

Bogotá, 12 de mayo de 2014

Honorables Magistrados  
CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

REF: Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010.

Honorables Magistrados:

Carlos Alberto López Cadena, identificado con la Cédula de Ciudadanía Número 9.396.901, mayor de edad, ciudadano colombiano en ejercicio, de conformidad con el numeral 6, del artículo 40, de la Constitución, respetuosamente presento demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010. Mediante esta Ley se dictaron normas tributarias de control y para la competitividad.

### I. NORMA ACUSADA

#### "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.

#### EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

[...]

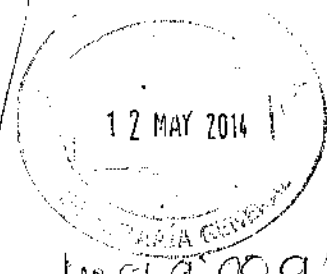
**Artículo 26.** Medios de pago para efectos de la aceptación de costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables. Se adiciona el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

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 subrayado y las negritas están fuera de texto, y es la parte que se demanda por considerarla inconstitucional).

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.

D-10234



Nota 9.00 a un

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". (Lo subrayado y las negrillas están fuera de texto, y es la parte que se demanda por considerarla inconstitucional).

## II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

De la Constitución de 1991, los artículos: 13, 25, 26, 83, 333, y demás normas expuestas en esta demanda.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DEMOSTRACIÓN DE LAS VIOLACIONES CONSTITUCIONALES, POR PARTE DEL ARTÍCULO 26, DE LA LEY 1430 DE 2010

**INTRODUCCIÓN:** resulta relevante recordar que el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, gira en torno a la figura jurídica del "pago", es decir, a una de las formas de extinguir las obligaciones. El artículo 1626 del Código Civil establece que: "*El pago efectivo es la prestación de lo que se debe*", y el artículo 1625, en su numeral 1º, del mismo Código nos dice que el "pago efectivo" es una forma de extinguir las obligaciones. Por su parte, los artículos 1630 y siguientes del Código Civil establecen que hay alguien que paga, y el artículo 1634 del mismo Código afirma que hay alguien a quien debe pagarse.

En otras palabras, el pago es un modo de extinguir obligaciones a través del cumplimiento efectivo de una prestación debida. Y esta relación obligacional presenta dos extremos: el sujeto activo es quien realiza el pago, y el sujeto pasivo, en cambio, es quien recibe el pago (el acreedor). Esta situación real, nos permite afirmar con certeza que el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, al centrar su prescripción respecto del "pago", como mecanismo de extinguir las obligaciones, tiene efectos en los dos extremos o sujetos de dicha relación (sujeto activo y sujeto pasivo), es decir, tiene efectos directos sobre quien paga al afirmar que los pagos que efectúen los contribuyentes o responsables tendrán un reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, siempre que se hagan dichos pagos como 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.

Ahora bien, respecto del sujeto pasivo (quien recibe el pago), el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, también genera efectos, pero de orden indirecto, pues la imposición, para el sujeto activo, fundada en una obligación que ordena la

bancarización de los pagos, incide obligatoriamente en la persona que recibe el pago, pues solo recibirá esos pagos a través de 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, lo que implica afectación de su situación vital, como se demostrará más adelante.

En síntesis, el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, genera efectos en dos extremos de la relación obligacional, por tanto, los dos extremos son susceptibles de recibir afectaciones inconstitucionales, en virtud de la norma referida.

**1. CARGO PRIMERO: EL INCISO PRIMERO Y EL PARÁGRAFO, DEL ARTÍCULO 26, DE LA LEY 1430 DE 2010, SON CONTRARIOS AL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA, CONSAGRADO EN ARTÍCULO 333, DE LA CONSTITUCIÓN.**

**1.1. Contenido normativo del derecho de Libertad de Empresa, consagrado en el artículo 333, de la Constitución.**

El derecho a la libertad de empresa se encuentra consagrado en el artículo 333 de la Constitución. Establece esta norma que: *"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."*

Sobre el contenido normativo del derecho a la libertad económica o de empresa, hay acuerdo en que el mismo se refiere a la potestad que tiene los seres humanos de adelantar acciones de orden económico de acuerdo con sus preferencias, con el fin de progresar en su patrimonio. Al respecto la Corte ha dicho que: *"La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio"*<sup>1</sup>.

De lo anterior se deduce que el contenido de la libertad de empresa depende del contenido del concepto de libertad en general. En su célebre trabajo sobre la libertad, Isaiah Berlin, diferenció entre un concepto negativo y otro positivo de libertad. El sentido negativo de la libertad se caracteriza por que prioriza la idea de no interferencia en la esfera privada del individuo, de ausencia de obstáculos externos que entorpezcan la elección del individuo para desarrollar sus acciones y se identifica, usualmente, con aquel espacio que alguien tiene para actuar sin interferencia de otras personas o de un grupo de personas<sup>2</sup>. La libertad negativa determina una esfera de libertad de acción que el individuo no puede renunciar y en el que no puede ser limitado más allá de lo admisible; si ello sucede se considera que ese individuo está siendo coaccionado y hasta esclavizado<sup>3</sup>. Según Berlin es claro, sin embargo, que no podemos ser absolutamente libres y que la mayoría de las veces se requiere limitar la libertad de unos para garantizar la libertad de otros<sup>4</sup>, la cuestión radica en saber cuál es ese mínimo que no se puede invadir y que el individuo no puede ceder sin afectar la esencia de la naturaleza humana.

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, T-425-92.

<sup>2</sup> Cfr. B. Isaiah. *Dos conceptos de libertad*, Alianza editorial, Madrid, 2005, p. 47.

<sup>3</sup> Ídem, pág. 48.

<sup>4</sup> Ídem, pág. 52.

En este sentido, la libertad de empresa no es un derecho absoluto, tiene límites, especialmente el impuesto por el mismo artículo 333 de la Constitución, es decir, el principio de legalidad que se traduce en que cualquier límite impuesto a la libertad de empresa y de contratación debe estar establecido en la Ley. Lo que no esté en la Ley no es límite válido, sino violación al núcleo esencial al derecho de libertad de empresa. Al respecto la Corte Constitucional ha ordenado que: *"Por expreso mandato de la Ley Fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso, como quiera que ellas desbordan el marco propio del orden público cuyo mantenimiento corresponde a las autoridades de policía, por las razones que atrás hemos señalado. Las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, como quiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio"*<sup>5</sup>.

No obstante, el Legislador no es un órgano ilimitado, en el sentido de una competencia absoluta para imponer los límites que considere pertinentes, ya que también tiene límites. La Corte Constitucional, en la sentencia C-263 de 2011, estableció garantías del núcleo esencial a la libertad de empresa como límites a la acción del Legislador, en ese fallo dijo que: *"Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada (...)"*.

También estableció la Corte, en esa misma sentencia, algunas prerrogativas que hacen parte también de ese núcleo esencial de la libertad de empresa, como límite al legislador, al respecto dijo 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 económica razonable."*

De lo anterior, se deduce que los derechos poseen una parte intocable, incluso para el legislador, como es su núcleo esencial. Sobre la teoría del núcleo esencial como un límite intocable por cualquier norma, la Corte Constitucional ha dicho que un derecho posee un ámbito necesario e irreductible de conducta que el mismo protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Esto significa que este núcleo no es susceptible de intervención alguna, es decir, el núcleo básico es un ámbito intocable para los procesos hermenéuticos y para las decisiones políticas, esto es, para el Legislador.<sup>6</sup>

Ahora bien, la Corte Constitucional, en la sentencia C-263 de 2011, estableció el núcleo esencial de la libertad de empresa, de la siguiente forma: *"(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."*

La sentencia anterior, fue utilizada en la providencia C-264 del 2013, la cual se convirtió en el precedente constitucional de la relación entre la libertad de

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, T-425-92.

<sup>6</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-373-95 - Salvamento de Voto, Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

empresa y el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010; norma esta última objeto de esta demanda. En otras palabras, en la sentencia C-264 del 2013, la Corte Constitucional utilizó como precedente la teoría del núcleo esencial de la libertad de empresa, impuesto en la sentencia C-263 de 2011, para analizar el cargo de inconstitucionalidad respectivo.

Por tal razón, la libertad de empresa posee como parte de su núcleo esencial: la libertad contractual (I), la libre iniciativa privada (II), el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición (III), el derecho a concurrir al mercado o retirarse (IV), 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 (V), el derecho a la libre iniciativa privada (VI), el derecho a la creación de establecimientos de comercio (VII) y el derecho a recibir un beneficio económico razonable (VIII).

## 1.2. Violación del derecho a la libertad de empresa, consagrado en el artículo 333 de la Constitución, por parte del inciso primero y del parágrafo, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010.

El inciso primero, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, establece que: *“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.”*

De este inciso primero, se desprende claramente un mandato al contribuyente, el cual consiste en que “deberá” realizar los pagos a través de 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, con el fin de su pleno reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables.

Esto implica que los pagos en efectivo no gozan de ese reconocimiento fiscal, tienen otro tipo de reconocimiento fiscal, es de tipo cuantitativo y temporal, el cual se encuentra regulado en el parágrafo, de la misma norma demanda, el cual establece que: *“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.”*

De este parágrafo, se extrae claramente que los pagos en efectivo tienen un reconocimiento fiscal cuantitativo y temporal, esto es, gradual. Esta norma impone que en el primer año ese reconocimiento será, para pagos en efectivo, hasta el menor valor entre el 85% de lo pagado, 100.000 UVT o el 50% de los costos y deducciones totales. En el segundo año, ese reconocimiento será, para pagos en efectivo, para el que resulte menor entre el 70% de lo pagado, 80.000 UVT o el 45% de los costos y deducciones totales. En el tercer año, ese reconocimiento será, para pagos en efectivo, para el que resulte menor entre el

55% de lo pagado, 60.000 UVT o el 40% de los costos y deducciones totales. Y del cuarto año en adelante, para pagos en efectivo, ese reconocimiento será para el que resulte menor entre el 40% de lo pagado, 40.000 UVT o el 35% de los costos y deducciones totales.

Del inciso primero y del párrafo, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se puede constatar que su contenido normativo atiende a la imposición, para el contribuyente, de efectuar sus pagos mediante la bancarización, y para el sujeto pasivo (el acreedor), la imposición indirecta de recibir el pago a través de la banca, del sector financiero, pues de lo contrario el contribuyente no gozara de un reconocimiento fiscal pleno. Es una forma indirecta de prohibir los pagos en efectivo, por la fuerza de los costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables. Una norma, como el artículo 26 demandado, no necesariamente debe traer expreso el operador deóntico "prohibido" hacer pagos en efectivo, para que en la práctica, los contribuyentes, no puedan hacer sus pagos en efectivo. Aunque en el inciso primero del artículo demandado aparece la palabra "deberá" hacer los pagos a través del sistema financiero, y no una prohibición expresa, para el contribuyente, así exista gradualidad (la del párrafo del artículo 26) se presenta una prohibición indirecta de hacer pagos en efectivo, pues si los hace, en virtud de la aplicación de un sistema de reconocimiento fiscal cuantitativo y temporal, pone en riesgo la existencia de su empresa, como lo demostraremos con un ejemplo real más adelante.

No de todas las empresas del sistema económico se ven afectadas, solo aquellas donde su actividad y naturaleza obliga a realizar pagos en efectivo, las demás están fuera de este discurso, pues pueden ajustar sus pagos al sistema de la banca sin poner en riesgo la existencia de su empresa, y tener el reconocimiento fiscal pleno. Pero las empresas que, por su naturaleza y actividad, deben hacer sus pagos en efectivo, ven afectada su posibilidad de existencia, en virtud de la imposición del artículo 26 demandado.

Si un establecimiento de comercio dedicado a la actividad de compraventa con pacto de retroventa efectúa sus pagos por los medios de pago establecidos en el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, no podrá ejercer su actividad de comercio debido a que sus clientes no estarían dispuestos a recibir un medio de pago diferente del efectivo. Para determinar la veracidad de estas dos premisas, se adelantó un trabajo de investigación en establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa, el cual se explica a continuación (el estudio de campo completo se encuentra como anexo a esta demanda).

Para esto se tuvo en cuenta, en el marco referencial, el estudio preparado por Econometría S.A. y presentado en enero de 2008 "El acceso al crédito informal y a otros servicios financieros informales en Colombia", el cual fue considerado por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-226 de 2009, en el análisis material de la norma demandada en su momento. En el estudio preparado por Econometría se indica que en el año 2007 había en total 2.762.055 hogares y 412.940 microempresas que habían obtenido crédito con fuentes informales de los cuales 406.261 hogares y 21.178 microempresas lo habían obtenido a través de casas de empeño (Compraventas con pacto de retroventa).

De esta forma, adelantamos un estudio de las personas que acceden a las compraventas con pacto de retroventa, el cual nos permitiera conocer sus características y hábitos de negocios con estos establecimientos. Debido a la falta de información del sector de las compraventas, no se poseen datos exactos del número de personas que realizan este tipo de contratos, ni la cuantía, etc., por lo que no sería posible establecer el tamaño de la población objeto de estudio. Por este motivo se acude al estudio de "Econometría" para determinar el tamaño del mercado: 406.261 hogares y 21.178 microempresas habían

obtenido un mecanismo de crédito informal a través de casas de empeño (Compraventas con pacto de retroventa).

Se tiene que para este tamaño de mercado, con un nivel de confianza del 95% y un grado de error del 5%, se requiere hacer una muestra de 384 personas. Sin embargo, para tener una más amplia representatividad de la muestra, se efectuó un trabajo de campo realizando 1826 encuestas, en 58 municipios del país, a personas que realizaron negocios en 186 establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa.

En esta investigación, se evaluaron algunos aspectos socioeconómicos de las personas que acostumbran usar el contrato de venta con pacto de retroventa, como un medio para obtener recursos. Las primeras preguntas de la encuesta, se encaminaron a identificar la clase de personas que tiene relación de negocios con los establecimientos de comercio dedicados a la actividad de la compraventa de artículos de segunda mano con pacto de retroventa. Este estudio se centra en la estadística nacional, que es lo que interesa, por lo que no profundiza en el examen de tendencias específicas de acuerdo al lugar donde se han efectuado las encuestas, como por ejemplo la pertenencia a determinado grupo poblacional dependiendo de la región, nivel profesional, nivel de ingresos, etc.

El 54% de la población encuestada pertenece al sexo femenino en tanto el 44%, al masculino. Sus rangos de edad principalmente oscilan entre 25 y 34 años (31%) y 35 y 44 años (26%). La mayoría de los encuestados son solteros (34%); el 31% vive en unión libre y el 26% es casado. El 14% de las personas encuestadas afirmaron pertenecer a comunidades afro descendientes o comunidades indígenas. El 78% no se considera dentro de estos grupos poblacionales. El 80% de las personas encuestadas se ubica entre los estratos 1, 2 y 3. El 36% de estas personas habitan en vivienda propia; el 28% viven en casa de la familia y el 28% en viven de alquiler.

Es importante resaltar que las personas encuestadas tienen un buen nivel de educación; la mayoría tienen educación técnica (29%), secundaria (28%) y educación superior (20%). Sorprende que un 9% de los clientes de estos negocios manifieste tener educación a nivel de post grado. La mayoría de los clientes de estos negocios de compraventas son empleados (62%) de los cuales el 29% son asalariados, el 30% trabajadores independientes (30%) y un porcentaje mínimo de trabajadores del campo acceden a estos negocios (3%); el 17% posee negocio: 12% comerciantes, 3% empresarios y 2% artesanos, en tanto que el 8% son estudiantes y el 12%, amas de casa. La mayoría de los clientes de estos negocios (74%) recibe ingresos hasta dos salarios mínimos mensuales.

La segunda parte de la investigación, se encaminó a la caracterización de las preferencias de servicio de los clientes de los establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa, considerando la naturaleza de las operaciones de estos negocios. Con respecto de esta actividad el estudio de *ECONOMETRÍA* en cita dice: *"Las casas de empeño<sup>7</sup> trabajan a través de un contrato de compraventa con pacto de retroventa de bienes de consumo como electrodomésticos o joyas, los cuales son valorados por el dueño del negocio en el momento de hacer la transacción. Se ofrece un precio fijado "al ojo" a cambio del activo, que generalmente es una fracción del precio real o de mercado del bien: por lo general, es menos de 50% en electrodomésticos y muy bajo en joyas dado que no se reconoce el valor de las piedras. La transacción se formaliza a través de la firma de un contrato de compraventa con pacto de retroventa que estipula el pago de cuotas periódicas que representan los intereses y un pago final único al cabo del término del contrato cuando el cliente puede volver a comprar el activo al precio pactado inicialmente. Si el cliente no se*

<sup>7</sup>Vale la pena resaltar que este estudio confunde permanentemente casa de empeño con compraventa; contrato de prenda con contrato de compraventa con pacto de retroventa

obtenido un mecanismo de crédito informal a través de casas de empeño (Compraventas con pacto de retroventa).

Se tiene que para este tamaño de mercado, con un nivel de confianza del 95% y un grado de error del 5%, se requiere hacer una muestra de 384 personas. Sin embargo, para tener una más amplia representatividad de la muestra, se efectuó un trabajo de campo realizando 1826 encuestas, en 58 municipios del país, a personas que realizaron negocios en 186 establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa.

En esta investigación, se evaluaron algunos aspectos socioeconómicos de las personas que acostumbran usar el contrato de venta con pacto de retroventa, como un medio para obtener recursos. Las primeras preguntas de la encuesta, se encaminaron a identificar la clase de personas que tiene relación de negocios con los establecimientos de comercio dedicados a la actividad de la compraventa de artículos de segunda mano con pacto de retroventa. Este estudio se centra en la estadística nacional, que es lo que interesa, por lo que no profundiza en el examen de tendencias específicas de acuerdo al lugar donde se han efectuado las encuestas, como por ejemplo la pertenencia a determinado grupo poblacional dependiendo de la región, nivel profesional, nivel de ingresos, etc.

El 54% de la población encuestada pertenece al sexo femenino en tanto el 44%, al masculino. Sus rangos de edad principalmente oscilan entre 25 y 34 años (31%) y 35 y 44 años (26%). La mayoría de los encuestados son solteros (34%); el 31% vive en unión libre y el 26% es casado. El 14% de las personas encuestadas afirmaron pertenecer a comunidades afro descendientes o comunidades indígenas. El 78% no se considera dentro de estos grupos poblacionales. El 80% de las personas encuestadas se ubica entre los estratos 1, 2 y 3. El 36% de estas personas habitan en vivienda propia; el 28% viven en casa de la familia y el 28% en viven de alquiler.

Es importante resaltar que las personas encuestadas tienen un buen nivel de educación; la mayoría tienen educación técnica (29%), secundaria (28%) y educación superior (20%). Sorprende que un 9% de los clientes de estos negocios manifieste tener educación a nivel de post grado. La mayoría de los clientes de estos negocios de compraventas son empleados (62%) de los cuales el 29% son asalariados, el 30% trabajadores independientes (30%) y un porcentaje mínimo de trabajadores del campo acceden a estos negocios (3%); el 17% posee negocio: 12% comerciantes, 3% empresarios y 2% artesanos, en tanto que el 8% son estudiantes y el 12%, amas de casa. La mayoría de los clientes de estos negocios (74%) recibe ingresos hasta dos salarios mínimos mensuales.

La segunda parte de la investigación, se encaminó a la caracterización de las preferencias de servicio de los clientes de los establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa, considerando la naturaleza de las operaciones de estos negocios. Con respecto de esta actividad el estudio de *ECONOMETRÍA* en cita dice: *"Las casas de empeño<sup>7</sup> trabajan a través de un contrato de compraventa con pacto de retroventa de bienes de consumo como electrodomésticos o joyas, los cuales son valorados por el dueño del negocio en el momento de hacer la transacción. Se ofrece un precio fijado "al ojo" a cambio del activo, que generalmente es una fracción del precio real o de mercado del bien: por lo general, es menos de 50% en electrodomésticos y muy bajo en joyas dado que no se reconoce el valor de las piedras. La transacción se formaliza a través de la firma de un contrato de compraventa con pacto de retroventa que estipula el pago de cuotas periódicas que representan los intereses y un pago final único al cabo del término del contrato cuando el cliente puede volver a comprar el activo al precio pactado inicialmente. Si el cliente no se*

<sup>7</sup>Vale la pena resaltar que este estudio confunde permanentemente casa de empeño con compraventa; contrato de prenda con contrato de compraventa con pacto de retroventa.

presenta, los contratos contemplan la posibilidad de extender el plazo pero si al final de éste el cliente no se presenta para comprar de nuevo el activo, la prendería puede disponer del bien. Como la relación precio del bien vs. valor obtenido es muy baja, en el caso en que no se realice la retroventa la prendería no solo obtiene los intereses mencionados sino que además se gana la diferencia entre el precio que pagó por el bien (que está bien por debajo del precio real) y el valor en que lo logre vender. No obstante, la prendería cumple también una función en los mercados informales pues le da liquidez inmediata a los ahorros realizados en bienes de consumo durable o en activos de fácil realización como las joyas. En las entrevistas a profundidad del trabajo de campo se encontró que, aunque se reconoce que es una forma de crédito costosa, es muy útil por el sentido de oportunidad al poder contar con dinero de manera inmediata. Se encontró además que los hogares entrevistados que utilizan esta fuente de crédito conservan cosas "sólo" para empeñar, es decir como una forma de ahorro".

Cabe agregar que estos establecimientos de comercio se dedican a dos actividades: comprar y vender artículos de segunda mano. Los artículos que compra los adquiere mediante el uso del contrato de venta con pacto de retroventa. Si no se da la condición resolutoria del contrato, el establecimiento podrá disponer del bien; se materializa la compra. Este bien constituye un activo movable que será objeto de venta en el establecimiento. Entonces, habrá personas que acceden a estos negocios simplemente porque les interesa comprar artículos de segunda mano (joyas, electrodomésticos, maquinaria, vehículos, etc.), otros van porque les interesa vender artículos para solucionar una necesidad de liquidez y esperan recuperarlos posteriormente (ejercer la opción de recompra) y otros simplemente encuentran una opción de vender sus artículos usados sin tener interés en recuperarlos (ejercer el retracto).

También es importante señalar que cuando la Corte examina otras consideraciones, para establecer la relación de conexidad entre el Decreto objeto de examen, en la sentencia C-226 de 2009, y las causas que condujeron al estado de emergencia, así como para determinar si se cumple con el requisito de especificidad, concluyó: "No cabe argumentar que lo que se busca es que el crédito informal se realice con sujeción a los límites legales en materia de tasas de interés, porque documentos del propio gobierno han puesto en evidencia que, a las tasas de interés legalmente permitidas, las operaciones de crédito que se atienden de manera informal, no resultarían rentables. La consecuencia sería el cierre de las alternativas informales de financiación, y de hecho así lo han manifestado los distintos voceros de entidades de compraventa que intervienen en el proceso para expresar que se verían ahogados al cierre de sus actividades, las cuales, afirman, no constituyen operaciones de crédito, se realizan al amparo de la ley, y con el cumplimiento de las formalidades propias de la actividad mercantil. De ser ello así, la medida no ofrecería respuesta alguna para los afectados que requieren financiar sus actividades cotidianas. Incluso tendría el efecto negativo de informalizar aún más el crédito, porque las entidades o negocios medianamente formalizados serían los más susceptibles al control, el delito se haría menos visible y más claramente ilícito, porque se desenvolvería contra prohibición expresa, y, por consiguiente, más gravoso, no sólo en cuanto a tasas, sino a condiciones de otorgamiento y de recaudo".

A la pregunta: ¿Usted compra joyas y otros artículos de segunda mano en este establecimiento? El 42% contestó que sí compraba joyas y artículos de segunda mano en el establecimiento en tanto que el 56% manifestó que no lo hacía. A la pregunta: ¿Usted trae joyas u otros artículos de segunda a este establecimiento para venderlos con opción de recompra? El 75% dijo que sí trae joyas u otros artículos de segunda a este establecimiento para venderlos con opción de recompra en tanto que el 22% no acude al establecimiento a vender artículos. A la pregunta: ¿Cuántas veces al año usted trae sus artículos al negocio para venderlos con opción de recompra? El 36% indica que más de tres veces; el 16% tres veces, el 20% dos veces y el 22% una vez. El principal motivo por el que la gente acude a las compraventas a vender sus artículos con el pacto de retroventa es para atender necesidades de efectivo. También porque se tiene confianza en el negocio.

A la pregunta: ¿Cuál es el valor promedio que usted solicita en el negocio cuando trae sus artículos para venderlos con opción de recompra? La mayoría de los entrevistados (84%) manifestó que solicita entre 50 mil y un millón de pesos, siendo el rango entre 200 mil y 500 mil el más alto (35%). El dinero obtenido en los contratos de venta con pacto de retroventa se usa principalmente para atender gastos del hogar (44%) y atender emergencias (27%).

A la pregunta: Cuando usted trae sus artículos para venderlos con opción de recompra, ¿usted vuelve al negocio para ejercer la opción de recomprar el artículo, cancelando el valor pactado? El 82% contestó que cuando vende los artículos al negocio tiene la intención de recuperarlos (ejercer la opción de recompra). A la pregunta: ¿Cuál de los siguientes medios de pago aceptaría usted cuando trae sus artículos para venderlos con opción de recompra? La mayoría de los encuestados manifestó tener preferencia por el dinero en efectivo como medio de pago (89%). A la pregunta: ¿Usted qué haría si cuando trae sus artículos para venderlos con opción de recompra, el establecimiento no le paga en efectivo? La mayoría de los entrevistados manifestó su intención de no llevar a cabo el negocio si se le efectúa el pago por un medio diferente al efectivo.

Se puede concluir entonces cómo estos establecimientos de comercio, dedicados a la actividad de la compraventa con pacto de retroventa, sí cumplen un papel muy importante para las personas de estratos 1, 2 y 3 pues son considerados como un medio para obtener recursos de financiamiento (para el común de la gente crédito informal) para atender gastos del hogar o para atender calamidades domésticas.

En esta investigación queda evidenciado cómo la mayoría de las personas de los estratos 1, 2 y 3 que acuden a estos establecimientos de comercio venden sus artículos, con la intención de recuperarlos, puesto que presentan necesidades de efectivo para atender gastos del hogar o para atender emergencias. Además, esta mayoría manifiesta no estar dispuesta a hacer el negocio si se les paga por un medio de pago distinto del efectivo, por lo que no estarían dispuestas a aceptar los medios de pago establecidos en el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010. De este modo, si los establecimientos de comercio dedicados a la actividad de la compraventa con pacto de retroventa efectúan el pago de los contratos de compraventa por los medios de pago estipulados en el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, no podrían ejercer su actividad comercial porque la gente acude a ellos precisamente para solucionar necesidades de liquidez inmediatas, lo que no se daría.

Así, si un establecimiento de comercio dedicado a la actividad de compraventa con pacto de retroventa efectúa sus pagos por los medios de pago establecidos en el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, no podrá ejercer su actividad de comercio debido a que sus clientes no estarían dispuestos a recibir un medio de pago diferente del efectivo. Entonces, como ya lo ha manifestado la Corte Constitucional, *"La consecuencia sería el cierre de las alternativas informales de financiación"*.

Por otra parte, aplicando el test de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de necesidad (adecuación), debido a que existen otras vías mejores para lograr el fin perseguido por la Ley, es decir, para lograr competitividad, control y no evasión, sin violar los derechos de las personas, en este caso la libertad de empresa, pues cercenó la autonomía privada, para aquellas empresa que por su naturaleza y actividad, se ven obligadas a realizar sus pagos en efectivo, como se demostró atrás en el caso de la muerte de los establecimientos de comercio cuya actividad es la compraventa con pacto de retroventa.

Una medida que NO violara contundentemente los derechos de las personas descritas, sería aquella que tuviera en cuenta que no todos los contribuyentes son iguales, y que existen diferencias que son relevantes para tener en cuenta al legislar, es decir, debió la Ley realizar un trato diferenciado, teniendo en consideración aquellas empresas que se encuentran obligadas a realizar sus pagos en efectivo, para dar un tratamiento diferente que no las eliminara del sistema económico. De esa forma hubiese, el Legislador, logrado los fines previstos sin causar daños intensos en miembros de la sociedad, dentro del discurso del Estado Social de Derecho.

Continuando con el test de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el nivel de satisfacción, que pretende la ley, de la competitividad, el control y la no evasión, no es proporcional a la afectación o daño causado (extremadamente injusto, en palabras de Robert Alexy) al derecho a la libertad de empresa, para aquellas empresa que por su naturaleza y actividad, se ven obligadas a realizar sus pagos en efectivo, como se demostró atrás en el caso de la muerte de los establecimientos de comercio cuya actividad es la compraventa con pacto de retroventa, pues las llevaría a su muerte jurídica. El impacto de la medida es tan fuerte, que rompió el núcleo esencial al derecho de libertad de empresa para estas empresas, y por ende no pasa la pretensión de corrección, es decir, el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, son inválidos jurídicamente.

Retomando el discurso, en clave de aquellas empresas que deben hacer sus pagos en efectivo, por su naturaleza y actividad, ven afectada de manera intensa, y no justificada, la existencia de su personalidad jurídica, en virtud de la imposición del artículo 26 demandado, como es *la actividad de compraventa con pacto de retroventa*, debemos demostrar ahora que jurídicamente la violación también se extiende a otros elementos constitutivos de la libertad de empresa. Por eso cabe decir, desde ahora, que el artículo 26 demandado viola abiertamente dos elementos del núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa, como son: la libertad contractual y el derecho a recibir un beneficio económico razonable, ambos reconocidos como elementos del núcleo esencial al derecho a la libertad de empresa en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional C-263 de 2011, descrita atrás, es decir, ámbitos intocables.

#### 1.2.1. Demostración de la violación a la libertad contractual, como parte del núcleo esencial de la libertad de empresa, por causa del inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010.

En este sentido, hay que recordar que la libertad contractual, en clave de libertad económica, se refiere a la acción contractual de un sujeto económico libre, en búsqueda de un equilibrio de los agentes del mercado. En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-616 de 2001, estableció que: *"libertad de empresa, se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes."*

Ahora bien, la libertad contractual, como parte del núcleo esencial de la libertad de empresa, puede ser objeto de limitación, pero en virtud de la protección de derechos fundamentales, cuando son servicios públicos, en el evento de la existencia de una posición dominante o que los acuerdo se circunscriban a prácticas restrictivas de la competencia. Al respecto, en la sentencia C-186 de 2011, la Corte estableció los límites para la restricción de la libertad contractual, y dijo que: *"Según ha reconocido esta Corporación actualmente la*

*autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia".*

Como resulta evidente, el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, limitaron la libertad contractual, como uno de los elementos constitutivos del núcleo esencial de la libertad de empresa, de manera injustificada y contraria a Derecho, pues su limitación no tiene fundamento ni en la protección de derechos fundamentales, ni en la existencia de servicios públicos, ni en la existencia de una posición dominante, ni en la existencia de acuerdos que conlleven a prácticas restrictivas de la competencia. Las empresas ahora tienen un límite para contratar con sus acreedores, y es la imposibilidad de realizar pagos en efectivo, pues ponen en riesgo su existencia, en virtud de que no tienen un reconocimiento fiscal pleno (esto se demostrará más adelante con un ejemplo real. En el cual, aun utilizando la gradualidad del art. 26, se vislumbra que la empresa no podrá seguir cumpliendo su objeto social, en virtud de este límite nuevo a la libertad contractual. El ejemplo se encuentra en el punto 2.2. de esta acción).

No obstante, vale recalcar que la limitación, para las empresas, de no tener la autonomía para contratar con sus acreedores pagos en efectivo, contenida en el inciso primero y el párrafo del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, es inconstitucional, por violación del precedente constitucional, es decir, por ser una limitación contraria a lo dispuesto en la sentencia C-186 de 2011, esto es, por no ser una limitación fundada en la protección de derechos fundamentales, por la existencia de servicios públicos, por la existencia de una posición dominante o debido a la existencia de acuerdo que conlleven a prácticas restrictivas de la competencia, sino por causas diferentes a las permitidas por la Corte Constitucional, como son el control (recaudo y no evasión) y la competitividad, como aparecen expresados en dicha Ley.

En otras palabras, el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, rompieron el núcleo esencial de la libertad de empresa, en virtud de una limitación en la libertad contractual no permitida constitucionalmente. Es decir, tal limitación es inconstitucional, y por ende las normas demandadas deben ser expulsadas del ordenamiento.

El inciso primero y el párrafo, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, hacen impracticable el derecho a la libertad de empresa, en virtud de una limitación inconstitucional (por violar el precedente) de la libertad contractual; tales normas rompieron el núcleo esencial de la libertad de empresa, impiden a los contribuyentes efectuar pagos en efectivo, y eso es un límite impuesto por el Legislador que desborda sus facultades, pues tal medida no encuentra justificación en la protección de derechos fundamentales, por la existencia de servicios públicos, por la existencia de una posición dominante o debido a la existencia de acuerdo que conlleven a prácticas restrictivas de la competencia, como lo ordena el precedente constitucional (sentencia C-186 de 2011). La justificación de la Ley 1430 de 2010, es la competitividad, el control y la evasión.

Desde el test de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el nivel de satisfacción, que pretende la ley, de la competitividad, el control y la no evasión, no es proporcional a la afectación o daño causado (extremadamente injusto, en palabras de Robert Alexy) al derecho a la libertad contractual, para aquellas empresa que por su naturaleza y actividad, se ven obligadas a realizar sus pagos en efectivo, como se demostró atrás en el caso de la muerte de los establecimientos de comercio cuya actividad es la compraventa con pacto de retroventa, pues las llevaría a su muerte jurídica. El impacto de la medida es tan

fuerte, que rompió el núcleo esencial al derecho de libertad contractual para el caso propuesto, pues impuso límites por fuera de lo permitido, y como efecto eliminará de por vida esas empresas; y lo más importante, desde el sistema de fuentes del derecho, es que la Ley justificó las limitaciones, desbordando la labor legislativa, desconociendo el precedente; por ende no pasan la pretensión de corrección, es decir, el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, son inválidos jurídicamente.

### 1.2.2. Demostración de la violación al derecho a un beneficio económico razonable, como parte del núcleo esencial de la libertad de empresa, por causa del inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010

Como se demostró antes, en la sentencia C-263 de 2011, la Corte constitucional estableció como parte del núcleo esencial, de la libertad de empresa, el derecho a un beneficio económico razonable. El núcleo esencial de un derecho, como es la libertad de empresa, es una zona intocable para el legislador, y el derecho a un beneficio económico razonable hace parte de esa zona intocable. Por tanto, ahora corresponde mostrar cuál es el contenido normativo del derecho a un beneficio económico razonable, y corroborar que el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, violaron el contenido de ese derecho, y por ende rompieran el núcleo esencial de la libertad de empresa, lo que genera una situación de inconstitucionalidad.

El derecho a un beneficio económico razonable, se refiere a la facultad que el Derecho reconoce a las personas para que, en virtud de sus actividades económicas, puedan crear, mantener o incrementar su patrimonio; es decir, este derecho no contempla dentro de su contenido normativo la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas, adelanten actividades económicas para menguar o disminuir su patrimonio. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T- 425 de 1992, estableció que: *"La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio."*

El derecho a un beneficio económico razonable se traduce en la finalidad de producir utilidades, como lo establece la sentencia C-616 de 2001; una limitación por Ley a este derecho es injustificado, pues rompe con una de la razones de existencia de las personas naturales o jurídicas que se involucran en el sistema económico.

Un caso de restricción inconstitucional es el de un establecimiento de comercio dedicado a la actividad de compraventa con pacto de retroventa, donde al efectuar sus pagos por los medios de pago establecidos en el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, no podrá ejercer su actividad de comercio debido a que sus clientes no estarían dispuestos a recibir un medio de pago diferente del efectivo, como se demostró con datos reales atrás, por tanto es imposible pensar en un beneficio económico razonable. Incluso aplicando la gradualidad del párrafo, de dicho artículo, la actividad se hace inviable (esto se encuentra demostrado con un ejemplo real, en el punto 2.2. de esta acción).

Del inciso primero y del párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se puede constatar que su contenido normativo atiende a la imposición, para el contribuyente, de efectuar sus pagos mediante la bancarización, y para el sujeto pasivo (el acreedor), la imposición indirecta de recibir el pago a través de la banca, del sector financiero, pues de lo contrario el contribuyente no gozará de un reconocimiento fiscal pleno. Es una forma indirecta de prohibir los pagos en efectivo, por la fuerza de los costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables.

Como resulta evidente, el inciso primero y el párrafo del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, impiden el ejercicio a un beneficio económico razonable, como uno de los elementos constitutivos del núcleo esencial de la libertad de empresa, de manera injustificada y contraria a Derecho, para empresas cuya actividad comercial obliga a efectuar pagos en efectivo, como es la **actividad de compraventa con pacto de retroventa**, pues pierde la posibilidad del beneficio económico razonable.

Así las cosas, la imposibilidad impuesta por el inciso primero y por el párrafo del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, para las empresas que por su actividad deben efectuar su pagos en efectivo, de obtener utilidades o beneficio económico razonable, permite afirmar que las normas demandadas son inconstitucionales, por violación del precedente constitucional, es decir, por ser una limitación contraria a lo dispuesto en las sentencias T-425 de 1992 y C-616 de 2001, y por ende dichas normas deben ser expulsadas del ordenamiento.

En síntesis, el inciso primero y el párrafo del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, rompieron el interés jurídicamente protegido del derecho a la obtención a un beneficio económico razonable, para la **actividad de compraventa con pacto de retroventa**, pues hace a este derecho impracticable. Al respecto, la Sentencia T-426 de 1992, describiendo la tesis del interés jurídicamente protegido dice que: *"fue de tal magnitud que puso fuera de las posibilidades del interesado el ejercicio de su derecho, afectando con ello también el interés jurídicamente protegido que perseguía le fuera reconocido"*.

Por otra parte, aplicando el test de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de necesidad (adecuación), debido a que existen otras vías mejores para lograr el fin perseguido por la Ley, es decir, para lograr competitividad, control y no evasión, sin violar los derechos de las personas, en este caso el beneficio económico razonable, pues cercenó toda posibilidad de obtenerlo, para aquellas empresa que por su naturaleza y actividad, se ven obligadas a realizar sus pagos en efectivo, como se demostró atrás en el caso de la muerte de los establecimientos de comercio cuya actividad es la compraventa con pacto de retroventa.

Una medida que **NO** violara contundentemente los derechos de las personas descritas, sería aquella que tuviera en cuenta que no todos los contribuyentes son iguales, y que existen diferencias que son relevantes para tener en cuenta al legislar, es decir, debió la Ley realizar un trato diferenciado, teniendo en consideración aquellas empresas que se encuentran obligadas a realizar sus pagos en efectivo, para dar un tratamiento diferente que no las eliminara de sistema económico, y que les permitiera obtener un beneficio económico razonable, no un detrimento en su patrimonio. De esa forma hubiese, el Legislador, logrado los fines previstos sin causar daños intensos en miembros de la sociedad, dentro del discurso del Estado Social de Derecho.

Continuando con el test de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el nivel de satisfacción, que pretende la ley, de la competitividad, el control y la no evasión, no es proporcional a la afectación o daño causado (extremadamente injusto, en palabras de Robert Alexy) al derecho al beneficio económico razonable, para aquellas empresa que por su naturaleza y actividad, se ven obligadas a realizar sus pagos en efectivo, como se demostró atrás en el caso de la muerte de los establecimientos de comercio cuya actividad es la compraventa con pacto de retroventa, pues las llevaría a su muerte jurídica. El impacto de la medida es tan fuerte, que rompió el núcleo esencial al derecho de

obtener un beneficio económico razonable para el caso propuesto, y por ende no pasa la pretensión de corrección, es decir, el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, son inválidos jurídicamente, pues lo que generan es detrimento patrimonial.

Finalmente, resulta pertinente aclarar que aunque la Corte Constitucional ya se pronunció sobre el cargo de la libertad de empresa, respecto del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, en la Sentencia C-264 de 2013, no existe cosa juzgada absoluta, sino relativa, pues en ese proceso los argumentos del cargo se referían a que el gravamen a las transacciones financieras iba en contravía del objetivo de incentivar la bancarización, al añadirle un costo fiscal, y propiciar un incremento en el uso del efectivo como medio de pago, y a que existe en Colombia informalidad de la economía; y estos argumentos no son utilizados en esta demanda, como se desprende de lo expuesto hasta aquí, es decir, no existe identidad argumentativa.

## 2. CARGO SEGUNDO: EL INCISO PRIMERO Y EL PARÁGRAFO, DEL ARTÍCULO 26, DE LA LEY 1430 DE 2010, SON CONTRARIOS AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

### 2.1. Contenido normativo del principio de confianza legítima

Han sido varios los pronunciamientos en lo que atañe al concepto de confianza legítima, sin embargo, nos centraremos en uno que no solo ha sido reiterado en distintas sentencias<sup>8</sup>, sino que por su amplitud permite analizar y comprender a profundidad el principio constitucional objeto de estudio. *“El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”*. (Resaltado fuera del texto).

Esta acepción deja claro que la finalidad que se persigue con este principio, no busca limitar la potestad configurativa del legislador -para el caso que nos atañe- en el sentido de impedir que modifique las disposiciones jurídicas existentes, sino en el entendido que debe prever en determinadas circunstancias, el impacto que una nueva regulación puede conllevar y tomar las *medidas necesarias para mitigarlo*, creando posibilidades transitorias que permitan a los destinatarios de la misma adecuarse a ella.

En relación con este aspecto, la Corte ha señalado que *“la seguridad jurídica debe ceder ante la potestad del Congreso de modificar o derogar las leyes. No obstante, lo anterior no significa que los ciudadanos estén a merced de un legislador soberano. La Constitución los protege y limita el ejercicio del poder legislativo. Uno de esos límites es precisamente el principio de confianza legítima que garantiza tanto el respeto de la buena fe de los particulares como la seguridad jurídica cuando se presentan determinadas condiciones objetivas. No podría ser de otra manera en un Estado Social de Derecho, dentro del cual la seguridad jurídica no impide cambios en las reglas de juego pero sí exige que éstos no se hagan arbitraria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas”*<sup>9</sup>. (Resaltado fuera del texto).

<sup>8</sup> Cfr. Sentencias, Corte Constitucional, C-131-04, T-527-11, T-210-10 y C-432-10.

<sup>9</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, C-007-02.

En concordancia con esto, la Corte señaló que *“la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados. Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado”*<sup>10</sup>. (Resaltado fuera del texto).

Por último, dice la Corte que: *“es importante destacar que cuando se ve comprometido el principio de confianza legítima, es necesaria la búsqueda de medidas que permitan garantizar los derechos fundamentales que se encuentran en juego. Así, esta Corporación ha sostenido que resulta necesario buscar alternativas progresivas para contrarrestar la afectación”*<sup>11</sup>. (Resaltado fuera del texto).

## 2.2. Demostración de la violación del principio de la confianza legítima, por conducto del inciso primero y del parágrafo, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010.

Del inciso primero y del parágrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se puede constatar que su contenido normativo atiende a la imposición, para el contribuyente, de efectuar sus pagos mediante la bancarización, y para el sujeto pasivo (el acreedor), la imposición indirecta de recibir el pago a través de la banca, del sector financiero, pues de lo contrario el contribuyente no gozará de un reconocimiento fiscal pleno. Es una forma indirecta de prohibir los pagos en efectivo, por la fuerza de los costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables.

Por otra parte, cabe recordar lo dicho antes, el principio a la confianza legítima no busca limitar la potestad configurativa del legislador, en el sentido de impedir que modifique las disposiciones jurídicas existentes, sino en el entendido que debe prever en determinadas circunstancias, el impacto que una nueva regulación puede conllevar y tomar las **medidas necesarias para mitigarlo**, creando posibilidades transitorias que permitan a los destinatarios de la misma adecuarse a ella. Es decir, de acuerdo con el precedente impuesto por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C-130-04, es obligatorio para el Estado la **adopción de medidas** para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado. Y a eso la misma jurisprudencia impone periodos de transición.

De lo expuesto en la parte del fundamento y el concepto del principio de confianza legítima, resulta evidente que el Legislador puede cambiar “limitando” situaciones jurídicas preexistentes, pero para ello debe poner en marcha, periodos de transición, y lo más importante, la **toma de medidas idóneas para mitigar la afectación** de esas expectativas existentes en los ciudadanos por una situación jurídica dada previamente. Del precedente constitucional, se puede entender claramente que para garantizar el principio de confianza legítima, se debe incluir en la Ley un sistema de medidas (incluyendo también periodos de transición), para mitigar la afectación a los ciudadanos, es decir, debe existir un “sistema legislativo completo” que garantice dicho principio.

Del inciso primero, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se puede constatar que su contenido normativo atiende a la imposición, para el contribuyente, de efectuar sus pagos mediante la bancarización, y para el sujeto pasivo (el acreedor), la imposición indirecta de recibir el pago a través de la banca, del

<sup>10</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, C-130-04.

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, T-717-12.

sector financiero, pues de lo contrario el contribuyente no gozara de un reconocimiento fiscal pleno.

Esto viola el derecho de confianza legítima para las empresas que por su naturaleza y actividad deben realizar sus pagos en efectivo, como es el caso de un establecimiento de comercio dedicado a la **actividad de compraventa con pacto de retroventa**, donde al efectuar sus pagos por los medios de pago establecidos en el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, no podrá ejercer su actividad de comercio debido a que sus clientes no estarían dispuestos a recibir un medio de pago diferente del efectivo, como se demostró con datos reales atrás, por tanto es imposible pensar en la garantía de la confianza legítima; no existe confianza legítima, pues no existe un sistema de medidas por parte del Legislador que pretenda mitigar esta afectación drástica a las expectativas existentes.

Siempre han estado las expectativas existentes, para las empresas que por su naturaleza y actividad deben hacer sus pagos en efectivo; es un hecho notorio la existencia de esas expectativas, pues la Ley, desde la aparición del Código Civil, siempre ha reconocido el pago en efectivo sin limitaciones irrazonables. El artículo 1626 del Código Civil establece que: *"El pago efectivo es la prestación de lo que se debe"*, y el artículo 1625, en su numeral 1º, del mismo Código nos dice que el "pago efectivo" es una forma de extinguir las obligaciones. Por su parte, los artículos 1630 y siguientes del Código Civil establecen que hay alguien que paga, y el artículo 1634 del mismo Código afirma que hay alguien a quien debe pagarse.

Ahora bien, por siempre han hecho presencia las expectativas existentes, para las empresas que por su naturaleza y actividad deben hacer sus pagos en efectivo, como es el caso de un establecimiento de comercio dedicado a la **actividad de compraventa con pacto de retroventa**; no obstante, el inciso primero, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, impone la bancarización, lo que implica la muerte por ejemplo para el establecimiento de comercio dedicado a la **actividad de compraventa con pacto de retroventa**, como se demostró antes; y en la Ley no existe la toma de medidas idóneas para mitigar la afectación de esas expectativas existentes en los ciudadanos por una situación jurídica dada previamente. Se rompe así el derecho a la confianza legítima. Es decir, el legislador no creó un sistema de medidas idóneo para no violar el derecho de confianza legítima, siendo esto una demostración de la inconstitucionalidad del inciso primero, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, y por tanto debe ser declarado inconstitucional.

Alguien podría argumentar que las medidas idóneas, sí están en la Ley, y que se encuentran el párrafo de ese mismo artículo 26, pues existe para los pagos en efectivo un reconocimiento fiscal cuantitativo y temporal, esto es, gradual, pero eso no es así, pues hemos demostrado atrás (mediante un estudio de campo) que por ejemplo para un establecimiento de comercio dedicado a la **actividad de compraventa con pacto de retroventa**, la obligación de no hacer pagos en efectivo es su muerte como persona jurídica.

Ahora bien, *en gracia de discusión*, suponiendo que la gradualidad fuera una hipótesis posible para poner a salvo el derecho de confianza legítima, procedemos a exponer empíricamente que eso es equivocado. Ponemos un ejemplo real, traído al azar, con el fin de demostrar que la gradualidad es solo una pequeña parte de lo que debería ser un verdadero **sistema de medidas** construido por el Legislador para mitigar las afectaciones a los derechos de los contribuyentes y de los acreedores; y así mismo, procedemos a demostrar que esa gradualidad es inoperante en ciertos casos, para los cuales el Legislador debió prever la solución adecuada y no lo hizo.

Antes de poner el ejemplo real, hay que recordar que el párrafo ordena que los pagos en efectivo tienen un reconocimiento fiscal cuantitativo y temporal, esto es, gradual. Esta norma impone que en el primer año ese reconocimiento

será, para pagos en efectivo, hasta el menor valor entre el 85% de lo pagado, 100.000 UVT o el 50% de los costos y deducciones totales. En el segundo año, ese reconocimiento será, para pagos en efectivo, para el que resulte menor entre el 70% de lo pagado, 80.000 UVT o el 45% de los costos y deducciones totales. En el tercer año, ese reconocimiento será, para pagos en efectivo, para el que resulte menor entre el 55% de lo pagado, 60.000 UVT o el 40% de los costos y deducciones totales. Y del cuarto año en adelante, para pagos en efectivo, ese reconocimiento será para el que resulte menor entre el 40% de lo pagado, 40.000 UVT o el 35% de los costos y deducciones totales.

Para el caso, existen varias clases de empresas cuya actividad se sustenta principalmente en pagos en efectivo. Entre estas encontramos SOCIEDADES DE INTERMEDIACION CAMBIARIA Y DE SERVICIOS FINANCIEROS ESPECIALES (Antes denominadas CASAS DE CAMBIOS PLENAS, así como las COMPRAVENTAS CON PACTO DE RETROVENTA. Por la naturaleza de sus operaciones, tanto las unas como las otras realizan sus actividades de compras en efectivo. Las Sociedades de Intermediación Cambiaria y de Servicios Financieros Especiales, realizan operaciones cambiarias autorizadas, como son el cambio de moneda extranjera y el giro de divisas en moneda extranjera. Además, están autorizadas para efectuar pagos, recaudos, giros y transferencias nacionales en moneda nacional.

En lo que respecta a sus operaciones en moneda extranjera, las Sociedades de Intermediación Cambiaria y de Servicios Financieros Especiales efectúan compra y venta de divisas y envían y reciben giros de corresponsales del exterior. De estas operaciones pueden recibir o pagar comisiones y obtener ingresos por la diferencia en cambio resultado de estas operaciones. Las operaciones con corresponsales del exterior pueden ser de naturaleza activa o naturaleza pasiva. Así, en el Plan único de Cuentas (PUC) se verán reflejadas en la cuenta activa 163530 PAGOS POR CUENTA DE CLIENTES - GIROS DEL EXTERIOR o en la cuenta pasiva 257205 GIROS DEL EXTERIOR.

Así mismo, la diferencia en cambio puede constituir un ingreso o un costo según el comportamiento de la moneda (devaluación o revaluación) y la naturaleza de la operación (activa o pasiva). Esta diferencia en cambio se ve reflejada en las cuenta de ingresos: 413535 CAMBIOS POR REEXPRESION DE OTROS ACTIVOS y 413540 CAMBIOS POR REALIZACION DE OTROS ACTIVOS. Además, en las cuentas de Costos y Gastos: 513535 CAMBIOS POR REEXPRES. DE OTROS PASIVOS, 513555 CAMBIOS POR REEXPRES. DE OTROS ACTIVOS y 513560 CAMBIOS POR REALIZAC. DE OTROS ACTIVOS.

En la lógica de la operación cambiaria, todos los giros enviados al exterior se reciben por ventanilla en dinero en efectivo. El cliente acudirá al establecimiento de comercio de la Sociedad de Intermediación Cambiaria, y entregará un dinero en efectivo para ser enviado para el cobro en una localidad en el exterior. Los giros enviados al exterior se registran en la cuenta de naturaleza pasiva 257210 GIROS DEL EXTERIOR, tal como lo señala la dinámica del P.U.C.

| CLASE                                                                                                                    | GRUPO                | CUENTA     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|------------|
| 2. PASIVO                                                                                                                | 25 Cuentas por Pagar | 2572 Giros |
| DESCRIPCIÓN                                                                                                              |                      |            |
| Registra las obligaciones de la Entidad a favor de terceros por concepto de giros por pagar.                             |                      |            |
| En la subcuenta 257205 se registra el valor recibido del exterior, para el pago de giros a los beneficiarios en Colombia |                      |            |

En la subcuenta 257210 se registra el valor recibido en Colombia, para el pago de giros en el exterior.

## DINAMICA

### CREDITOS

### DEBITOS

1. Por el valor recibido para el pago de giros.
1. Por el valor de los giros pagados o reembolsados al exterior.

De forma similar, la mayoría de los giros recibidos del exterior se pagan en dinero en efectivo por ventanilla. En contadas excepciones se pagan giros en cheque. En la dinámica del P.U.C. se indica que en la subcuenta 257205 se registra el valor recibido del exterior, para el pago de giros a los beneficiarios en Colombia. Así mismo, la dinámica del P.U.C. indica que "En la subcuenta 163530 -Giros del Exterior- se registrará el valor de los giros en moneda extranjera que la Entidad ha pagado a los beneficiarios y que el ordenador del giro no le ha cancelado o reembolsado."

Cuando uno analiza la naturaleza de las operaciones de este tipo de sociedades, encuentra que los principales rubros de los estados de resultados, corresponden a la diferencia en cambio, como ingreso o como costo/gasto por la utilidad o pérdida en la reexpresión o realización de activos o pasivos en moneda extranjera. Al analizar la naturaleza de las cuentas activas o pasivas, se observa que éstas se originan principalmente en los giros en moneda extranjera pagados en Colombia y que no han sido pagados aún por el ordenador del giro y, los valores recibidos del exterior para el pago de giros en Colombia que aún no han sido cobrados por el beneficiario del giro.

Como la diferencia en cambio se origina principalmente en los giros en moneda extranjera pagados en Colombia y que no han sido pagados aún por el ordenador del giro y, los valores recibidos del exterior para el pago de giros en Colombia que aún no han sido cobrados por el beneficiario del giro y, como la mayoría de estos giros se pagan en efectivo, la diferencia en cambio registrada en las cuentas de ingresos o en las cuentas de costo/gasto, se origina en operaciones cuyos pagos se han realizado en efectivo.

En consecuencia, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, no sería procedente el reconocimiento fiscal como costos o deducciones la diferencia en cambio originada en los giros en moneda extranjera pagados en Colombia y que no han sido pagados aún por el ordenador del giro y, los valores recibidos del exterior para el pago de giros en Colombia que aún no han sido cobrados por el beneficiario del giro ha sido contabilizada en las cuentas de costos y gastos (513535 Cambios Por Reexpresión De Otros Pasivos, 513555 Cambios Por Reexpresión De Otros Activos Y 513560 Cambios Por Realización De Otros Activos), por no haber sido realizado por los medios de pago establecidos en la norma: "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 condición que autorice el Gobierno Nacional".

En este caso, por el año gravable 2014 procedería la gradualidad contemplada en el parágrafo del artículo 26: "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." Lamentablemente como el impuesto sobre la renta es de período anual no sería posible hacer un ejercicio real de los efectos de la aplicación de esta norma, pues para hacerlo habría que esperar al cierre del ejercicio fiscal al 31 de diciembre de 2014, cuando ya no se podría evitar las consecuencias de la aplicación de la norma.

Sin embargo, para efectos didácticos, se toman las cifras de los estados financieros a diciembre 31 de 2013 de la empresa TITAN INTERCONTINENTAL S.A. SICA Y SFE, los cuales se hayan publicados en la página de la empresa: [http://www.titan.com.co/estados\\_financieros.php](http://www.titan.com.co/estados_financieros.php)

| EXPRESADO EN MILES DE PESOS                    | DICIEMBRE DE 2013 |
|------------------------------------------------|-------------------|
| <b>INGRESOS OPERACIONALES</b>                  |                   |
| OTROS INTERESES                                | 3.598             |
| COMISIONES Y HONORARIOS                        | 989.818           |
| CAMBIOS                                        | 39.826.120        |
| DESCUENTOS DE PROVEEDORES                      | 58                |
| DIVERSOS                                       | 338.639           |
| <b>TOTAL INGRESOS OPERACIONALES</b>            | <b>41.158.233</b> |
| <b>GASTOS OPERACIONALES</b>                    |                   |
| INTERESES CREDITOS DE OBLIGACIONES FINANCIERAS | 15.626            |
| OTROS INTERESES                                | 38.283            |
| COMISIONES                                     | 4.388.619         |
| GASTOS DE PERSONAL                             | 3.331.872         |
| HONORARIOS                                     | 623.690           |
| CAMBIOS                                        | 26.691.836        |
| IMPUESTOS                                      | 319.453           |
| ARRENDAMIENTOS                                 | 525.510           |
| CONTRIBUCIONES Y AFILIACIONES                  | 23.168            |
| SEGUROS                                        | 115.016           |
| MANTENIMIENTO Y REPARACIONES                   | 99.803            |
| ADECUACION E INSTALACION DE OFICINAS           | 115.265           |
| PROVISIONES                                    | 96.403            |
| AMORTIZACIONES                                 | 675.598           |
| DEPRECIACIONES                                 | 318.806           |
| DIVERSOS                                       | 3.843.430         |
| <b>TOTAL GASTOS OPERACIONALES</b>              | <b>41.222.378</b> |
| <b>RESULTADO OPERACIONAL</b>                   | <b>-64.145</b>    |
| <b>INGRESOS NO OPERACIONALES</b>               | <b>758.813</b>    |
| <b>GASTOS NO OPERACIONALES</b>                 | <b>167.505</b>    |
| <b>RESULTADO NO OPERACIONAL</b>                | <b>591.308</b>    |
| <b>RESULTADO TOTAL ANTES DE IMPUESTO</b>       | <b>527.163</b>    |

Al revisar los estados de resultados de la empresa se observa que en los gastos operacionales aparece contabilizada la cuenta Cambios por valor de \$26.691.836.000.

Suponiendo que no existiesen otras partidas conciliatorias de la renta como no deducibilidades (diferentes de la del art. 26), ingresos no constitutivos de renta, rentas exentas, ganancias ocasionales, etc., al aplicar la gradualidad de que trata el párrafo, del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se tendría que hacer la siguiente depuración:

1. Cálculo del valor no deducible de la diferencia en cambio  
(Para hacer el cálculo se establecen los valores en pesos pues estaban expresado en miles)

Valor de la diferencia en cambio contabilizada como costo o gasto: \$26.691.836.000

El menor valor entre:

- a. El 85% de lo pagado:  $\$26.691.836.000 \times 85\% = \$22.688.060.600$

|                                                      |                  |
|------------------------------------------------------|------------------|
| b. 100.000 UVT: $100.000 * 27.485$ (UVT para 2014) = | \$ 2.748.500.000 |
| c. 50% de costos y deducciones totales:              |                  |
| Total Gastos operacionales:                          | \$41.222.378.000 |
| Gastos No Operacionales:                             | 167.505.000      |
| Total costos y deducciones:                          | 41.389.883.000   |
| 50% :                                                | 20.694.941.500   |
| d. Menor valor:                                      | \$ 2.748.500.000 |

## 2. Cálculo de la renta líquida gravable

|                                                                        |                   |
|------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| Resultado total antes de impuesto                                      | \$ 527.163.000    |
| Más: Valor de la diferencia en cambio contabilizada como costo o gasto | \$26.691.836.000  |
| Menos: Menor valor aceptado Seg. Parágrafo Art. 26                     | -\$ 2.748.500.000 |
| Renta Líquida Gravable                                                 | \$24.470.499.000  |
| Impuesto sobre la Renta Líquida Gravable (25%)                         | \$ 6.117.625.000  |

En el siguiente cuadro se resume la situación de la empresa si se aplica la deducción del 100% la diferencia en cambio o si se aplica la gradualidad establecida en el parágrafo del art. 26:

|                                                |             |                 |
|------------------------------------------------|-------------|-----------------|
| Resultado total antes de impuesto              | 527.163.000 | 527.163.000     |
| Impuesto sobre la Renta Líquida Gravable (25%) | 131.791.000 | 6.117.625.000   |
| Utilidad o pérdida después del impuesto        | 395.372.000 | (5.590.462.000) |

Se observa como si se aplica la no deducibilidad de la diferencia en cambio originada en el pago de giros en efectivo, esta empresa tendría que liquidar un impuesto *desproporcionado* con respecto de su utilidad real, lo que, entre otras, lo haría confiscatorio e impediría continuar con el desarrollo de su actividad.

En este sentido, desde la aplicación del test de proporcionalidad, las normas demandadas no pasan los escrutinios de los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues como se encuentra demostrado, la medida no es "necesaria" o adecuada al fin perseguido de la competitividad, el control y la no evasión, pues violó el principio de confianza legítima de estas empresas. La medida tampoco supera la proporcionalidad en sentido estricto, pues el nivel de satisfacción de la medida que busca la competitividad, el control y la no evasión, no es proporcional al daño ocasionado en la confianza legítima, pues hemos demostrado como desde la prohibición indirecta de realizar pagos en efectivo, y desde la gradualidad, las empresas obligadas, por su naturaleza y actividad, a realizar sus pagos en efectivo, como los establecimientos dedicados a la compraventa con pacto de retroventa, desaparecerían del sistema económico colombiano; la afectación a la confianza legítima es excesivamente intensa, rompiendo su núcleo esencial de forma injustificada.

De esta manera, se demuestra empírica y jurídicamente que el sistema de gradualidad es inconstitucional, por desconocer el ámbito de protección del principio de confianza legítima, para las empresas que por su actividad y naturaleza deben pagar a sus acreedores en efectivo, y por ende el parágrafo, del artículo 26 demandado, debe ser declarado inconstitucional.

El legislador, en el artículo 26, no previó un sistema de garantía del principio de confianza legítima, y por ese solo hecho desaparecerán muchas empresas; no obstante, puso en marcha una parte del sistema, me refiero a la gradualidad que es inoperante en los casos demostrados. Se necesitaba todo un sistema, especialmente enfocado a las empresas que por su actividad y naturaleza no pueden dejar hacer pagos en efectivo. Las medidas no pueden solamente obligar a no hacer pagos en efectivo, debió la Ley contener para esa empresas las coordinadas suficientes para lograr el cambio, haciendo giros para lograr su

efectividad en dichas actividades, no solo imponiendo un actuar, se necesitaba un sistema de transición de fondo.

Lo que debió hacer el legislador fue verificar el impacto en las empresas que por naturaleza y actividad deben hacer pagos en efectivo, y para ellas que son especiales debió *"buscar alternativas progresivas para contrarrestar la afectación"*, como lo ordena la Corte Constitucional. No puede el Legislador ordenar que hay gradualidad, y que da un tiempo hasta el 2014, para que se adecúen, cuando es imposible adecuarse a una situación nueva que cambia las expectativas, se necesitaba para estas empresa, que no pueden cambiar la forma de pago en efectivo, haber dado alternativas progresivas para contrarrestar la afectación, eso si hubiese sido un verdadero proceso de transición, y no *"arrégleselas como pueda"*. Dar la orden gradual y un tiempo, no es un proceso, pues como se demuestra en esta demanda eso es inviable en la práctica, lo que hace es desaparecer las empresa o hacerlas informales para quedar por fuera de la cobertura de la norma impidiendo lograr el fin de la ley, el recaudo y la no evasión.

### **3. CARGO TERCERO: EL INCISO PRIMERO Y EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 1430 DE 2010, SON CONTRARIOS AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE ESCOGER PROFESIÓN U OFICIO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 DE LA CONSTITUCIÓN.**

#### **3.1. Contenido normativo del derecho fundamental a la libertad de escoger profesión u oficio.**

El derecho al trabajo se ve de forma colectiva e individual, en último sentido se concreta en diferentes derechos fundamentales, como la libertad de trabajo que se entiende como una expresión voluntaria de la personalidad no sometida a dominio o imposición ni del Estado, ni de los particulares y, en rigor, se contrae a la categoría jurídica de la Libertad de escoger o elegir libremente la profesión, el arte, la ocupación o el oficio, que es distinta de la de su ejercicio, según los artículos 25 y 26 de la Constitución. El artículo 26 de la Constitución, textualmente establece que: *"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad..."*.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a escoger libremente la profesión o el oficio, tiene una relación directa con la dignidad humana, en virtud de permisión de desarrollar un propio plan de vida. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que: *"La libertad de escoger y ejercer profesión u oficio, reconocida como derecho fundamental en el artículo 26 de la Carta Política, ha sido definida por la jurisprudencia como "uno de los estandartes de la dignidad de la persona", en tanto guarda relación con otros derechos constitucionales y permite al individuo "diseñar en forma autónoma su proyecto de vida en una de las facetas más importantes de la condición humana". Entre sus elementos estructurales se destacan los siguientes: "i) la proclamación del derecho de toda persona a escoger, de manera libre, profesión u oficio."*<sup>12</sup>

Teniendo en cuenta la importancia del derecho a escoger libremente la profesión y el oficio, en relación con la dignidad humana, el Legislador tiene unos límites sobre su facultad de regular la materia. Especialmente, dichos límites se centran en que no puede existir ningún espacio para la arbitrariedad, y para ello se hará un test de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que: *"...No obstante, la Corte también ha advertido que esa amplia potestad de regulación no puede confundirse con arbitrariedad, por cuanto toda limitación al ejercicio de una profesión u oficio debe responder a*

<sup>12</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, C-819-10.

*parámetros objetivos que la justifiquen en términos constitucionales, esto es, que atiendan criterios de razonabilidad y proporcionalidad.*"<sup>13</sup>

Ahora bien, de conformidad con lo anterior, el Legislador puede restringir el derecho de escoger libremente la profesión o el oficio, pero dicha restricción debe ser evaluada por el juez constitucional. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que: "Significa lo anterior que cuando en ejercicio de su margen de regulación normativa el Legislador impone restricciones al ejercicio de una profesión u oficio, corresponde al juez constitucional identificar cuáles son los motivos que le sirven de sustento y evaluar si con ello se desborda o no esa esfera competencial en detrimento de algún derecho o principio fundamental."<sup>14</sup>

En síntesis, esa amplia potestad de regulación no puede confundirse con arbitrariedad, por cuanto toda limitación al ejercicio de una profesión u oficio debe responder a parámetros objetivos que la justifiquen en términos constitucionales, esto es, que atiendan criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues el Legislador no goza de una libertad absoluta de configuración, habida cuenta de los derechos fundamentales en juego, como el derecho al trabajo y como la libertad de escoger profesión u oficio.<sup>15</sup>

### **3. 2. Demostración de la violación del derecho fundamental a la libertad de escoger profesión u oficio, por conducto del inciso primero y del párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010.**

Del inciso primero y del párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se puede constatar que su contenido normativo atiende a la imposición, para el contribuyente, de efectuar sus pagos mediante la bancarización, y para el sujeto pasivo (el acreedor), la imposición indirecta de recibir el pago a través de la banca, del sector financiero, pues de lo contrario el contribuyente no gozara de un reconocimiento fiscal pleno. Es una forma indirecta de prohibir los pagos en efectivo, por la fuerza de los costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables.

Lo anterior se configura como una restricción impuesta por el Legislador, pues ahora los contribuyentes, si quieren reconocimiento fiscal pleno, "deberán" hacer sus pagos a través de la banca. El Legislador impone un deber (o prohibición indirecta), que antes no existía, por eso esta nueva situación atribuida, por el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se configuran como una restricción a algo que antes era plenamente permitido, en el sentido que, sin importar la forma de pago, se tenía un tratamiento fiscal pleno.

Ahora bien, la pregunta ahora es: ¿dicha restricción legislativa es proporcional, o por el contrario desborda esa esfera competencial en detrimento de algún derecho o principio fundamental? La Respuesta a esta pregunta es evidente: no es proporcional la medida restrictiva legislativa. La anterior afirmación se hace evidente por todo lo demostrado en los epígrafes anteriores de esta acción, adicionado a la demostración de algunos tópicos propios de la libertad de escoger profesión u oficio, en relación con las empresas que, por su naturaleza y actividad, deben hacer sus pagos en efectivo, pues si lo hacen a través de la banca desaparecerían del sistema económico, como son los establecimientos de comercio dedicados a la compraventa con pacto de retroventa, donde demostramos, con trabajo de campo, que sus clientes no aceptan pagos diferentes al efectivo; y sin clientes no hay empresa, se extingue por no poder adelantar su objeto social.

<sup>13</sup> Cfr. ídem.

<sup>14</sup> Cfr. ídem.

<sup>15</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, C-619 de 1996.

Veamos esto desde el test de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos. Podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de necesidad (adecuación), debido a que existen otras vías mejores para lograr el fin perseguido por la Ley, es decir, para lograr competitividad, control y no evasión, sin violar los derechos de las personas, en este caso la libertad de escoger profesión u oficio.

Existe violación total de la libertad de escoger profesión u oficio, para las empresas colombianas, que, por su naturaleza y actividad, deben hacer sus pagos en efectivo, pues si lo hacen a través de la banca desaparecerían del sistema económico, como son los establecimientos de comercio dedicados a la compraventa con pacto de retroventa, donde demostramos, con trabajo de campo, que sus clientes no aceptan pagos diferentes al efectivo; y sin clientes no hay empresa, se extingue por no poder adelantar su objeto social. Con esta medida legislativa se cercenó la autonomía o la libertad de escoger su plan de vida desde la realización comercial y productiva, pues al aplicar las normas demandadas, así sea bajo el proceso de gradualidad descrito en su parágrafo, esas empresas se extinguirán, pues no pueden cometer su objeto social. Así las cosas, nadie puede dedicarse a estas profesiones u oficios, pues es legislador los hizo inviables, rompiendo así la libertad de escoger, pero tal limitación es injustificada.

Una medida que NO violara contundentemente los derechos de las personas descritas, sería aquella que tuviera en cuenta que no todos los contribuyentes son iguales, y que existen diferencias que son relevantes para tener en cuenta al legislar; debió la Ley realizar un trato diferenciado, teniendo en consideración aquellas empresas que se encuentran obligadas a realizar sus pagos en efectivo, para dar un tratamiento diferente que no las eliminara de sistema económico. De esa forma hubiese, el Legislador, logrado los fines previstos en la Ley sin causar daños intensos en miembros de la sociedad, dentro del discurso del Estado Social de Derecho, pues ahora nadie puede escoger dedicarse a las actividades comerciales a través de establecimientos de comercio dedicados a la compraventa con pacto de retroventa; esa ya no es una opción de realización del plan de vida desde una faceta productiva económicamente; no existe, por imposición legislativa, la libertad de escoger la profesión o el oficio de compraventa con pacto de retroventa.

En este mismo sentido, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el nivel de satisfacción, que pretende la ley, de la competitividad, el control y la no evasión, no es proporcional a la afectación o daño causado (extremadamente injusto, en palabras de Robert Alexy) al derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, para aquellas empresas que por su naturaleza y actividad, se ven obligadas a realizar sus pagos en efectivo, como se demostró atrás en el caso de la muerte de los establecimientos de comercio cuya actividad es la compraventa con pacto de retroventa, pues las llevaría a su muerte jurídica. El impacto de la medida es tan fuerte, que rompió el núcleo esencial al derecho de libertad de escoger profesión u oficio para el caso propuesto, y por ende no pasa la pretensión de corrección, es decir, el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, son inválidos jurídicamente, por una intromisión desproporcionada, esto es, arbitraria del Legislador, rompiendo así el núcleo esencial del derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, para las empresas y los empresarios referidos.

Por otra parte, resulta pertinente ahora traer un argumento que explicamos al comienzo de esta acción, en la introducción, de acuerdo con el cual, el artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, centra su objeto en el "pago" como un modo de extinguir obligaciones a través del cumplimiento efectivo de una prestación debida. Dijimos que esa

relación obligacional presenta dos extremos: el sujeto activo es quien realiza el pago, y el sujeto pasivo, en cambio, es quien recibe el pago (el acreedor). En los incisos anteriores, dedicamos las líneas a demostrar la violación a la libertad de escoger profesión u oficio para el sujeto activo, y ahora corresponde hacer lo mismo con el sujeto pasivo.

Respecto del sujeto pasivo (quien recibe el pago), el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, también genera efectos, pero de orden indirecto, pues la imposición, para el sujeto activo, fundada en una obligación que ordena la bancarización de los pagos, incide obligatoriamente en la persona que recibe el pago, pues solo recibirá esos pagos a través de 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, lo que implica una violación evidente de su situación vital, respecto de la libertad de escoger profesión u oficio.

De acuerdo con el estudio técnico de campo que adelantamos para esta acción de inconstitucionalidad (el cual va anexo a esta demanda), en áreas excluidas en el Departamento del Chocó y el Mismo Valle del Cauca, con respecto a la aplicación del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, la conclusión a la que se llegó es esta: *"Como resultado de esta investigación, se puede concluir, que las medidas adoptadas por el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, no han tenido en cuenta las poblaciones de la cuenca del Pacífico y del Atlántico, sectores riveraños a los Mares Pacífico y Atlántico que además de estar azotados por el abandono estatal y la violencia de los grupos armados, que es otro de los motivos para que no se instalen entidades Bancarias, hoy el estado impuso que toda transacción o pago para ser tenido como costo o deducción, debe efectuarse con cheque con la restricción de pago al primer beneficiario, lo que le está generando un gran problema a estas comunidades. Si bien es cierto, que el estado debe buscar y crear normas para evitar la evasión del impuesto, también lo es que esta no puede ir por encima del bienestar de las comunidades. El Estado no ha tenido en cuenta los trabajadores artesanales que habitan lugares recónditos o apartados y que además conforman un gran personal humano que poblacionalmente y socialmente se está viendo afectado con esta medida. No podrán seguir ejerciendo actividades comerciales y mercantiles con sociedades o compañías, puesto que estas los obligaran a recibir cheques con la restricción en cita o no comprarles sus productos, lo que causara un gran deterioro económico en las comunidades artesanales que son un gran complejo laboral social. El estado con esta medida, está obligando a todos y cada uno de los trabajadores colombianos ya sean independientes o dependientes, a tener que contar con una cuenta de ahorros o bancaria, otro logro de favorabilidad para dichas entidades, que no solo cobran por el manejo de la cuenta, sino que hay otros elementos de bienestar para ellos medida que va en contra vía del bienestar de los usuarios por los motivos antes expuestos. Para poder imponer dichas medidas, el estado debió efectuar un estudio serio y calificado, para que no se afectara la comunidad poblacional de estas zonas de una manera tan profunda, que además de causarles perjuicios económicos, les está causando perjuicios sociales y familiares."* (Resaltado fuera de texto).

La investigación se realizó en algunos municipios de Chocó y Valle del Cauca, los cuales por su localización tiene un acceso difícil toda vez que para llegar a ellos, solo se pudo realizar por un transporte mixto, es decir en vehículo automotor hasta una zona y desde ese lugar fue necesario transportarse por vía Marítima o fluvial a otro. Y lo que se obtuvo de la misma, se circunscribe a que el Estado no tuvo en cuenta a los trabajadores artesanales que habitan lugares recónditos o apartados de Colombia, y que además son considerado como grupos vulnerables de especial protección, pues en esta tierras desempeñan esas profesiones u oficios: indígenas, negritudes y gente pobre. Los oficios especialmente son de explotación de madera, minería y pesca.

Sobre la aplicación concreta del inciso primero y del párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, este informe de campo, puntualmente detectó que *"el pago con cheque que les hacen en los aserríos o empresas madereras (sociedad maderera de occidente) única existente en la zona, puesto que cuando los pagos*

*son pequeños o sea de Doscientos, Trescientos o cuatrocientos Mil pesos no se justifica invertir tiempo y dinero en transporte a demás porque pierden un día de trabajo para poder cambiar su cheque, por lo que se ven obligados a cambiarlo con los comerciantes informales que están aprovechando esta situación y enriqueciéndose ostensiblemente, pues ellos si circularán este dinero pagando con los cheques a los proveedores (Esta situación se presenta, porque la empresa todavía no está aplicando la norma con la restricción legal de pago a el primer beneficiario, pero cuando le de aplicación a la misma en los términos para su justificación tributaria, ya no podrán endosar los cheques a terceros y el problema se agudizará)."*

En síntesis, dice el informe que estas personas pertenecientes a grupos vulnerables, se están viendo afectadas de manera intensa y desproporcionada con esta medida. **No podrán seguir ejerciendo actividades comerciales y mercantiles con sociedades o compañías**, puesto que éstas los obligan a recibir cheques que no pueden cambiar, pues no hay bancos, hay problemas de orden público, y existe una geografía difícil para desplazarse a lugares donde hay presencia de bancos; o la otra situación a la que van a llegar es a que no les compren sus productos, lo que está causando un gran deterioro económico en las comunidades artesanales que son un gran complejo laboral social. Estos grupos vulnerables no pueden hacer ejercicio autónomo de su libertad de escoger profesión u oficio, por restricción de la Ley, no podrán seguir ejerciendo sus oficios ancestrales, como la artesanía, la explotación de madera, la pesca o la mimería, pues no pueden recibir sus pagos a través de la banca.

Veamos esto desde el test de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos. Podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de necesidad (adecuación), debido a que existen otras vías mejores para lograr el fin perseguido por la Ley, es decir, para lograr competitividad, control y no evasión, sin violar los derechos de las personas de grupos vulnerables, en este caso la libertad de escoger profesión u oficio. Existe violación total de la libertad de escoger profesión u oficio, para los artesanos descritos en el informe, pues no pueden recibir sus pagos con cheque, pues no hay bancos, hay problemas de orden público, y existe una geografía difícil para desplazarse a lugares donde hay presencia de bancos; o la otra situación a la que van a llegar es a que no les compren sus productos, lo que está causando un gran deterioro económico en las comunidades artesanales que son un gran complejo laboral social. Con esta medida legislativa se cercenó la autonomía o la libertad de escoger su plan de vida desde la realización de su profesión ancestral.

Una medida que **NO** violara contundentemente los derechos de las personas de grupos vulnerables descritos, sería aquella que tuviera en cuenta la situación real de esas personas y no solo fundarse en estadísticas realizadas por el Estado o por las asociaciones bancarias. Debió la Ley realizar un trato diferenciado, teniendo en consideración aquellas personas vulnerables que se encuentran obligadas a recibir pagos en cheque u otros medios a través de la banca, para dar un tratamiento diferente que no les impidiera ejercer sus oficios ancestrales, causando afectaciones a su mínimo vital. De esa forma hubiese, el Legislador, logrado los fines previstos en la Ley sin causar daños intensos en miembros de la sociedad, dentro del discurso del Estado Social de Derecho, pues ahora nadie puede escoger dedicarse a las actividades artesanales en esas regiones de Colombia.

En este mismo sentido, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el nivel de satisfacción, que pretende la ley, de la competitividad, el control y la no evasión, no es proporcional a la afectación o daño causado (extremadamente injusto, en palabras de Robert Alexy) al derecho a la libertad

de escoger profesión u oficio, para aquellas personas de grupos vulnerables, ya que no pueden recibir sus pagos con cheque, pues no hay bancos, hay problemas de orden público, y existe una geografía difícil para desplazarse a lugares donde hay presencia de bancos; o la otra situación a la que van a llegar es a que no les compren sus productos, lo que está causando un gran deterioro económico en las comunidades artesanales que son un gran complejo laboral social. Con esta medida legislativa se cercenó la autonomía o la libertad de escoger su plan de vida desde la realización de su profesión ancestral, y por ende el impacto de la medida es tan fuerte, que rompió el núcleo-esencial al derecho de libertad de escoger profesión u oficio para el caso propuesto, y por ende no pasa la pretensión de corrección, es decir, el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, son inválidos jurídicamente, por una intromisión desproporcionada, esto es, arbitraria del Legislador, rompiendo así el núcleo esencial del derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, para las personas que pertenecen a estos grupos vulnerables de la sociedad.

#### **4. CARGO CUARTO: EL INCISO PRIMERO Y EL PARÁGRAFO, DEL ARTÍCULO 26, DE LA LEY 1430 DE 2010, SON CONTRARIOS AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN**

El artículo 13 de la Constitución establece que: *"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."*

##### **4.1. Concepto de Igualdad**

Uno de los fundamentos, características y sobretodo, garantía propia de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho y de las actuales Instituciones de Derecho Internacional, es indiscutiblemente la consagración y el respeto de la igualdad. Sin embargo, éste es un término complejo y de difícil definición, pues al hablar de la igualdad nos referimos a un valor superior, a un principio, a un derecho o a una obligación, etc. Es decir, la igualdad en general compone un inicio, es decir un punto de partida, un objetivo, un medio, una finalidad, incluso un límite, por lo que se hace necesario intentar delimitarlo conceptualmente.

Para Bobbio, la igualdad es un valor supremo que se caracteriza por su indeterminación, es decir no se pueden establecer relaciones de igualdad sin identificar previamente titulares y cosas, por lo que afirma, en estos casos se debe responder a dos preguntas: *"a) Igualdad entre quiénes? y b) Igualdad en qué?"*<sup>16</sup>. De tal manera que todos los seres humanos son iguales, el quiénes; y, en dignidad, el qué. Es decir, cuando estamos realizando un análisis bajo la idea de igualdad, se trata de establecer dos variables básicas comparables: igualdad entre quienes, María y Juan; y en qué, acá entrarían factores como edad, sexo, nacionalidad, la raza, etc. Esta tesis fue recogida, por la Jurisprudencia colombiana, en la sentencia C-022 de 1996.

##### **4.2. La igualdad formal o de derecho.**

Esta forma de igualdad hace referencia a que la ley debe tratar de manera igual al conjunto de la ciudadanía, es decir no son admisibles distinciones de ningún

<sup>16</sup> Cfr. BOBBIO, N. *Igualdad y Libertad*. Paidós, Barcelona, 1993, pp. 53 y 54.

tipo, se debe tratar a todos los seres humanos de manera idéntica aunque existan diferencias entre ellos, no son admisibles ni privilegios ni discriminaciones. El profesor Peces-Barba, define la igualdad formal o equiparación como: *"Un proceso de igualación normativa como equiparación donde las diferencias como la del sexo no se consideran relevantes para justificar legalmente un trato desigual"*<sup>17</sup>.

#### 4.3. La igualdad real, sustancial o de hecho

El Estado Social de Derecho, pone especial atención en la igualdad de los seres humanos, no sólo desde un punto de vista formal, sino real, pues reconoce e identifica la existencia de desigualdades y dispone medidas para tratarlas. Por lo tanto, teniendo en cuenta que sería injusto dar un trato igual a todas las personas y situaciones, dada la gran diversidad y complejidad de circunstancias, se abrió paso la necesidad de tratar "igual a lo igual y desigual a lo desigual". Se impone la obligación a los poderes públicos de intervenir allí donde existen desigualdades, removiendo los obstáculos sociales, económicos o físicos que impiden la máxima justicia social, de manera que se procure la existencia de una sociedad donde sus integrantes puedan satisfacer el mayor número de necesidades, independientemente de sus rasgos, características e individualidades.

La igualdad material, real o sustancial, justifica las excepciones que se hacen a la igualdad formal con el propósito de eliminar las discriminaciones del pasado, sus efectos, o las desigualdades de hecho. Conforme con la igualdad material, es claro que como seres humanos todos somos iguales, pero de la misma manera todos somos seres únicos, diferentes, lo que hace que sea necesario tener en cuenta la diversidad y las diferencias y responder jurídicamente ante ellas.

Así las cosas, no es posible conferir un trato igual a todas las situaciones por que no todas las situaciones son iguales, hay particularidades que las hacen diferentes por tanto la respuesta jurídica debe ser también diferente, de lo contrario se estaría pretendiendo igualar algo que no es igual, ignorando dicha circunstancia, y generando injusticias. Sobre el particular, la Corte Constitucional dice que: *"Si bien la igualdad formal no es reacia a que se establezcan diferencias en el trato, pues ella debe ser interpretada conforme a la conocida regla de justicia según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, sí supone que todos los individuos, como sujetos de derechos, deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que, ante todo, un tratamiento distinto, debe justificarse con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad."*<sup>18</sup>

#### 4.4. Demostración de la violación del derecho fundamental a la Igualdad por conducto del inciso primero y del párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010.

Partimos de la siguiente afirmación: el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, violaron el derecho fundamental de la igualdad para las empresas que por su actividad y naturaleza se ven obligados a realizar sus pagos en efectivo, como son los establecimientos de comercio dedicados a la compraventa con pacto de retroventa, y también de algunos grupos vulnerables de la población más pobre. Para demostrar tal afirmación, primero se procederá a demostrar que las normas demandadas llevaron a cabo una interferencia en el derecho de igualdad de los implicados en esta demanda, luego se verificará que esas normas aplicaron un trato paritario a todos los contribuyentes como también a los destinatarios de los pagos, cuando sus circunstancias reales debieron ser favorecidas por el Legislador mediante un

<sup>17</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, G., *"De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones"* en: AA.VV. JOSE ANTONIO LOPEZ GARCÍA Y J. ALBERTO DEL REAL (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, 2000, p. 174.

<sup>18</sup> Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, C-371-00.

trato diferenciado, en ejercicio del deber de promoción y protección establecidos en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución.

En este orden, y con el fin de demostrar la restricción al derecho de igualdad para empresas que deben hacer sus pagos en efectivo, y para los acreedores como grupos vulnerables, cabe recordar que del inciso primero y del parágrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se puede constatar que su contenido normativo atiende a la imposición, para el contribuyente, de efectuar sus pagos mediante la bancarización, y para el sujeto pasivo (el acreedor), la imposición indirecta de recibir el pago a través de la banca, del sector financiero, pues de lo contrario el contribuyente no gozará de un reconocimiento fiscal pleno. Es una forma indirecta de prohibir los pagos en efectivo, por la fuerza de los costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables.

Lo anterior se configura como una restricción impuesta por el Legislador, para esas dos partes (empresas y grupos vulnerables de acreedores), pues ahora los contribuyentes, si quieren reconocimiento fiscal pleno, "deberán" hacer sus pagos a través de la banca. El Legislador impone un deber (o prohibición indirecta), que antes no existía, por eso esta nueva situación atribuida, por el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, se configuran como una restricción a algo que antes era plenamente permitido, en el sentido que, sin importar la forma de pago, se tenía un tratamiento fiscal pleno.

Ahora bien, la pregunta ahora es: ¿dicha restricción legislativa es proporcional, o por el contrario desborda esa esfera competencial en detrimento de algún derecho o principio fundamental? La Respuesta a esta pregunta es evidente: **no** es proporcional la medida restrictiva legislativa, por violación del derecho a la igualdad, en ejercicio del deber de aplicación de trato diferenciado, es decir, de promoción y protección establecidos en los incisos 2 y 3, del artículo 13, de la Constitución. Nos encontramos frente a la hipótesis de que las normas demandadas aplicaron un trato idéntico para personas que se encuentran en situaciones idénticas, por eso dice que "deberán" los contribuyentes hacer sus pagos a través de la banca si quieren un trato fiscal pleno; y nosotros estamos convencidos que la ley debió aplicar un trato diferenciado para los contribuyentes que deben hacer sus pagos en efectivo y acreedores de protección especial, ya que aunque existen similitudes con los demás contribuyentes y acreedores, también existen diferencias, y estas últimas son de mayor relevancia para requerir dicho trato diferenciado, esto es, era imperioso que el legislador pusiera en marcha los mecanismos de protección y promoción de los incisos 2 y 3, del artículo 13, de la Constitución.

El hecho de que el Legislador, mediante las normas demandadas, haya optado por aplicar un trato idéntico para personas que, según él, se encuentran en situaciones idénticas, por eso dice que "deberán" los contribuyentes hacer sus pagos a través de la banca si quieren un trato fiscal pleno, es violatorio del derecho de igualdad para las empresas que por su actividad y naturaleza deben hacer sus pagos en efectivo, pues si lo hacen a través de la banca desaparecerían del sistema económico, como son los establecimientos de comercio dedicados a la compraventa con pacto de retroventa, donde demostramos, con trabajo de campo, que sus clientes no aceptan pagos diferentes al efectivo; y sin clientes no hay empresa, se extingue por no poder adelantar su objeto social. No podía el Legislador aplicar un trato idéntico a todos los contribuyentes, pues queda demostrado que por no tener en cuenta estas diferencias contundentes llevará a la desaparición a este tipo de empresas.

Veamos esto desde el test de igualdad que utiliza el principio de proporcionalidad ordenado en los precedentes constitucionales descritos. Podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el

una violación evidente de su situación vital, y de su derecho de igualdad, en su faceta de promoción y de protección, en este caso, de personas que hacen parte de los grupos vulnerables, por la imposición Legislativa de trato paritario, sin tener en cuenta las relevantes diferencias en los acreedores de Colombia.

De acuerdo con el estudio técnico de campo que adelantamos para esta acción de inconstitucionalidad (el cual va anexo a esta demanda), en áreas excluidas en el Departamento del Choco y el Mismo Valle del Cauca, con respecto a la aplicación del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, la conclusión a la que se llegó es esta, respecto de esos grupos vulnerables: *"...No podrán seguir ejerciendo actividades comerciales y mercantiles con sociedades o compañías..."*. Recuérdese que en esas tierras desempeñan esas profesiones u oficios: indígenas, negritudes y gente pobre. Los oficios especialmente son de explotación de madera, minería y pesca.

En síntesis, dice el informe que estas personas pertenecientes a grupos vulnerables, se están viendo afectadas de manera intensa y desproporcionada con esta medida. **No podrán seguir ejerciendo actividades comerciales y mercantiles con sociedades o compañías**, puesto que éstas los obligan a recibir cheques que no pueden cambiar, pues no hay bancos, hay problemas de orden público, y existe una geografía difícil para desplazarse a lugares donde hay presencia de bancos; o la otra situación a la que van a llegar es a que no les compren sus productos, lo que está causando un gran deterioro económico en las comunidades artesanales que son un gran complejo laboral social.

Vcamosesto desde el test de igualdad, que utiliza el principio de proporcionalidad, ordenado en los precedentes constitucionales descritos. Podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el párrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de necesidad (adecuación), debido a que existen otras vías alternativas, es decir, mejores para lograr el fin perseguido por la Ley, es decir, para lograr competitividad, control y no evasión, sin violar los derechos de protección y promoción de los incisos 2 y 3, del artículo 13, de la Constitución, como una faceta del derecho de igualdad, para estas personas consideradas como grupos vulnerables.

Existe violación total de los derechos de promoción y protección del artículo 13 de la Constitución, para estos sujetos de especial protección, para los artesanos descritos en el informe, pues no pueden recibir sus pagos con cheque, pues no hay bancos, hay problemas de orden público, y existe una geografía difícil para desplazarse a lugares donde hay presencia de bancos; o la otra situación a la que van a llegar es, a que no les compren sus productos, lo que está causando un gran deterioro económico en las comunidades artesanales que son un gran complejo laboral social.

Una medida que **NO** violara confundentemente el derecho de igualdad, específicamente desde los derechos de protección y promoción de los grupos vulnerables, sería aquella que tuviera en cuenta que no todos los acreedores son iguales, y que existen diferencias que son relevantes para tener en cuenta al legislar; debió la Ley realizar un trato diferenciado, teniendo en consideración aquellas personas de grupos vulnerables descritos, y por tanto tenía que prever la situación real de esas personas y no solo fundarse en estadísticas realizadas por el Estado o por las asociaciones bancarias. Debió la Ley realizar un trato diferenciado, teniendo en consideración aquellas personas vulnerables que se encuentran obligadas a recibir pagos en cheque u otros medios a través de la banca, para dar un tratamiento diferente que les permitiera gozar de sus derechos a la promoción y protección del artículo 13 de la Constitución. De esa forma hubiese, el Legislador, logrado los fines previstos en la Ley sin causar daños intensos en miembros de la sociedad, dentro del discurso del Estado Social de Derecho, pues no se aplicaron los derechos de promoción y protección

subprincipio de necesidad (adecuación), debido a que existen otras vías alternativas, es decir, mejores para lograr el fin perseguido por la Ley, es decir, para lograr competitividad, control y no evasión, sin violar los derechos de protección y promoción de los incisos 2 y 3, del artículo 13, de la Constitución, como una faceta del derecho de igualdad (la otra faceta es la prohibición de no discriminación, a la que no nos referimos en esta demanda).

Existe violación total de los derechos de promoción y protección del artículo 13 de la Constitución, para las empresas colombianas que, por su naturaleza y actividad, deben hacer sus pagos en efectivo, pues si lo hacen a través de la banca desaparecerían del sistema económico, como son los establecimientos de comercio dedicados a la compraventa con pacto de retroventa, donde demostramos, con trabajo de campo, que sus clientes no aceptan pagos diferentes al efectivo; y sin clientes no hay empresa, se extingue por no poder adelantar su objeto social. Con esta medida legislativa de trato paritario (inconstitucional) se cercenó la posibilidad de participar en igualdad de oportunidades en la realización comercial y productiva de Colombia, pues al aplicar las normas demandadas, así sea bajo el proceso de gradualidad descrito en su parágrafo, esas empresas se extinguirán, pues no pueden cometer su objeto social.

Una medida que **NO** violara contundentemente el derecho de igualdad, específicamente desde los derechos de protección y promoción de las empresas descritas, sería aquella que tuviera en cuenta que no todos los contribuyentes son iguales, y que existen diferencias que son relevantes para tener en cuenta al legislar; debió la Ley realizar un trato diferenciado, teniendo en consideración aquellas empresas que se encuentran obligadas a realizar sus pagos en efectivo, para dar un tratamiento diferente que no las eliminara de sistema económico. De esa forma hubiese, el Legislador, logrado los fines previstos en la Ley, sin causar daños intensos en miembros de la sociedad, dentro del discurso del Estado Social de Derecho, pues ahora, por ejemplo, los establecimientos de comercio dedicados a la compraventa con pacto de retroventa puede competir en igualdad de condiciones, en virtud de la imposición legislativa de dar un trato paritario, a nuestro juicio, inconstitucional.

En este mismo sentido, podemos afirmar con toda certeza que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, no pasan el escrutinio impuesto por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el nivel de satisfacción, que pretende la ley, de la competitividad, el control y la no evasión, no es proporcional a la afectación o daño causado (extremadamente injusto, en palabras de Robert Alexy) al derecho a la protección y promoción, para aquellas empresas que por su naturaleza y actividad, se ven obligadas a realizar sus pagos en efectivo, como se demostró atrás en el caso de la muerte de los establecimientos de comercio cuya actividad es la compraventa con pacto de retroventa, pues las llevaría a su muerte jurídica. El impacto de la medida es tan fuerte, que rompió el núcleo esencial al derecho a la igualdad para estas empresas, y por ende no pasa la pretensión de corrección; es decir, el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la ley 1430 de 2010, son inválidos jurídicamente, por una intromisión desproporcionada, esto es, arbitraria del Legislador, por utilizar un trato paritario para todos los contribuyentes, sin tener en cuenta las diferencias muy relevantes que hemos demostrado.

Ahora bien, respecto del sujeto pasivo (quien recibe el pago), el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, también genera efectos, pero de orden indirecto, pues la imposición, para el sujeto activo, fundada en una obligación que ordena la bancarización de los pagos, incide obligatoriamente en la persona que recibe el pago, pues solo recibirá esos pagos a través de 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, lo que implica

para estas personas. Con esta medida legislativa de trato paritario se cercenaron los derechos de protección y promoción a los que tienen derecho estos grupos vulnerables.

Todo lo expuesto, es decir, la aplicación por parte del legislador, con las normas demandadas, de trato paritario sin tener en cuenta las diferencias relevantes, esto es, con ausencia de mecanismos de protección y promoción, que le hubiesen implicado la utilización de trato de diferenciado, es contrario a lo que ordena la Corte Constitucional, en la sentencia C-619 de 1996, al respecto ordeno que: *"El aserto anterior se funda no sólo en los principios universales de la igualdad, sino también en una valoración de las circunstancias de pobreza por las que atraviesa el país, que exigen al Estado fortalecer la libre competencia en igualdad de condiciones y le prohíben, decididamente, convertir el mercado laboral en una feria de privilegios y exclusiones arbitrarias. En este sentido se orienta la Constitución, al establecer como fin esencial del Estado facilitar la participación de todas las personas, en igualdad de condiciones, en la vida económica de la Nación."*

#### IV. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º, del artículo 241, de la Constitución Política. De acuerdo con esta norma, le corresponde a la Corte Constitucional decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

#### V. PETICIÓN

Señores Magistrados, de manera respetuosa, les solicito que se declare la inconstitucionalidad del inciso primero y del parágrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010. La anterior petición, la hago con base en los cargos 1, 2, 3 y 4 de esta acción. Teniendo en cuenta que todos los cargos que se han expuesto, demuestran contundentes violaciones a la Constitución de 1991.

En caso de que la Corte Constitucional considere que el inciso primero y el parágrafo, ambos del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010, son constitucionales, como **petición subsidiaria** ruego, a los señores Magistrados, declarar la exequibilidad condicionada de dichas normas demandadas, en el entendido de que las mismas no aplican para las empresas que, por su naturaleza y actividad, obligatoriamente deben hacer sus pagos en efectivo, como son los establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa, y tampoco sean aplicadas para los grupos vulnerables de la población descritos en esta demanda.

#### VI. PRUEBAS Y ANEXOS

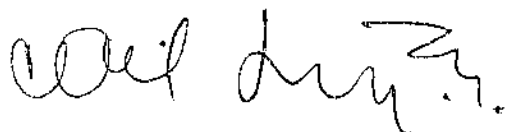
Solicito a los señores magistrados se sirvan tener como tales y darles pleno valor probatorio a las siguientes:

1. Original del trabajo de investigación, en establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa. (Anexo I).
2. Medio magnético (USB) que recoge los originales de las 1826 encuestas, en 58 municipios del país, a personas que realizaron negocios en 186 establecimientos de comercio dedicados a la actividad de compraventa con pacto de retroventa. (Anexo II).
3. Original del informe técnico de campo, adelantado en áreas excluidas en el Departamento del Chocó y el Mismo Valle del Cauca, con respecto a la aplicación del artículo 26, de la Ley 1430 de 2010. (Anexo III).

## VII. NOTIFICACIONES

Señores magistrados, recibiré notificaciones en la secretaría de la Corte Constitucional, y en la Carrera 56 B No. 127-27, oficina 324, de Bogotá D.C.  
Correo electrónico: calopezca2@hotmail.com

Atentamente,



**CARLOS ALBERTO LÓPEZ CADENA**  
C.C. No. 9.396.901