



Bogotá D.C., 25 AGO 2014

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

Ref: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 (parcial) de la Ley 1430 de 2010 "*Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad*".

Demandante: CARLOS ALBERTO LÓPEZ CADENA.

Magistrada Ponente: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.

Expediente No. D-10234.

Concepto No. - 5814 -

De conformidad con lo previsto en los artículos 242, numeral 2°, y 278, numeral 5°, de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6 y 242, numeral 1° de la Carta, instauró el ciudadano Carlos Alberto López Cadena contra el artículo 26 (parcial) de la Ley 1430 de 2010, cuyo texto se resalta a continuación (con lo demandado en negrillas):

"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 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.



Concepto No. - 5814 -

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 80 de la Ley 31 de 1992.

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

- En el primer año, el menor entre el ochenta y cinco por ciento (85%) de lo pagado o cien mil (100.000) UVT, o el cincuenta por ciento (50%) de los costos y deducciones totales.

- En el segundo año, el menor entre el setenta por ciento (70%) de lo pagado u ochenta mil (80.000) UVT, o el cuarenta y cinco por ciento (45%) de los costos y deducciones totales.

- En el tercer año, el menor entre el cincuenta y cinco por ciento (55%) de lo pagado o sesenta mil (60.000) UVT, o el cuarenta por ciento (40%) de los costos y deducciones totales.

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

Esta gradualidad prevista en el presente artículo empieza su aplicación a partir del año gravable 2014¹.

1. Planteamientos de la demanda

1.1. En la demanda se dice que el primer inciso y el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, al dar un reconocimiento fiscal pleno a los pagos de costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables realizados a través del sistema financiero, vulneran el derecho a la igualdad (artículo 13 constitucional) de las empresas cuyas actividades ordinarias hacen necesario que se realicen pagos en efectivo a sus clientes, tales como aquellas que celebran contratos de compraventa con pacto de retroventa (casas de empeño)¹.

¹ De acuerdo con un estudio de campo que se aporta con la demanda, la desproporción de la exigencia contenida en la norma acusada respecto del contrato de compraventa con pacto de retroventa consiste en que quienes acuden a tales contratos necesitan el dinero en efectivo, no siendo útil para ellos que el pago sea realizado por un medio diferente. De igual manera, el actor cita el ejemplo de las actividades que realizan las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, antes conocidas como casas de cambios plenas (Cfr. Página 17 de la demandad inicialmente presentada).



Concepto No. 58149

Considera el actor que tal violación del derecho a la igualdad se presenta porque existe un trato desproporcionado entre los fines que persigue la norma (competitividad y control de la evasión) y la afectación o daño causado a las empresas que por su naturaleza o actividad se ven obligadas a hacer sus pagos en efectivo, en la medida que el trato tributario demandado les significará su muerte jurídica².

Al respecto afirma:

“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 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”.

1.2. Por otra parte, estima el accionante que la norma parcialmente demandada es contraria al principio de confianza legítima (art. 83 superior) de las empresas cuyas actividades ordinarias hacen necesario que se realicen pagos en efectivo a sus clientes puesto que la ley no tomó medidas idóneas

² Es de anotar que el libelista hace un análisis financiero y contable del impacto de la aplicación de la norma demandada en relación con la falta de proporcionalidad de la misma en sentido estricto (Cfr. Páginas 18, 19 y 20 de la demanda originalmente presentada).



Concepto No. - 58147

para mitigar la afectación de las expectativas de tales empresas frente al nuevo tipo de obligación tributaria.

1.3. En la demanda también se acusa que los apartes cuestionados del artículo 26 de la Ley 1430 de 2010 vulneran la libertad para escoger profesión un oficio (art. 26 de la Constitución), al imponer al contribuyente la obligación de efectuar sus pagos a través de las entidades financieras y al acreedor la carga de recibirlos por intermedio de los bancos, so pena de no gozar de un reconocimiento fiscal pleno. El compromiso de la libertad referida lo percibe así el libelista porque se impuso una restricción absoluta no justificada para que las personas puedan dedicarse al oficio de la venta con el pacto de retroventa.

Tal imposición, en concepto del actor, constituye una forma indirecta de prohibir los pagos en efectivo, desconociendo que existen empresas que por la naturaleza de su actividad deben realizar sus pagos sin intervención de banca, lo que implica que se les está castigando o condenando, por medio de la sanción tributaria, a desaparecer del sistema económico.

1.4. Finalmente, el actor considera que el artículo parcialmente demandado, al limitar los efectos fiscales de los pagos en efectivo, desconoce la libertad de empresa (art. 333 superior), pues hace imposible poner en práctica la actividad de comercio y no permite ejercer la libertad contractual ni obtener un beneficio económico razonable.

2. Problema jurídico

Considera esta jefatura que se debe determinar si limitar los pagos que pueden hacer en efectivo los contribuyentes o responsables en relación con la totalidad de pagos que efectúan dichos sujetos pasivos de obligaciones tributarias, para que le sean reconocidos como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, viola:



Concepto No. - 5814 -

(i) El derecho a la igualdad de las personas cuyas actividades ordinarias hacen necesario que se realicen todos los pagos o la mayoría de los mismos en efectivo a sus clientes o proveedores, por constituirse la norma demandada en un trato tributario desproporcionado;

(ii) La confianza legítima de las personas cuyas actividades ordinarias hacen necesario que se realicen todos los pagos o la mayoría de los mismos en efectivo a sus clientes o proveedores, al no haber tomado la ley las medidas idóneas para mitigar la afectación de las expectativas de esas personas frente a la nueva obligación tributaria de hacer la mayoría de pagos a través del sistema financiero;

(iii) La libertad para escoger profesión u oficio de las personas cuyas actividades ordinarias hacen necesario que se realicen todos los pagos o la mayoría de los mismos en efectivo a sus clientes o proveedores, porque tales sujetos pasivos no pueden dedicarse libremente a ejercer esos oficios por el impacto negativo desproporcionado que les produce la medida demandada; y

(iv) La libertad de empresa de las personas cuyas actividades ordinarias hacen necesario que se realicen todos los pagos o la mayoría de los mismos en efectivo a sus clientes o proveedores, en cuanto a que dificulta en forma desproporcionada la práctica comercial de tales personas.

3. Configuración de la cosa juzgada constitucional respecto del cargo relativo a la vulneración del derecho a la libertad de empresa (artículo 333 superior)

De antemano es preciso advertir que el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010 ya ha sido objeto de control constitucional y declarado exequible por parte de la Corte Constitucional en las sentencias C-249 de 2013 y C-264 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo).



Concepto No. - 5814

En efecto, en la sentencia C-249 de 2013 la Corte Constitucional resolvió los siguientes dos problemas jurídicos: (i) si el legislador violó el principio de equidad tributaria cuando estableció que, luego de un plazo de tres años, los costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables pagados en efectivo no tienen pleno reconocimiento fiscal, mientras los pagados por determinados medios bancarios y por los demás medios de extinción de la obligación sí lo tienen; y (ii) si la norma acusada en esa ocasión vulneraba el principio de buena fe, al determinar que para efectos fiscales no cuentan como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables los pagos que se hayan hecho por medios distintos a los en ella definidos, aun cuando dichos pagos en efecto se hayan dado pero a través de otros medios.

Posteriormente, en la Sentencia C-264 de 2013, que se transcribirá *in extenso* dada la importancia de la misma para resolver el problema jurídico *sub examine*, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1430 de 2010 (adicionado por el artículo 164 de la Ley 1607 de 2012 que, a su vez, adiciona el artículo 771-5 del Estatuto Tributario), cuestionado en ese momento bajo los siguientes supuestos: (i) que al regular los medios de pago aceptables, a partir del año gravable 2014, para reconocer en materia fiscal costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables, se desconocía la libertad económica y de empresa, prevista en el artículo 333 de la Constitución, al no reconocerse la totalidad de los pagos hechos en efectivo como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables; y (ii) que al exigir que para efectos de su reconocimiento fiscal, los pagos deban hacerse por medio del sistema financiero, con el costo que de ello se sigue, la norma obligaba de manera injustificada y onerosa a los contribuyentes a asumir mayores costos de transacción en su actividad económica.

Frente a los citados planteamientos de inconstitucionalidad, la Corte hizo en esa sentencia las siguientes consideraciones:



Concepto No. - 5814 .

“[E]l límite al reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables de los pagos en efectivo, no brinda un trato diferencial y discriminatorio a empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; no afecta su derecho a concurrir al mercado o a retirarse de él; no desconoce su libertad de organización ni interfiere en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; no conculca el derecho a la libre iniciativa privada; no menoscaba el derecho a crear establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos de ley; y no desconoce el derecho a recibir un beneficio económico razonable. Por lo tanto, se cumple el requisito de no afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa”.

Para sustentar esta posición, la Corte señaló, allí mismo, que la disposición ahora nuevamente acusada:

“[O]bedece de manera explícita a cuatro motivos: generar mecanismos de control efectivos, incentivar el uso de transacciones financieras, dar condiciones para formalizar las empresas, y propender por la eficiencia y seguridad tanto para la administración como para el contribuyente. El primer motivo podría entenderse también...en una doble dimensión: asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y combatir los fenómenos de la evasión y la elusión tributaria. En cuanto a los motivos implícitos, como lo pone de presente este interviniente, podría considerarse el de combatir el lavado de activos”.

Agregó también la Corte en aquella ocasión que

“[T]anto por sus motivos explícitos como por sus motivos implícitos, el límite a la libertad económica y de empresa establecido en el artículo 771-5 del Estatuto Tributario, cuenta con una justificación adecuada y suficiente. porque: (i) los contribuyentes tienen el deber constitucional de contribuir a financiar los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (art. 95.9 C.P.), valga decir, su tributación debe reflejar su realidad económica, sin trampas, distorsiones o engaños; y (ii) el Estado tiene el deber de concretar en la realidad los principios de equidad, eficiencia y progresividad en los que debe fundarse el sistema tributario (art. 363 C.P.). Los mecanismos de control a la tributación aseguran que tanto los contribuyentes como el Estado cumplan sus deberes constitucionales”.

En suma, para la Corte Constitucional el fundamento jurídico de la decisión de exequibilidad se concreta en que “[l]a libertad económica y de empresa puede limitarse, en materia tributaria, al no reconocer la totalidad de los pagos en efectivo como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables,



Concepto No. - 5814 9

*siempre que el límite: (i) esté previsto en la ley, (ii) no afecte el núcleo esencial de la libertad de empresa, (iii) obedezca a motivos adecuados y suficientes que lo justifiquen, (iv) obedezca al principio de solidaridad y (v) responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad*³.

Así las cosas, partiendo de lo dicho en la Sentencia C-264 de 2013 esta jefatura concluye que en relación con el cargo relativo a la vulneración del derecho a la libertad de empresa (artículo 333 de la Carta Política) de la demanda *sub examine* ya se configuró cosa juzgada constitucional, razón por la cual esta vista fiscal limitará su análisis de fondo a los demás cargos presentados por el actor, sin perjuicio de que las consideraciones expuestas en las sentencias C-249 de 2013 y C-264 de 2013 puedan ser tenidas en cuenta en caso de considerarse relevantes para resolver los otros problemas de constitucionalidad planteados en esta oportunidad.

4. Análisis de constitucionalidad

4.1. Para poder analizar los problemas jurídicos propuestos esta jefatura considera que ante todo resulta imprescindible determinar los alcances de la norma demandada.

El artículo 26 de la Ley 1430 de 2010 regula lo correspondiente a los medios de pago que tendrán reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, teniendo como válidos para tales efectos los que se hagan a través del sistema financiero. En el párrafo de dicho artículo³ se establece la excepción porcentual de pagos en efectivo que tienen reconocimiento fiscal frente a la regla general de pagos a través del sistema financiero.

³ Es de anotar que mediante los artículos 164 de la Ley 1607 de 2012 y 23 de la Ley 1731 de 2014 se adicionaron los párrafos 2° y 3° del artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, respectivamente, sin que tales adiciones hayan modificado el contenido de la norma que los contiene.



Concepto No. 5814

Esa excepción es de implantación gradual, a partir del año gravable 2014, y el monto máximo admisible de pagos en efectivo frente al pago total de los mismos para reconocimiento fiscal se determina por el menor valor que genere una de las tres siguientes variables: (a) un porcentaje de lo pagado; (b) el equivalente a un porcentaje de los costos y deducciones totales; o (c) los pagos equivalentes a un número fijo determinado de unidades de valor tributario -UVT-.

En concreto, la implantación gradual de la norma se estableció así:

| LÍMITE MÁXIMO DE PAGOS EN EFECTIVO PARA RECONOCIMIENTO FISCAL | |
|--|---|
| Año 2014 | El menor valor entre el 85% de lo pagado, el 50% de los costos y deducciones totales o 100.000 UVT. |
| Año 2015 | El menor valor entre el 70% de lo pagado, el 45% de los costos y deducciones totales, o 80.000 UVT |
| Año 2016 | El menor valor entre el 55% de lo pagado, el 40% de los costos y deducciones totales, o el 60.000 UVT |
| Año 2017 y siguientes | El menor valor entre el 40% de lo pagado, el 35% de los costos y deducciones totales, o 40.000 UVT. |

4.2. Presentado el contenido de la norma demandada y explicada la forma de se dará su aplicación en el tiempo, a continuación esta jefatura procederá a hacer exponer sus efectos prácticos utilizando un ejemplo en donde todos los pagos se realizan en efectivo.

En primer lugar debe recordarse que para una persona jurídica la liquidación del impuesto de renta se hace a partir de la determinación de la renta líquida



Concepto No. - 5814 *

ordinaria⁴ del ejercicio, para lo cual al total de ingresos netos⁵ se le resta el total de costos⁶ y el total de deducciones⁷. Y que lo mismo se hace para las personas naturales mediante la aplicación del procedimiento⁹ ordinario¹⁰.

Hecha esta aclaración, tomando como ejemplo el caso de una microempresa que, para el año 2014 y por la naturaleza de su actividad o por el entorno cultural donde se encuentre, tuviera ingresos netos de 15.000 millones de pesos y entre costos y deducciones sumara 12.000 millones de pesos, se tiene que la misma tendría una renta¹¹ de 3000 millones sobre la que tendría que tributar -tarifa única del 25%- un total de 750 millones, quedando como saldo de ganancia neta un valor de 2250 millones de pesos.

Por lo tanto, asumiendo que el total de pagos efectuados por esa empresa fuera igual al monto de sus costos y de las deducciones (pues de lo contrario el total de pagos sería mayor), entonces el 85% del total de los pagos efectuados por esa empresa sería de 12.750 millones, el 50% de los costos y deducciones sería de 7.500 millones y, por su parte, el equivalente de las 100.000 UVT¹² serían 2748,5 millones.

De igual forma, si al total de ingresos por 15.000 millones de pesos se les restara el menor de los tres valores (ya determinados) respecto de los cuales se les permite hacer el reconocimiento fiscal, esto es 2748,5 millones, quedaría un saldo de 12.251,5 millones de pesos respecto de los cuales no se

⁴ Cfr. Estatuto Tributario, artículo 26.

⁵ Cfr. Estatuto Tributario, artículos 27 y siguientes.

⁶ Cfr. Estatuto Tributario, artículos 58 y siguientes.

⁷ Cfr. Estatuto Tributario, artículos 104 y siguientes.

⁸ Para una mejor comprensión, consúltese el formulario para declaración de renta de personas jurídicas y naturales obligadas a llevar contabilidad, en sus casillas 48, 51, 56, 58, 66, 70 y 73 [Fuente: <http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2014/Proyectos/110-2014.pdf>].

⁹ Si la renta líquida gravable determinada por el procedimiento ordinario es mayor que la renta gravable alternativa para empleados -IMAN-, ese mayor valor es el que determina el impuesto de renta.

¹⁰ Para una mejor comprensión, consúltese el formulario para declaración de renta de personas naturales no obligadas a llevar contabilidad, en sus casillas 46, 52, 56, 69 y 93 [Fuente: <http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2014/Proyectos/210-2014.FH11.pdf>].

¹¹ En promedio, las rentas de los negocios pueden ser del 20%.

¹² UVT año 2014 = \$27485 pesos.



Concepto No. - 5814

permitiría ningún reconocimiento fiscal en tanto corresponderían a pagos también realizados en efectivo. Y el resultando sería que el impuesto de renta en este caso sería de 3062,875 millones de pesos, lo que, a su vez, daría lugar a una pérdida neta de casi 63 millones de pesos.

Si, en segundo lugar, se tomaran como referente los mismos valores utilizados en el anterior ejercicio de liquidación del impuesto de renta y se hiciera el análisis respectivo para el año 2017, para el que en la norma demandada se establece el valor mínimo de pagos en efectivo que en forma permanente será aceptado para reconocimientos fiscales, a partir de esa vigencia fiscal, también se llegaría a un resultado semejante.

En efecto, asumiendo nuevamente que en ese periodo fiscal el total de pagos efectuados por una microempresa fuera igual al monto de sus costos y de las respectivas deducciones, se tendría que el 40% de total de los pagos efectuados por esa microempresa serían del orden de 6000 millones, mientras que el 35% de los costos y deducciones sería de 5250 millones y el equivalente a 40.000 UVT¹³ de 1.097 millones.

Y si al total de ingresos por 15.000 millones de pesos se restara el menor de los tres ya valores (ya determinados) a los cuales se les permite tener reconocimiento fiscal, que en este caso sería el de 1.097 millones, quedaría un saldo de 13.903 millones de pesos respecto de los cuales no se haría ningún reconocimiento fiscal por haber sido también pagos realizados en efectivo, lo que resultaría en la obligación de pagar un impuesto de renta que ascendería a los 3475.750.000,00 pesos, arrojando una pérdida neta de casi 476 millones de pesos.

4.3. Partiendo de los anteriores ejemplos, *prima facie* esta jefatura advierte que, como lo sugiere el actor, las disposiciones impugnadas efectivamente

¹³ UVT año 2014 = \$27485 pesos.



Concepto No. -5814

podrían generarle pérdidas a algunas microempresas, así como a empresas pequeñas, medianas y aún grandes. De igual manera, observa y llama la atención sobre el hecho de que la norma analizada también le es aplicable a las personas naturales, ya que la misma no hace distinciones a este respecto.

Finalmente, debe tenerse en cuenta también que muchos negocios y empresas en todo el país hacen sus pagos en efectivo en razón de la misma dinámica de sus actividades, o por la cultura del medio, la localización geográfica, las ineficiencias del mismo sector financiero o incluso por razones prácticas, como es el caso especialmente de las actividades de intermediación, y que de no hacerlo así el mismo mercado los castiga en relación con sus competidores que sí responden al trato negocial en efectivo. En pocas palabras, que estos actores económicos responden al comportamiento del mercado (dentro del que cabe la opción lícita de realizar sus transacciones mediante pagos en efectivo) o pierden o, peor aún, salen del mercado.

4.4. Hechas estas consideraciones generales, a continuación esta jefatura procede a resolver el cargo correspondiente a la violación del derecho a la igualdad por el trato tributario desproporcionado da la norma demandada confiere a las personas cuyas actividades ordinarias hacen necesario que todos o la mayoría de sus pagos a sus clientes o proveedores se realicen en efectivo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que esta norma limita los pagos que pueden hacer en efectivo los contribuyentes o responsables, en relación con la totalidad de pagos que efectúan los mismos como sujetos pasivos de obligaciones tributarias, en tanto que no los reconoce todos como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables.

Partiendo entonces de la base de que existe esta norma tributaria que tiene por finalidad que la mayoría o todos los pagos que hagan los sujetos pasivos



Concepto No. - 5814 -

de las obligaciones tributarias se hagan mediante el sistema financiero para efectos de reconocerles los costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables, sin haber hecho ningún tipo reconocimiento o distinción con relación a las realidades económicas en donde los pagos en efectivo prevalecen en forma casi absoluta, se hace necesario determinar la proporcionalidad de la medida cuestionada aplicando para ello la metodología de análisis propuesta para este tipo de casos y conocida como test de proporcionalidad¹⁴.

Este test ha sido descrito por la Corte Constitucional como “*un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza*”, y consiste en un ejercicio de sopeso y ponderación de los valores o principios en lugar de de una confrontación lógica de los mismos que no tiene cabida a nivel constitucional, cuyo objeto es discernir cuál debe preponderar en un caso concreto.

Como todo test, el test de proporcionalidad busca comprobar la validez, en este caso de una norma jurídica, a través del agotamiento de unos estadios analíticos concatenados que no la descalifiquen, cuales son los pasos de adecuación, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, con los cuales se pretende determinar si la respectiva norma resultad adecuada al orden constitucional especialmente desde el punto de vista del principio-derecho a la igualdad, en tanto se busca verificar si la norma otorga un trato diferente a sujetos que se encuentran en igualdad de condiciones, o un trato igual a sujetos en condiciones desiguales, implicando para ellos unas consecuencias gravosas que se consideran inaceptables a la luz de las normas superiores pertinentes.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2014 (M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla).



Concepto No. - 5814

Así, se considera que una norma legal resulta: (i) adecuada desde el punto de vista constitucional cuando los medios que contiene para conseguir el fin constitucionalmente válido que persigue efectivamente permiten alcanzar ese propósito; (ii) necesaria, cuando no existen otros medios para conducir al fin que se pretende que sacrifican menos los valores constitucionales afectados con el uso de los medios establecidos; y, finalmente, (iii) proporcional en sentido estricto, cuando se logra establecer que, con los medios que prevé permite alcanzar y satisfacer valores, principios o fines constitucionalmente sin sacrificar valores y principios constitucionales más importantes o que tengan mayor peso que el valor o principio pretendido en el caso concreto.

Para realizar un test de proporcionalidad sobre la norma acusada debe hacerse en un nivel intermedio¹⁵ teniendo en cuenta que su contenido es especialmente de orden tributario y penal y está relacionada con la intención legítima que tuvo el legislador de evitar la evasión de impuestos o el lavado de activos, entre otras.

En cuanto a la adecuación de la medida analizada, sin embargo, esta jefatura considera que se presentan serias en tanto que se advierte que la restricción de pagos en efectivo para efectos de su reconocimiento fiscal no garantiza que los fines de la misma (permitir un mayor control tributario y evitar o reducir delitos tributarios facilitando la tributación) se cumplan, ya que las evasiones, los lavados de activos y otros comportamientos contrarios a la eficiencia contributiva o al régimen penal, practicados por personas de manera sistemática mediante el uso del dinero en efectivo, en todo caso continuarán en tanto que, precisamente, se realizan en un contexto informal. Lo anterior, con el agravante que se va a incrementar el mercado negro de dinero en efectivo en la medida en que muchos negocios que son legales tendrán o, por lo menos, se hará más fácil que se transformen en negocios

¹⁵ Lo anterior siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional que a su vez se ha guiado por el desarrollo que ha tenido la figura del test de proporcionalidad en el derecho norteamericano, por ejemplo: Sentencia C-766 de 2013. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).



Concepto No. - 5814

clandestinos, como resultado de las pérdidas que podría generarles la norma demandada.

En este sentido, esta jefatura considera que la medida tendrá una aplicación relativa, circunscrita a la población que vive en la formalidad, y limitada o condicionada a que pueda seguirse aplicando en la misma persona jurídica, si es que ésta no quiebra por razón de las pérdidas que la norma demandada podría generarle, o en la misma persona natural hasta que ésta no pierda su empleo¹⁶ por estas mismas causas.

En lo referente a la necesidad de la norma, esta vista fiscal encuentra que la misma resulta innecesaria en tanto que existen o podrían existir otros medios para controlar los comportamientos de los sujetos obligados que utilizan el dinero en efectivo para hacer sus pagos, los cuales sí tienen reconocimiento constitucional¹⁷ y resultan menos gravosos para conseguir las finalidades de control fiscal o penal que la norma persigue, tales como los informes contables electrónicos o la imposición de contabilidad basada en códigos de barras o la remisión obligatoria de la declaración tributaria presentada por vía electrónica junto con los soportes de su elaboración, además del resto de potestades de control que le otorgan a la autoridad tributaria, entre otros, los artículos 622 a 633¹⁸ y 683 y siguientes del Estatuto Tributario.

En este sentido, es claro que lo que no puede hacer el Estado es imponer sanciones tributarias so pretexto de ejercitar controles financieros o penales más eficaces. Por el contrario, en estos casos lo procedente y aceptable para el Estado, en concepto del jefe del ministerio público, es conceder estímulos tributarios positivos o favorable —v.gr. rebajar algo del impuesto cuando el

¹⁶ Esta situación se ilustra mejor si se tiene en cuenta que ya para el año gravable 2013 están obligadas a declarar renta todas las personas naturales que haya obtenido ingresos mínimo anual de \$37.577.000.00 de pesos.

¹⁷ Cfr. Constitución Política, artículo 15.

¹⁸ Dichos artículos se refieren a los deberes y obligaciones de información a cargo de los sujetos obligados y a las facultades de fiscalización e investigación que tiene la autoridad tributaria, competencias que tienen alcance de aplicación procesal penal y policial por remisión normativa.



Concepto No. - 5814

sujeto pasivo hace un uso total o mayoritario del sistema financiero para realizar sus pagos—, pero no implantar estímulos negativos o imponer sanciones como consumos, como es el caso del consto financiero que implica la norma demandada, los cuales son contrarios al ejercicio de las libertades económicas y al libre desarrollo de la personalidad en su expresión económica, manifestada en este caso por la libertad para elegir los medios de pago que tienen las personas naturales tanto para ejercer de forma directa como a través de las diferentes formas en que les es posible asociarse (personas jurídicas).

Así, el jefe del ministerio público considera que siempre debe tenerse en cuenta que el principio de eficiencia tributaria corre a cargo de los Estados como un asunto propio de legitimidad y de control de la función pública, y que no se puede pretender trasladar el mismo a los particulares con cargo a su propio peculio, como se advierte que sucede con la norma demandada.

En efecto, en el presente caso la falta de necesidad de la norma cuestionada cobra mayor relevancia desde el punto de vista la legitimidad de los fines de control tributario y penal que persigue, dado que para estos controles están tanto las autoridades¹⁹ como las normas tributarias y penales pertinentes, por lo que no es de recibo buscar soluciones inaceptables para un régimen de libertades tales como implícitamente presumir que el uso del dinero en efectivo por parte de todos los habitantes de Colombia siempre tiene como propósito eludir el cumplimiento de esas normas tributarias o punitivas.

¹⁹ De hecho, es tan innecesaria la medida adoptada con las disposiciones censuradas, que la misma la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, aun teniendo otros mecanismos para controlar el comportamiento tributario de los sujetos pasivos, al parecer no hace uso de los mismos de forma eficiente, sino que le carga los costos de tal comportamiento ineficiente a los sujetos obligados. En efecto, parece ser que en el año 2013 la Dian no hizo uso en debida forma de las solicitudes que ordena el artículo 631 del Estatuto Tributario para efectos del análisis y cruce de información, como tampoco fue eficiente en lo referente a la reglamentación de la retención en la fuente del impuesto CREE, ya que primero lo hizo en una forma mediante el Decreto 862 de 2013, y luego lo hizo en otra a partir del 1º de noviembre de ese mismo año a través del Decreto 1828 de 2013, lo que significó que los sujetos obligados perdieran la inversión en recursos económicos, físicos, tecnológicos y de otra naturaleza que habían realizado con base en lo prescrito en el primer decreto mencionado [Fuente: Instituto Nacional de Contadores Públicos, tomada el 11 de agosto de 2014 en la página web <http://www.incp.org.co/document/informacion-en-medios-magneticos-para-la-dian-2013-2014/>].



Concepto No. -58147

Para esta vista fiscal, si hiciera carrera que, como lo pretende la norma demandada, se obligara a los ciudadanos a preferir como medio de pago el sistema financiero sobre el circulante, se debilitaría la función constitucional de la banca central para en su lugar fortalecer la auto-regulación del mercado financiero, en relación con el manejo monetario y cambiario.

Por la misma razón anterior esta jefatura considera que se hace más evidente aun la falta de necesidad de la medida cuestionada. En efecto, ni siquiera el mismo sector financiero, siendo el verdadero beneficiario de la imposición de pagos a través de sus servicios, tiene clara ésta necesidad como alternativa para lograr mayores pagos, como de hecho lo expresó su respectiva agremiación en los siguientes términos:

“En materia de pagos electrónicos y de uso de las cuentas bancarias para efectos transaccionales, las medidas que ha venido adoptando el Gobierno han sido ampliamente contradictorias. De una parte, a diferencia de las solicitudes que la banca viene realizando de tiempo atrás a la DIAN de reducir el cobro de impuestos vinculados al pago con tarjetas plásticas, esta entidad, mediante la Ley 1607 de 2012, aumentó la retención en la fuente de las operaciones realizadas con tarjetas plásticas del 10% al 15%. Esta medida constituye un enorme desestímulo a la realización de pagos electrónicos y no contribuye para nada a la campaña que se viene realizando al interior de la banca para que agilice los trámites requeridos de afiliación de los pequeños comercios, de suerte que aumente su valor agregado, a fin de lograr un aumento significativo en el uso del comercio electrónico”²⁰.

Por último, además de que la medida analizada presenta serias dudas en cuanto adecuación y necesidad, debe concluirse que la misma tampoco resulta proporcional en sentido estricto porque los fines constitucionales que pretende satisfacer (eficiencia tributaria, entendida en forma absoluta, y control penal), sacrifica los principios de justicia y equidad tributarios que,

²⁰ CUELLAR DE MARTÍNEZ, María Mercedes. Discurso de instalación del V Congreso de Acceso a Servicios Financieros, Sistemas y Herramientas de Pago ‘Soluciones Efectivas para la Inclusión Financiera y el Desarrollo Económico’. Cartagena de Indias, 20 de marzo de 2014, pp. 15-16 [Fuente: Asobancaria, consulta el 11 de agosto de 2014 en <http://www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/4012051.PDF>].



Concepto No. -58147

precisamente, son la base de la tributación y, por ende, de la financiación del gasto público.

Lo anterior, en razón a que, como ya se demostró en el acápite 4.1. del presente concepto, el impacto de su aplicación puede resultar tan negativo que incluso puede llegar al extremo de llevar a tener pérdidas a muchas personas y empresas, obligándolas a retirarse del mercado y beneficiando indebidamente a las que realizan todas o la mayoría de sus transacciones a través del sistema financiero o a las que se mantienen en la informalidad y, aprovechándose incorrectamente de ello, evaden sus obligaciones tributarias. Es decir, los principios de justicia y equidad tributarios se comprometen al punto de destruir la base contributiva, ya que sin movimiento económico que genere ganancias no hay tributación.

La desproporción de la norma demandada radica, por lo tanto, en que la finalidad que la motiva parte de una inaceptable presunción de mala fe en lo tributario y en lo penal, basada además en una estigmatización del uso del circulante que hacen los sujetos pasivos para realizar sus pagos, a manera de presunción de derecho, sin que se haya demostrado para cada caso en concreto que el sujeto obligado cometió o pretende cometer una infracción tributaria o penal que, precisamente, justifique una sanción tributaria tan gravosa como la que impone el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010.

De hecho, no sobra recordar que las normas tributarias y penales tienen procedimientos y sanciones ejemplarizantes (principio de prevención) para controlar los comportamientos que, precisamente, se pretenden impedir de manera *a priori* con la norma demandada, lo que permite concluir que lo que el legislador está haciendo con la misma es buscar una salida facilista ante las ineficiencias y debilidades del Estado en materia tributaria y penal, trasladándole esa carga a los ciudadanos a riesgo de llegar al extremo de llevarlos a la ruina.



Concepto No. - 5814 -

Incluso, podría decirse que la norma cuestionada también es desproporcionada porque su aplicación podría llevar al sacrificio del derecho constitucional que tienen las personas de satisfacer sus necesidades de consumo en tanto que, como ya se advirtió, la misma podría obligar a salir del mercado a los proveedores de determinados bienes y servicios por tratarse una regla tributaria de aplicación indiscriminada

En este sentido, debe señalarse que la restricción del reconocimiento fiscal de pagos efectivo aquí analizada también vulnera el principio y derecho fundamental a la igualdad, en tanto que resulta discriminatoria, toda vez que beneficia de una manera injustificada a un sector de la economía, cual es el financiero, afectando con ello desproporcionadamente el patrimonio de los sujetos que, por virtud de la norma demandada, están obligados a hacer sus pagos a través de ese sistema, lo que conlleva asumir los costos de transacción que precisamente genera el uso de los servicios financieros y llevar forzosamente a la banca a esos mercados y clientes que se desenvuelven y desempeñan en actividades como la cambiaria, de giros, préstamos, etc.

Así, en concepto de esta jefatura, el efecto práctico de la norma demandada, es que los pagos transaccionales aludidos que tendrán que hacerse al sector financiero se constituyen en verdaderos impuestos inconstitucionales en tanto que no están dirigidos a beneficiar el interés general sino únicamente los intereses particulares de ese sector²¹.

²¹ Para ponerlo en palabras del premio nobel de economía Joseph Stiglitz: “se ha puesto freno a algunas prácticas crediticias predatorias y discriminatorias, y comportamientos abusivos de las tarjetas de crédito; pero todavía sobreviven conductas con el mismo nivel de explotación. Los trabajadores pobres continúan siendo explotados demasiado a menudo a través del sistema de adelantos de efectivo a tasas de usura. Los bancos que dominan el mercado aún obtienen elevadas tarifas por las transacciones con tarjetas débito y crédito a los comerciantes, quienes se ven obligados a pagar varias veces el precio que toleraría un mercado verdaderamente competitivo. Esto es, sencillamente, un impuesto, en el cual los ingresos enriquecen las arcas privadas en vez de destinarse a propósitos públicos”, columna publicada por El País, en su portal de internet el 13 de octubre de 2013, consultado en http://economia.elpais.com/economia/2013/10/11/actualidad/1381489745_253493.html, el 22 de agosto de 2014.



Concepto No. - 5814

Finalmente, esta vista fiscal desea llamar la atención sobre el hecho de que ya para el momento en que se estaba tramitando en el Congreso de la República el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010 se advirtió a la opinión pública, en términos económicos y fiscales, la desproporcionalidad que el mismo implica desde el punto de vista constitucional²².

²² En efecto, en su momento Gustavo Humberto Cote Peña, exdirector de la Dian, señaló: *“Se pretende ‘bancarizar’ los egresos tributarios y reducir al máximo el que los pagos que los originan se realicen ‘en efectivo’ por parte de los contribuyentes, en el entendido de que esta forma de extinguir las obligaciones coadyuva a utilizar operaciones ficticias en desmedro del flujo de recursos tributarios para el presupuesto nacional. Esta clase de medidas corresponde a una loable pretensión de buscar la adopción de instrumentos que permitan luchar contra la evasión, la cual, según las mismas cifras de la Dian, rodean porcentajes del orden del 30% en renta y del 21% en IVA, lo cual es digno de reconocimiento. Sin embargo, cuando se diseñan medidas como la que nos ocupa, en ocasiones los técnicos pierden de vista la extensión del bosque por quedarse mirando sólo un árbol.*

Para nadie que se haya paseado por la realidad de los negocios en Colombia, resulta desconocido que existen sectores económicos donde la celebración de las operaciones que soportan su actividad económica, presenta serias dificultades prácticas para que sus actores puedan efectuar los pagos de sus gastos y costos en una forma diferente al efectivo.

Este es el caso del sector de la compra y exportación de oro, la actividad de producción y exportación de carne en canal y de productos agrícolas, la explotación de productos madereros, entre otros, en los cuales los principales proveedores (mineros artesanales, agricultores y ganaderos) actúan a la sombra del ‘peso físico’. De otro lado, la gran mayoría de ‘pequeñas’ y de ‘medianas pequeñas empresas’, en virtud de los costos implícitos de las operaciones a través del sector bancario, cubren sus principales erogaciones también por medio físico.

El costo promedio que cobra una entidad financiera por intermediar en el pago de gastos de las empresas se encuentra en el orden de los \$3.000 por transacción. Lo que significa que una compañía con 100 empleados, y sólo para tomar en el ejemplo el caso de la nómina, tendría que asumir un costo adicional de \$3.600.000 en el año. Si a lo anterior le sumamos la totalidad de los pagos que se originan en su actividad y el tributo del 4 por mil, se puede inferir, fácilmente, que este costo asociado a la exigencia tributaria, si llegara a ser aprobada la norma, resulta incidiendo en una forma no poco despreciable en la utilidad neta de la empresa. Si extrapolamos el análisis al examen de las cifras que reflejan las declaraciones de renta presentadas por los contribuyentes, a partir de las estadísticas de la Dian, la magnitud de la medida en trámite resulta realmente impactante, si además se adiciona el efecto del impuesto del 4 por mil que, como ya se ha manifestado en el articulado del proyecto de reforma aprobado en primer debate en las Comisiones Terceras del Congreso, permanecerá vigente por algunos años más. El monto total de los gastos operacionales administrativos y de los gastos de ventas denunciados por los contribuyentes personas jurídicas en sus declaraciones de renta presentadas por el año gravable 2009, totalizan la suma de 216.061.081 millones de pesos. En el supuesto que el 100% de los pagos que originaron estos egresos tributarios hubieran sido efectuados a través del sector financiero habrían afectado los costos de estas empresas en una suma por concepto del 4 por mil equivalente a 864.244 millones de pesos, y en un estimado global de 1.080.305 millones de pesos, independiente del número de transacciones, originado en una comisión fijada en forma conservadora de tan sólo un 0,5% anual a favor de los bancos.

Si de las cifras anteriores pasamos a tomar las relativas al manejo del total de los gastos operacionales administrativos y de los gastos de ventas denunciados por los contribuyentes personas naturales obligados a llevar contabilidad (9.030.864 millones de pesos) y el total de costos y deducciones de las demás personas naturales (43.175.879 millones de pesos), según las cifras incluidas en sus declaraciones de renta del año gravable 2008, y bajo similares supuestos, el procedimiento de bancarización de sus egresos tributarios afectaría sus costos en 208.827 millones de pesos por el 4 por mil y \$261.034 por la comisión de los bancos. En el agregado, las cifras tributarias informadas por la Dian, reflejarían un efecto anual directo en los costos de las empresas declarantes del impuesto de renta, equivalentes a 2.414.410 millones de pesos.



Concepto No. - 5814

En conclusión, por razón de las consideraciones aquí anotadas el jefe del ministerio público considerada que la Corte Constitucional debe declarar contrario al orden constitucional el artículo 26 de la Ley 1430 de 2010, en tanto que el mismo viola el principio-derecho a igualdad y es desproporcional. Sin perjuicio de esta conclusión, a continuación esta jefatura procederá a analizar los demandas cargos formulados contra la norma en comento.

4.5. Para resolver el problema jurídico relativo a una presunta vulneración de la confianza legítima (art. 83 constitucional), esta vista fiscal considera que es preciso recordar que este es un principio que gobierna las relaciones entre el Estado y los administrados, cuyo objetivo es garantizar que no puedan ser eliminadas de manera repentina ciertas expectativas que estos tengan, por cuanto las mismas se fundamentan en hechos que la administración, por su acción u omisión, permitió que fueran de determinada manera por un extenso periodo de tiempo. Así, en múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha referido al principio de la confianza legítima, señalando que el mismo:

“[S]e basa en tres presupuestos: (i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. De esta forma, el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, compele a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico”²³.

El reconocer este tipo de complejidades no implica que no existan otra clase de instrumentos para ejercer control sobre las operaciones económicas que desarrollan contribuyentes como los que hemos mencionados. De hecho, la estructuración de los cruces de información a través de las bases de datos de la Dian, que fueron diseñados legalmente desde hace más de 20 años (Decreto 2503 de 1987) y que se han ido perfeccionando con el avance de la informática, han permitido, y cada vez permiten más, la realización de programas de fiscalización, precisamente para ubicar los focos de evasión en sectores aparentemente fuera de control por considerarse como informales” (Fuente: Portafolio.co, consultada el 15 de agosto de 2014 en <http://m.portafolio.co/opinion/neutralidad-y-bancarizacion-las-deducciones-tributarias?tamano=grande>).

²³ Sentencia T-442-13 M.P. Jorge Pretelt Chaljub. Negrillas fuera del texto.



Concepto No. - 5814 *

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, esta jefatura considera que se encuentra suficientemente decantado que las medidas cuestionadas por el accionante, aunque sí generaron una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados, puesto que implican que, luego de un plazo de tres años, los costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables pagados en efectivo ya no tendrán pleno reconocimiento fiscal, mientras que los pagados por determinados medios bancarios y por los demás medios de extinción de las obligaciones sí lo tendrán, también es cierto que tal restricción fue establecida por el legislador en aras del interés general, pues su fin último es estimular la bancarización como medio para facilitarle al Estado realizar, por un lado, un mayor control fiscal y así impedir la evasión y elusión de impuestos y, por el otro, inspeccionar de manera más eficaz las actividades comerciales de los contribuyentes para evitar las llamadas “empresas fachadas” que se acostumbran poner al servicio de actividades ilícitas como el narcotráfico, entre otras.

Para justificar esta conclusión, sea pertinente destacar que el límite al reconocimiento fiscal de los pagos hechos en efectivo no es absoluto sino parcial y que el mismo se impondrá de forma progresiva en el tiempo, lo que significa que se trata de una medida transitoria que les permite a los administrados que resulten afectados adecuar su situación a la nueva realidad.

Y a modo de corolario, sobre el peso que tiene el objetivo de promover el interés general que tienen las medidas cuestionadas por el demandante también resulta oportuno transcribir nuevamente lo estimado por la Corte Constitucional en la sentencia C-264-13 (M.P. Mauricio González Cuervo), cuando consideró que el artículo demandado parcialmente no vulneraba la libertad económica así:

“Para juzgar si el límite a la libertad económica y de empresa previsto en el artículo 771-5 es razonable y proporcional, es menester empezar por considerar



Concepto No. - 58147

su alcance y proyección. Y al hacerlo se debe advertir que el límite al reconocimiento fiscal de los pagos hechos en efectivo no es absoluto, sino parcial, conforme a una progresión en el tiempo. También debe advertirse que la norma original, que es del año 2010, prevé que su aplicación se hará apenas cuatro años más tarde, en el año 2014. Como se advirtió atrás, aún en el peor de los escenarios: el año gravable 2017 y los años siguientes, hay un significativo porcentaje 35% y un no menos significativo valor de más de mil millones, para solicitar el reconocimiento fiscal de los pagos hechos en efectivo.

En vista de las anteriores circunstancias del contexto de la norma, si bien puede ser cierto que el gravamen a las transacciones financieras puede ir 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, este argumento, al igual que el de la informalidad de la economía, no son suficientes para desvirtuar la razonabilidad y proporcionalidad del límite. Y no lo son, pues los destinatarios de la norma demandada, en su mayoría empresarios y comerciantes, y sus proveedores de bienes o servicios, tuvieron un plazo razonable para adecuarse al mandato de la ley; se beneficiarán de la reducción progresiva del impuesto a las transacciones financieras; pueden usar algunos de los canales financieros que les sean menos gravosos; y tienen la organización y la capacidad suficientes para asumir lo que implica adaptarse a lo previsto por la ley.

Si bien existen costos, no son tan onerosos como para hablar de que se supere el umbral de la carga tributaria máxima. Este aserto se refuerza al considerar la ratio de la Sentencia C-406 de 1996, en la cual la Corte declaró exequible una norma que establece límites al reconocimiento de costos. En efecto, en el caso sub examine el límite previsto en el artículo 771-5 para el reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables de los pagos en efectivo, además de obedecer a motivos adecuados y suficientes que lo sustentan, no supera el umbral de la carga tributaria máxima, que es un parámetro cuantitativo infranqueable. De otra parte, la libertad económica y de empresa 'está sujeta a una limitación más amplia que otros derechos constitucionales, pues al Estado corresponde la dirección general de la economía'.

Compartiendo entonces las anteriores consideraciones, esta jefatura concluye que la norma parcialmente acusada no vulnera el principio de la confianza legítima, en tanto que persigue un fin constitucionalmente legítimo y conlleva un régimen de transición que no afecta y, antes bien, reconoce y responde a las expectativas razonables que puedan tener los administrados con fundamento en las normas que reforma.

4.6. Finalmente el jefe del ministerio público tampoco considera que le asiste razón al accionante cuando afirma que la disposición acusada prohíbe el pago en efectivo y, como consecuencia de ello vulnera la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26 superior) de quienes ejercen actividades comerciales



Concepto No. - 5814

sin intervención de la banca pues, por el contrario, advierte que la misma norma cuestionada señala que lo dispuesto en ella "*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 8º de la Ley 31 de 1992*", lo que significa que no se impide a las personas diseñar autónomamente su proyecto de vida, el cual debe someterse siempre a la disposiciones que expidan las autoridades competentes, más aún cuando se las mismas pretenden satisfacer el interés general²⁴.

En este sentido, si bien es válido reiterar que es cierto que la norma demandada es restrictiva, y por las razones aquí ya anotadas también desproporcionada, en todo caso a no cabe predicar que la misma prive a sus destinatarios del derecho a ejercer libremente la profesión o el oficio que escojan, más aún si se tiene en cuenta que los ciudadanos tienen la posibilidad de acceder a los beneficios fiscales que conllevan los pagos a través de las entidades financieras si así lo quieren, dándoles además un plazo prudencial para que ajusten el giro ordinario de sus negocios a lo preceptuado en la norma demandada.

4. Petición final

En mérito de lo expuesto, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar **INEXEQUIBLE** artículo 26 de la Ley 1430 de 2010.

De los Señores Magistrados,


ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/JD Contreras B

²⁴ Cfr. Artículos 1º y 16 de la Carta Política.