcriben las normas demandadas:

LEY 1430 DE 2010

(diciembre 29)

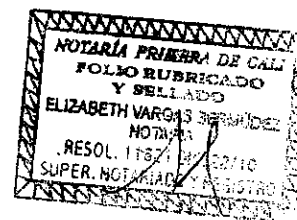
Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad.

ARTÍCULO 26. MEDIOS DE PAGO PARA EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN DE COSTOS, DEDUCCIONES, PASIVOS E IMPUESTOS DESCONTABLES. Se adiciona el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

Artículo 771-5. *Medios de pago para efectos de la aceptación de costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables.* Para efectos de su reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, los pagos que efectúen los contribuyentes o responsables deberán realizarse mediante alguno de los siguientes medios de pago: Depósitos en



cuentas bancarias, giros o transferencias bancarias, cheques girados al primer beneficiario, tarjetas de crédito, tarjetas débito u otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago en la forma y condiciones que autorice el Gobierno Nacional.

Lo dispuesto en el presente artículo no impide el reconocimiento fiscal de los pagos en especie ni la utilización de los demás modos de extinción de las obligaciones distintos al pago, previstos en el artículo [REDACTED] del Código Civil y demás normas concordantes.

Así mismo, lo dispuesto en el presente artículo solo tiene efectos fiscales y se entiende sin perjuicio de la validez del efectivo como medio de pago legítimo y con poder liberatorio ilimitado, de conformidad con el artículo [REDACTED] de la Ley 31 de 1992.

PARÁGRAFO. Podrán tener reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, los pagos en efectivo que efectúen los contribuyentes o responsables, independientemente del número de pagos que se realicen durante el año, así:

- En el primer año, el menor entre el ochenta y cinco por ciento (85%) de lo pagado o cien mil (100.000) UVT, o el cincuenta por ciento (50%) de los costos y deducciones totales.
- En el segundo año, el menor entre el setenta por ciento (70%) de lo pagado u ochenta mil (80.000) UVT, o el cuarenta y cinco por ciento (45%) de los costos y deducciones totales.
- En el tercer año, el menor entre el cincuenta y cinco por ciento (55%) de lo pagado o sesenta mil (60.000) UVT, o el cuarenta por ciento (40%) de los costos y deducciones totales.

A partir del cuarto año, el menor entre cuarenta por ciento (40%) de lo pagado o cuarenta mil (40.000) UVT, o el treinta y cinco por ciento (35%) de los costos y deducciones totales.

Esta gradualidad prevista en el presente artículo empieza su aplicación a partir del año gravable 2014.

III. Normas constitucionales infringidas

Las normas constitucionales infringidas por los artículos demandados es la siguiente:



1. ARTICULO 333. La actividad económica La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

IV. Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Nacional.¹ La norma que se demanda tiene fuerza de ley, tanto desde el punto de vista material como formal, puesto que fue expedida por el Congreso Nacional, tal y como consta en el Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011.

V. Cargos de inconstitucionalidad

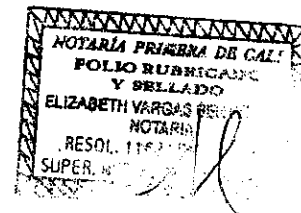
1. Violación del artículo 333 de la Constitución Política

El artículo 333 de la Constitución Política señala que el Estado deberá garantizar la libertad económica y de empresa fijando límites a su alcance cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Las normas demandadas violan estos mandatos porque limitan el ejercicio de las libertades económicas y de empresa, cuando se obstaculiza la manera como se

¹ ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.



ejerce una actividad profesión u oficio al exigirse de determinada manera la forma de efectuar pagos en desarrollo de las mismas para obtener un beneficio tributario. Para sustentar esta afirmación, en primer lugar se expondrán las normas de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que definen los criterios de la libertad económica y de empresa, así mismo los requisitos que deben cumplir las normas que limitan su ejercicio, para luego analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Ley 1430 de 2010.

1.1. El principio de la Libertad Económica

ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO

Una *economía de mercado* es aquella en la cual los individuos y las empresas privadas toman las decisiones relacionadas con la producción y el consumo. El sistema de mercado determina el qué el cómo y el para quien. Mercado: Conjunto de compradores y vendedores que a través de sus interacciones determinan el precio de un producto.

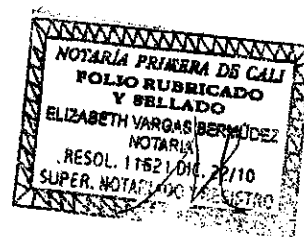
Los recursos humanos, naturales y de capital (p. ej. equipamiento y edificios), y los bienes y servicios producidos en la economía son principalmente propiedad de las personas y de las instituciones privadas en vez del gobierno. Esta propiedad privada combinada con la libertad para negociar permite a las personas, dentro de límites muy anchos, obtener y usar los recursos cuando ellos así lo eligen.

Los empresarios privados son libres de obtener y organizar los recursos para producir bienes y servicios y venderlos en los mercados de sus preferencias. Los consumidores son libres para comprar la colección de bienes y servicios que mejor satisfacen sus necesidades económicas.

La Constitución de 1991 al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social y por esta vía se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (C-865 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Sobre el particular el Dr. Julio Silva Colmenares en su obra **LA ECONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN DEL 91**, nos enseña que

En el primer epígrafe señalamos que lo esencial de la concepción sobre la libertad económica está en el artículo 333. Pero este mismo artículo «redondea», «moderniza» la idea y señala que tal libertad debe darse en un

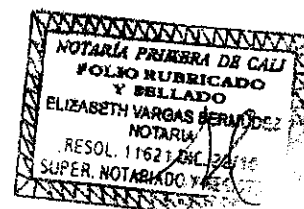


mercado de libre competencia, partiendo del supuesto implícito de que los monopolios o la «competencia monopolística u oligopólica» son la negación -- como punto inicial o resultado-- de la competencia verdadera. En consecuencia, la parte final del citado artículo determina que **el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, al tiempo que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.** Y también el final del artículo 334 determina que uno de los objetivos de la intervención estatal en la economía **es promover la productividad y la competitividad**

(.....)

Todo lo anterior nos lleva a decir que no sólo la Asamblea Constituyente fue reflejo de nuestra compleja y contradictoria sociedad, sino que la propia Constitución del 91 incorpora diversidad de intereses sociales y de concepciones sobre la actual y futura organización política y socioeconómica de Colombia. Y tenía que ser así, pues la política, con su máxima expresión en el Estado, no puede entenderse hoy como la «hegemonía vulgar» de una clase o de estrechos grupos sociales --forma que fracasó en los países del socialismo burocratizado y que se viene modificando en el propio capitalismo-- , sino como la ciencia y el arte del compromiso social alrededor de intereses concretos. Intereses que pueden ser contradictorios en un primer momento pero no antagónicos, de manera irreductible, en el mediano y largo plazo o cuando están de por medio los valores supremos del ser humano. Intereses, por tanto, que tienen que materializarse en propuestas económicas, sociales y políticas así mismo concretas, en una nueva concepción y modo de desarrollo.

Por tanto, si la política es el arte y la ciencia del compromiso social alrededor de los intereses válidos de los diferentes grupos sociales, entonces la actividad económica y social es el escenario para su realización y el Estado el garante de tal compromiso. Todo indica que cada vez los seres humanos se unen menos alrededor de ideologías y más en torno a sus intereses concretos, tanto materiales como sociales y espirituales. La Constitución de 1991 es, sin duda, un compromiso entre diversas cosmovisiones que hace que el Estado Social de Derecho sea la etapa superior, por transformación dialéctica, del Estado de Derecho positivo y cuya razón de ser y finalidad, más allá de las normas y las instituciones jurídicas, es el desarrollo humano. En ese sentido, esas coordenadas deben ser las que orienten a Colombia en el comienzo del tercer milenio hacia un modo de desarrollo humano en condiciones de libertad y felicidad, asentado en la tríada de un Estado



ILICA
OMBIA

comunitario y estratega, un mercado abierto y democrático y una solidaridad social eficaz y sostenible.

RMÚDELO

TRA

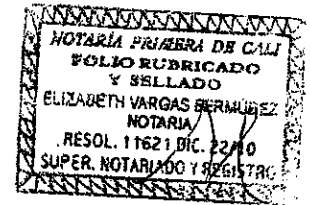
se debe olvidar que en dentro de un sistema económico como el nuestro la función económica del Estado desde el punto de vista modernos tiene como funciones principales: la asignación de recursos, la estabilización de la actividad económica y la distribución del ingreso, solo mediante el cumplimiento de esta lograra: 1) el crecimiento económico 2) el pleno empleo 3) La estabilidad de precios 4) la distribución de la renta y la riqueza 5) el equilibrio de la balanza de pagos

La intervención del Estado en la economía busca conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad y con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa)

Dicha actividad la desarrolla el individuo libremente a través de la empresa, entendiéndose esta como aquella organización cuyo objetivo es la consecución de un beneficio a través de la satisfacción de una necesidad de mercado. La satisfacción de las necesidades que plantea el mercado se concreta en el ofrecimiento de productos (empresa agrícola o sector primario, industrial o sector secundario, servicios o sector terciario), con la contraprestación de un precio.

1.2. Límites a la Libertad Económica

En el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad. Se reconocen dos tipos de libertades económicas: la libertad de empresa y la libre competencia. Si bien las libertades económicas no son absolutas, éstas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, 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.



La razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad. Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho penal conocido como la "prohibición de exceso"

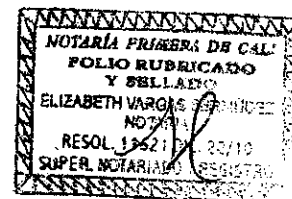
Una decisión es irrazonable, en términos amplios, cuando no respeta los principios de la lógica formal; contiene apreciaciones dogmáticas o proposiciones sin ninguna conexión con el caso; no es clara respecto a qué decide, por qué decide y contra quién decide; no se funda en los hechos expuestos, en las pruebas aportadas, así como en las normas o los principios jurídicos; y, en general, cuando contiene errores de juicio o de procedimiento que cambian los parámetros y el resultado de la decisión.

El principio de razonabilidad es un principio general del derecho. Esto significa, en primer lugar, que goza de juridicidad: es obligatorio en la aplicación del derecho en general. En otras palabras, el operador jurídico debe buscar la maximización de la razonabilidad ya sea en la sanción de cualquier acto normativo, en la interpretación, en su aplicación y control. En segundo lugar, significa que forma parte del ordenamiento jurídico independientemente de que sea o no declarado en forma expresa

Para la comprensión de la noción de razonabilidad se debe partir de dos premisas básicas: la primera es que el derecho es una herramienta fundamental de los hombres para la ordenación de la vida social. La segunda premisa es que el derecho busca cumplir un fin que, bien puede decirse, es lograr relaciones justas entre los hombres: el logro de la justicia y el bien común

La razonabilidad actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico. Cuando el legislador sanciona una norma, cuando el juez dicta una sentencia, o el administrador emite un acto administrativo, se busca en todos los casos generar los medios necesarios para lograr una finalidad querida. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica aparece generalmente más de una alternativa frente a una misma finalidad. Cuando la norma sea razonable, no sólo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, sólo así podrá considerarse que es "derecho" y así, justa.

La razonabilidad opera como un criterio que permite arribar a una solución justa dentro del derecho, ya sea una solución normativa, una solución en un proceso contencioso, etc. Esta solución justa exige que sea humana, no violenta, no arbitraria: de algún modo, conforme a ciertas razones. De este modo, desde un primer plano, la razonabilidad es un factor que legitima el derecho. Al exigir la razonabilidad del ordenamiento jurídico, se busca el mayor grado de concreción



de razonabilidad, minimizando la arbitrariedad y procurando una armonización con otros principios u otros derechos fundamentales.

El análisis de la validez constitucional de una norma no puede limitarse a un mero control de conformidad con las reglas formales o adjetivas, es necesario que también la materia que efectivamente se regula sea conforme a la Constitución. Es por ello que, en segundo lugar, es necesario un control de constitucionalidad con un sesgo sustantivo. El control sobre el contenido o la sustancia de una norma se hace teniendo en consideración la finalidad o finalidades de ésta, y los medios empleados, y analizando la relación entre unos y otros, y su conformidad con la Constitución. Este control se conoce como la exigencia de la razonabilidad o proporcionalidad de las leyes

El principio de proporcionalidad ha sido definido como: el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser "susceptible" de alcanzar la finalidad perseguida, "necesaria" o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles) y "proporcional" en sentido estricto, es decir, "ponderada" o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades

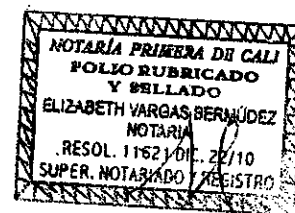
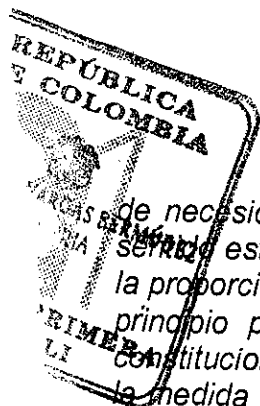
Sobre el particular el Dr. Sapag Mariano A, llevo a cabo un estudio comparado denominado EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO LIMITE CONSTITUCIONAL AL PODER DE ESTADO, 2008, Universidad de la sabana, y en el cual hace un estudio profundo e histórico de los mecanismos tanto Europeos como estadounidense, que se deben tener en cuenta para un estudio de razonabilidad y proporcionalidad, señala:

" Los juicios del control de razonabilidad pueden ser desglosados en siete preguntas que el operador jurídico se debe plantear:

- a) *¿Cuáles son las finalidades mediatas e inmediatas de la norma?*
- b) *La finalidad, ¿es constitucional?*
- c) *La finalidad, ¿es socialmente relevante?*
- d) *¿Es adecuado el medio empleado?*
- e) *¿Es necesario, o indispensable, el medio empleado?*
- f) *¿Es proporcionada la medida con respecto a los fines?*
- g) *¿Respeto el contenido esencial de los derechos en juego? "*

De igual manera en relación con el principio de la proporcionalidad indicó:

"De este modo, son tres subprincipios los que se derivan de la máxima de proporcionalidad: el subprincipio de idoneidad o adecuación, el subprincipio



de necesidad o indispensabilidad, y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de tres aspectos conforme a los cuales se compara la proporción existente entre el principio protegido por el medio arbitrado y el principio protegido por la finalidad querida. En definitiva, se controla la constitucionalidad de los actos de gobierno sobre la base de un análisis entre la medida y los fines pretendidos o, Dicho de otro modo, entre los costos y los beneficios de una medida. El primer subprincipio exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la finalidad legítima perseguida. El subprincipio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos "restrictivo" sobre el derecho fundamental en juego. Por último, mediante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las ventajas y los sacrificios de la medida⁶⁵. Estos subprincipios se aplican de una manera sucesiva y escalonada, de modo que si no se logra atravesar uno de ellos, la norma debe ser declarada inconstitucional "

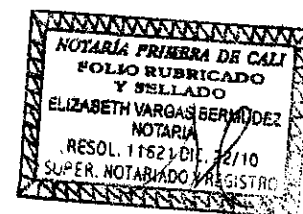
Es de anotar que la misma Corte Constitucional En la sentencia C-372 de 2011, recordó con fundamento en la doctrina y en fallos de esta Corporación, la existencia de dichos enfoques para el examen de la razonabilidad de una medida que introduzca límites a uno o varios derechos fundamentales o a principios de la misma naturaleza: el europeo y el estadounidense, los cuales se estructuran de forma diversa.

El principio de la libertad de empresa ha sido definido por la Corte sentencia C-263 de 2011 Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vista a la obtención de un beneficio o ganancia. La libertad de empresa no ha sido reconocida como un derecho fundamental ni como un derecho absoluto, puesto que la Carta del 91, además de otorgarle una función social que implica obligaciones, le ha fijado límites concretos como el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Sin embargo las libertades económicas no son absolutas, El Estado está facultado para imponer límites a dichas actividades en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común.

Ahora bien, el instrumento idóneo que le permite al Estado intervenir o regular las actividades económicas es la Ley, es así como la Corte en Sentencia C-197/12 ha señalado:

"(...)



4.4. Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. **En primer lugar**, en virtud de los principios democrático y *pro libertate*, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, **es una materia sujeta a reserva de ley**, de ahí que el artículo 333 de la Constitución prevé que para el ejercicio de las libertades económicas "nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, **sin autorización de la ley**" y que "la ley delimitará el alcance de la libertad económica".^[26] Esto significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas.^[27]

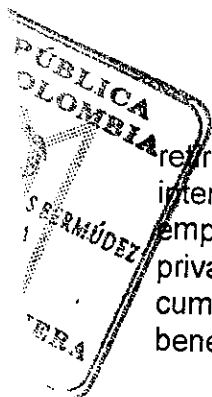
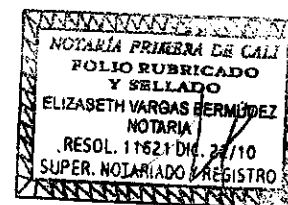
En segundo lugar, por mandato del 189-11 superior, el Ejecutivo puede intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus potestades reglamentaria y de inspección, vigilancia y control.^[28] Sin embargo, su participación debe sujetarse a la ley, es decir, ni el reglamento ni las labores de inspección, vigilancia y control pueden ser una fuente autónoma de obligaciones; el Ejecutivo solamente puede llevar a cabo una concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la ley.^[29]

La participación del Ejecutivo en la regulación de la economía se encuentra justificada además en la complejidad técnica de los asuntos económicos y en la necesidad de que la regulación sea oportuna, en otras palabras, que se adapte al dinamismo que caracteriza las relaciones económicas.^[30]

De otro lado la Corte ha puesto límites a las leyes que regulan o limitan el ejercicio de las libertades económicas al señalar:
"(...)

- 2.4.5. Sin embargo, el Legislador no goza de absoluta discrecionalidad para limitar estas libertades. Como se indicó en un párrafo anterior, según el artículo 333 constitucional, las libertades económicas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Adicionalmente, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, la Corte ha señalado que cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, y(ii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La definición de cuál es el "núcleo esencial" de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de **libertad de empresa**, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición^[31]; (ii) el derecho a concurrir al mercado o



reírse; (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^[32]; (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.

Respecto a cómo **evaluar la razonabilidad y proporcionalidad** de una medida que limita las libertades económicas, la Corte ha indicado los siguientes criterios:

En primer lugar, la Corte ha expresado que 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 en bien que producen o distribuyen, etc.^[33]

En segundo lugar, la Corte suele apelar 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.

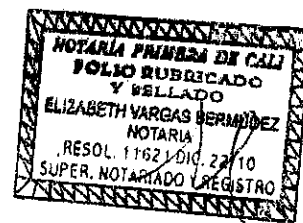
En resumen, la libertad de empresa es una garantía que se reconoce a los agentes del mercado en función del interés público que existe en el buen funcionamiento de la economía; por ello la Corte ha señalado que no es un derecho fundamental. En este orden de ideas, la libertad de empresa no puede considerarse como una garantía absoluta; el Legislador puede regularla y restringirla, siempre y cuando no anule sus contenidos básicos y lo haga con sujeción al principio de proporcionalidad.”

2. Contenido y alcance de las normas demandadas

Teniendo claro los planteamientos que ha hecho la Honorable Corte Constitucional, respecto a la manera en que puede intervenir el Estado en la economía, fijando los límites a dicha intervención, es necesario establecer si la Ley 1430 de 2010 art 26, reúne estos criterios:

Artículo 26. Medios de pago para efectos de la aceptación de costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables. Se adiciona el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

“Artículo 771-5. Medios de pago para efectos de la aceptación de costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables. Para efectos de su reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, los pagos que efectúen los contribuyentes o responsables deberán realizarse mediante alguno de los siguientes medios de pago: Depósitos en cuentas bancarias, giros o transferencias bancarias, cheques



girados al primer beneficiario, tarjetas de crédito, tarjetas débito u otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago en la forma y condiciones que autorice el Gobierno Nacional.

Lo dispuesto en el presente artículo no impide el reconocimiento fiscal de los pagos en especie ni la utilización de los demás modos de extinción de las obligaciones distintos al pago, previstos en el artículo 1625 del Código Civil y demás normas concordantes.

Así mismo, lo dispuesto en el presente artículo solo tiene efectos fiscales y se entiende sin perjuicio de la validez del efectivo como medio de pago legítimo y con poder liberatorio ilimitado, de conformidad con el artículo 8° de la Ley 31 de 1992.

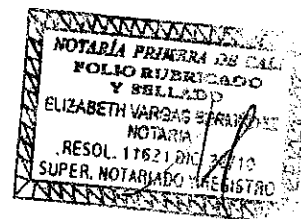
Parágrafo. Podrán tener reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, los pagos en efectivo que efectúen los contribuyentes o responsables, independientemente del número de pagos que se realicen durante el año, así:

- En el primer año, el menor entre el ochenta y cinco por ciento (85%) de lo pagado o cien mil (100.000) UVT, o el cincuenta por ciento (50%) de los costos y deducciones totales.
- En el segundo año, el menor entre el setenta por ciento (70%) de lo pagado u ochenta mil (80.000) UVT, o el cuarenta y cinco por ciento (45%) de los costos y deducciones totales.
- En el tercer año, el menor entre el cincuenta y cinco por ciento (55%) de lo pagado o sesenta mil (60.000) UVT, o el cuarenta por ciento (40%) de los costos y deducciones totales.
- A partir del cuarto año, el menor entre cuarenta por ciento (40%) de lo pagado o cuarenta mil (40.000) UVT, o el treinta y cinco por ciento (35%) de los costos y deducciones totales.

Esta gradualidad prevista en el presente artículo empieza su aplicación a partir del año gravable 2014".

La finalidad de la norma es generar mecanismos de control efectivos a través del incentivo a la utilización de transacciones financieras, por medio de la exigencia de usar estos canales para efectos del reconocimiento fiscal de los costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables.

Se argumentó que la aplicación de esta medida genera múltiples beneficios para la economía, puesto que se dan condiciones para la formalización de las empresas a través del uso del sistema financiero, lo cual redundará, además, en eficiencia y seguridad tanto para la administración como para el contribuyente.



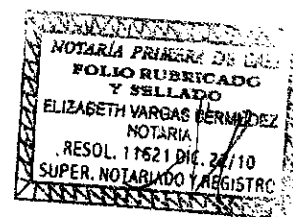
Al respecto, en el informe de ponencia para primer debate se indica que :
Finalmente, vale la pena resaltar el artículo 16 del proyecto, en el cual se busca generar mecanismos de control efectivos a través del incentivo a la utilización de transacciones financieras, por medio de la exigencia de usar estos canales para efectos del reconocimiento fiscal de los costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, lo cual pretende armonizar el sistema tributario con un proceso de bancarización como medida de control al recaudo, incentivo a la formalización, eficiencia económica y direccionamiento de la política fiscal.

Así mismo, en dicha ponencia , se dijo, respecto de la justificación de este artículo que uno de los principales problemas que enfrenta la economía colombiana es su alto grado de informalidad, la cual afecta directamente el recaudo tributario, debido a que las transacciones informales son difíciles de monitorear y, por tanto, representan una fuente de evasión. Se adujo además que las transacciones en efectivo en establecimientos comerciales pueden estimular la evasión, pues la dificultad de efectuarles el adecuado seguimiento, abre para los comerciantes inescrupulosos la tentación de no declararlas o declarar sólo una parte, por lo cual esta medida se convierte en una gran herramienta en la lucha contra la evasión.

Es importante anotar que el requisito de que los pagos se realicen a través del sistema financiero para efectos de la aceptación de costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables, tendrá como efecto claro un mayor recaudo por concepto del gravamen a los movimientos financieros (GMF).

El art 26 de la Ley 1430 de 2010 viola la Constitución Política, con lo que tiene que ver con el principio de la libertad económica, la norma mencionada no tiene en cuenta la diversidad de comerciantes y empresas que desarrollan actividades de tipo mercantil, las cuales quedan por fuera o no pueden acceder a los beneficios de la norma, el legislador de forma caprichosa desconoció este tipo de manifestación mercantil, que es aquella que desarrolla su actividad de compra y venta de pequeños comerciantes; los cuales desempeñan su actividad teniendo como medio de transacción el efectivo, además el uso y las buenas costumbres han hecho que todas estas actividades sean transadas y canceladas con moneda corriente, quedando este sector obligado a la bancarización, ello demandará un cambio en la cultura impositiva en este país para quienes sean elegidos como agentes retenedores, debido a que deben realizar de forma exclusiva los pagos por conceptos sujetos a retención en la fuente, a través de cuentas de ahorro o corrientes en las entidades financieras, mediante el uso de tarjetas débito, cheques girados a primer beneficiario y/o transferencias directas.

Es difícil para algunos sectores, quedar sometidos a la bancarización, ya que el productor o proveedor del bien o servicio, requiere del efectivo para suplir sus necesidades básicas y desarrollar su actividad mercantil; y en el caso de la norma



que lo obliga a recibir sus pagos a través del sistema financiero, podría afectarse el desarrollo de su actividad comercial y a su vez poner en riesgo su mínimo vital; en razón al tiempo que demora este tipo de transacciones, su resultado y los costos que trae consigo.

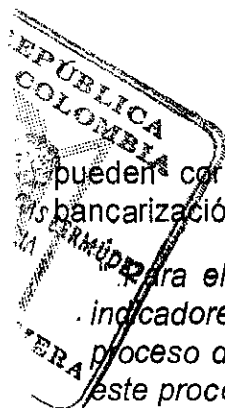
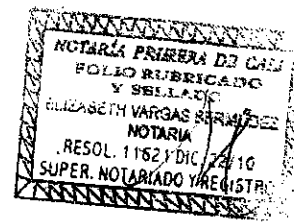
Entre algunos de ellos podemos referir el cuatro por mil, De acuerdo con la normatividad jurídica, a una persona que gire un cheque o que realice cualquier retiro sea en cajero automático o directamente en la caja del banco, se le debe descontar el impuesto del 4 por mil.

Este impuesto no constituye un incentivo para que las personas hagan uso de los servicios del sector financiero.

Casos en los que se cobra el impuesto del 4 por mil:

- Retiro en efectivo.
- Retiro mediante cheque.
- Retiro mediante talonario.
- Retiro con tarjeta débito.
- Retiro por cajero electrónico.
- Retiro o pago en puntos de pago.
- Notas débito.
- La expedición de cheques de gerencia.
- Traslado de fondos a cualquier título.
- Cesión de recursos a cualquier título.
- Traslado o cesión de recursos entre diferentes copropietarios sobre carteras colectivas.
- Retiro de recursos por parte del beneficiario o fideicomitente sobre carteras colectivas.
- Los pagos o transferencias efectuados a terceros a través de notas débito manejados por cuentas contables o de otro género diferentes a las cuentas corrientes, de ahorro o de depósito.
- Los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o de derechos a cualquier título.
- Los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como saldos positivos de tarjetas de crédito.
- El retiro del cheque y el pago del mismo en las cuentas de ahorro.
- La expedición de cheques de gerencia con cargo a una cuenta corriente o de ahorros del usuario.

Por otro lado, no se ha tenido en cuenta el bajo nivel de bancarización de algunas regiones del país, en donde existen muchas regiones donde se presentan 15 mil o más habitantes por oficinas o corresponsales bancarios, todos estos datos se



pueden corroborar en el Reporte de Estabilidad Financiera "Un índice de bancarización para Colombia" septiembre 2011

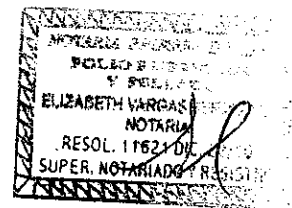
Para el caso colombiano, Tafur (2009) realiza un análisis descriptivo de indicadores de cobertura del sistema financiero sobre la evolución del proceso de bancarización en Colombia entre 1990 y 2006 encontrando que este proceso ha estado ligado directamente a la evolución del microcrédito y que existen muchas barreras que impiden la dinamización del proceso de bancarización como la falta de educación financiera y problemas de demanda de crédito. Por otra parte, reconoce la importancia del establecimiento de los Corresponsales Bancarios (CB) en Colombia y compara los indicadores más comunes de cobertura con los de otros países y entre ciudades y regiones de Colombia. El autor concluye que el nivel de bancarización en el país es bajo y está concentrado en la principales ciudades.

(...)

"Por su parte, las dificultades estructurales presentes en las regiones más apartadas siguen siendo un obstáculo para la bancarización que no ha podido superarse a través dichos programas. En estas zonas, la dispersión geográfica, la carencia de una infraestructura de transporte y comunicaciones adecuada, así como la falta de educación financiera, siguen impidiendo el uso de los servicios financieros en las actividades cotidianas de los habitantes."

Además, para nadie es un secreto el alto costo bancario que tiene cada una de sus transacciones al analizar el informe de tarifas financieras para el año 2012 de la Superintendencia Financiera se puede apreciar a modo informativo los costos que puede generar una simple cuenta ahorros de manera mensual:

SERVICIO	PAGO MAXIMO	PAGO PROMEDIO
CUOTA DE MANEJO	7.192	931
COSTO TALONARIO	82.940	43.051
CUOTA DE MANEJO DE TARJETA DEBITO	9.638	6.538
COSTO CONSIGN NACIONAL	11.600	5.605
CONSULTA DE SALDO	3.400	1.086
RETIRO CAJERO	3.400	1.156
CONSULTA DE SALDO CAJERO OTR ENTIDAD	7.100	3.818
RETIRO EN CAJERO DE OTRA ENTIDAD	3.969	3.480



Dicha situación va afectar nuestra económica de mercado, toda vez que el productor o comerciante al tener que pagar todos esos nuevos gastos financiero, suben sus costos de funcionamiento, conllevando al incremento del costo del producto, generando una disminución en la productividad y destruyendo valor en la empresa

Además, la fijación de las tarifas de los servicios financieros es potestad exclusiva de las Instituciones Financieras teniendo en cuenta parámetros por ellos mismos tienen implementados.

Es de anotar, que encontrarnos próximos a entrar en vigencia la norma objeto de demanda, no existe interés ni iniciativa alguna de parte del Gobierno Nacional de entrar a regular o eliminar dichos costos financieros, ni muchos menos por parte del sector Bancario el cual obtendrá un incremento desproporcionado de sus utilidades, en detrimentos del sector productivo y comercial, en especial de aquellos pequeños empresarios.

Consideramos que el mencionado art. 26 de la Ley 1350 de 2010, consagra un beneficio a favor de un sector de la economía nacional y en perjuicio de otros, vulnerando de esta manera la libertad económica.

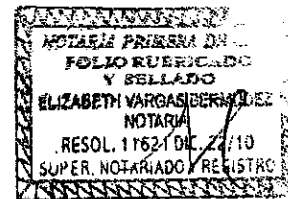
De igual forma el mencionado art. 26 genera una restricción de la libertad económica que no responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

El juez constitucional primeramente se hace la pregunta sobre cuál es la finalidad mediata e inmediata de la disposición normativa y si esa finalidad es constitucional y socialmente relevante, pregunta que corresponde al juicio de eficacia.

En cuanto a la eficiencia, se pregunta si es adecuado el medio empleado para lograr el fin deseado y si este medio es necesario o indispensable, por no existir otro mejor o que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales.

Por último, en cuanto a la revisión de proporcionalidad en sentido estricto, debe preguntarse si el medio empleado es proporcionado con el fin buscado, respetando el núcleo esencial de los derechos que se ven afectados por la aplicación de la norma

1. La limitación introducida pretende armonizar el sistema tributario con un proceso de bancarización como medida de control al recaudo, incentivo a la formalización, eficiencia económica y direccionamiento de la política fiscal, finalidad constitucionalmente válida y socialmente relevante atendiendo al deber constitucional de contribuir con las cargas públicas



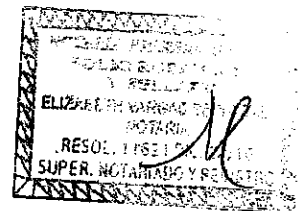
2. Si bien es cierto que el empleo de medios de pago utilizando el sistema financiero puede ayudar a lograr el fin deseado, este medio no resulta indispensable al existir otros mecanismos menos restrictivos de los derechos fundamentales, como puede ser la optimización de la facturación a través de un sistema de facturación en línea o una contabilidad en línea y en tiempo real, la cual se encuentra acorde con las políticas TIC. Metodología está la cual resultaría más económicamente más efectiva para evitar la evasión tributaria y mejorar el recaudo del impuesto. En ese contexto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la medida no pueda reemplazarse por un medio menos oneroso en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin.

3. La medida limitativa de la libertad económica resulta desproporcionada porque restringe el modelo de economía de mercado limitando la libre empresa protegida en la constitución, toda vez que al pretender armonizar el sistema tributario con un proceso de bancarización como medida de control al recaudo favoreciendo un sector de innegable poder en la economía, como lo es el sector financiero, al obligar que las transacciones se realicen empleando las instituciones bancarias, en detrimento del contribuyente, quien tendrá que asumir los costos que se generan por el uso de estos servicios.

Medida que desfavorecería al contribuyente que no pueda realizar los pagos mediante el sistema financiero, bien sea porque se trata de pagos en cuantías bajas que al emplear el sistema financiero implicaría incurrir en costos por uso del servicio que afectarían a la empresa, sus trabajadores, contratistas y proveedores, o por que dada la actividad económica y su disponibilidad de caja le resulte mejor cancelar directamente en efectivo evitando mayores costos, lo cual lo llevaría a ser objeto de desconocimiento de sus costos y deducciones de ley, afectando así su patrimonio con impuesto confiscatorio, a pesar que estos costos estén soportado en facturas y demás documentos privados, debidamente sentados en la contabilidad.

Ahora bien, debe tenerse muy en cuenta que las leyes no limitan los derecho sino que delimitan el contenido esencial del mismo regulando su ejercicio razonable, siempre respetando su núcleo esencial, el cual no puede ser afectado so pretexto de su regulación.

La Corte Constitucional en Sentencia C-616 de 2002 al hacer un juicio de constitucionalidad de una norma que restringía los medios de defensa en materia tributaria, limitando la prueba a la exhibición de la factura para demostrar que se es tenedor de buena fe de mercancías incautadas, sostuvo:



En problema que, en concreto, habrá de resolver la Corte es si esta prescripción vulnera el derecho de defensa en la medida en que excluye otras pruebas pertinentes para demostrar que se actuó de buena fe.

No es legítimo que se limite el medio de prueba de la condición de tenedor de buena fe a la factura con el lleno de los requisitos legales porque hay otros medios de prueba igualmente conducentes y pertinentes para demostrar la condición de tercero tenedor de buena fe legalmente reconocidos, como por ejemplo las pruebas testimoniales, otras pruebas documentales, las pruebas contables y la inspección, contempladas en el Capítulo I del Título VI del E.T. De esta manera, no puede una norma negar la validez de medios de defensa que el propio ordenamiento reconoce y que son necesarios para garantizar la efectividad del derecho al debido proceso."

Si se revisa el sistema tributario, se encuentra que existen mecanismos mucho más efectivo previstos en las normas tributarias para ejercer control, que el establecido en la norma estudiada, como sucede con la factura o el deber de llevar los soportes y asientos contables en debida forma, presentándolos a la administración cuando ella lo requiera.

Estos medios de prueba resultan eficientes para lograr la demostración del hecho tributario o la exención y pueden ser rechazados por la administración tributaria en el evento que no cumplan con las exigencias establecidas en la norma para su validez

V. Cumplimiento de los requisitos exigidos para las acciones de inconstitucionalidad.

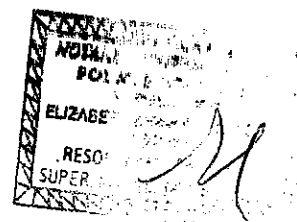
La presente acción cumple con los requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991. La demanda define con precisión el objeto demandado, pues se transcriben las normas demandadas. También explica las razones por las cuales la Corte Constitucional es competente para conocer de esta acción y precisa las razones en las que se fundamenta la inconstitucionalidad de las normas, pues se señalan los artículos de la Constitución violados y se explican cada uno de los cargos.

VI. Petición

Por todas las razones expuestas en este escrito, le solicitamos de manera respetuosa a la Honorable Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de la norma demandada.

VII . Anexos

- Reporte de Estabilidad Financiera "Un índice de bancarización para Colombia" septiembre 2011



- Informe evolución de las tarifas de los servicios financieros de junio del 2012 de la Superintendencia Financiera

VIII. Notificaciones

Para todos los efectos, el lugar en donde se nos debe notificar es en la Urbanización Santa María del Rosario, Casa P-9 ,corregimiento la Parada del Municipio de Villa del Rosario- Norte de Santander

De los Señores Magistrados,

IVAN ALEXANDER VILLAMIZAR MORA
CC. 79.563.011 de Bogotá

JOSÉ FERNANDO GÓMEZ CATAÑO
CC. 89.003.254 de Armenia

REPÚBLICA DE COLOMBIA
NOTARÍA PRIMERA DE CALI
DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO

Compareció al despacho de La Notaría Primera del
Círculo de Calicutendo ser: Ivan Alexander Villamizar Mora
y exhibió la C.C. 79.563.011 de Bogotá
o Pasaporte _____ de _____
y declaró que la firma y huella que aparecen en el
presente documento son suyas y que el contenido
del mismo es cierto. Para constancia se firma.

Fecha: **30 ABO. 2012**

EL DECLARANTE

Este acto de reconocimiento de
firma, huella y contenido, se hace
por voluntad del interesado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
NOTARÍA PRIMERA DE CALI
DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO

Compareció al despacho de La Notaría Primera del
Círculo de Calicutendo ser: José Fernando Gómez Cataño
y exhibió la C.C. 89.003.254 de Armenia
o Pasaporte _____ de _____
y declaró que la firma y huella que aparecen en el
presente documento son suyas y que el contenido
del mismo es cierto. Para constancia se firma.

Fecha: **30 ABO. 2012**

EL DECLARANTE

Este acto de reconocimiento de
firma, huella y contenido, se hace
por voluntad del interesado

