

Sentencia C-426/05

CADUCIDAD DE LA ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Operancia

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA-Alcance

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL TRIBUTO-Concepto

PRINCIPIO DE CERTEZA DEL TRIBUTO-Concepto

PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA-Concepto

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL TRIBUTO-Compensa la insuficiencia del principio de proporcionalidad en el sistema tributario

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL TRIBUTO-Determinación de la capacidad contributiva de los sujetos

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL TRIBUTO-Puede hacerse efectivo en los impuestos directos e indirectos pero la forma de lograrlo es diferente

El principio constitucional de progresividad tributaria se hace efectivo de manera concreta en materia de impuestos directos, mediante el establecimiento de tarifas progresivas respecto de un mismo gravamen. En materia de impuestos indirectos, la progresividad es más difusa, y parte de la presunción relativa a la mayor capacidad adquisitiva de aquellas personas que gastan en bienes o servicios más costosos y menos relacionados con la satisfacción de necesidades básicas, los cuales son gravados con tarifas más altas. Así pues, el principio de progresividad puede hacerse efectivo en las dos clases de impuestos -directos e indirectos- pero la forma concreta de lograrlo es diferente en cada uno de ellos.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL TRIBUTO-Se predica en general de todo el sistema tributario, y no de los impuestos específicos en particular

TELEFONIA FIJA-Definición legal

TELEFONIA MOVIL-Definición legal

TELEFONIA FIJA-Naturaleza jurídica

TELEFONIA MOVIL-Naturaleza jurídica

TELEFONIA MOVIL-Responsables de la prestación del servicio

TELEFONIA FIJA-Vigilancia y control de las entidades prestatarias del servicio

TELEFONIA MOVIL-Vigilancia y control de las entidades prestatarias del servicio

TELEFONIA FIJA-Régimen tarifario e impositivo

TELEFONIA MOVIL-Régimen tarifario e impositivo

TELEFONIA FIJA-Régimen contractual

TELEFONIA MOVIL-Régimen contractual

TEST DE IGUALDAD-Pasos

TEST DE IGUALDAD-Aplicación en la determinación del IVA para los servicios de telefonía móvil respecto a los de telefonía fija

TELEFONIA MOVIL Y TELEFONIA FIJA-Diferencias/TELEFONIA MOVIL-Presunción de una mayor capacidad contributiva de los consumidores de servicios

Los servicios de telefonía fija y móvil, a pesar de ser parcialmente sustituibles entre sí, son servicios de telecomunicaciones diferentes, por las siguientes razones: (i) por sus características intrínsecas, en cuanto ellas determinan la clase de necesidad que satisfacen, que no es exactamente igual en ambos tipos de servicio; (ii) por sus costos para el usuario, que, como regla general, continúan siendo más onerosos en el caso de la telefonía móvil; y, (iii) por el diferente régimen jurídico al que se encuentran sujetos. De éstas, las dos primeras diferencias permiten presumir una mayor capacidad contributiva en los usuarios de la telefonía móvil, lo cual constituye un factor o criterio constitucionalmente relevante a la hora de establecer, mediante ley, la tarifa de los impuestos indirectos como el IVA. En efecto, como se ha visto, los estudios demuestran que, debido a sus costos actuales, la telefonía fija continúa siendo el medio de comunicación más usado por los hogares de menores ingresos;

a contrario sensu, el legislador puede lógicamente presumir que hoy en día existe cierta mayor capacidad contributiva en quienes acuden a utilizar los servicios de telefonía móvil, capacidad que supera a la de las personas de bajos recursos.

IVA EN TELEFONIA MOVIL-Mayor tarifa con la que se gravan los servicios contribuye a definir el carácter progresivo del tributo y del sistema tributario en general

La mayor tarifa con que se gravan con el IVA los servicios de telefonía móvil contribuye a definir el carácter progresivo del tributo y del sistema tributario en general. En efecto, desde el punto de vista del impuesto en particular, la mayor tarifa con la que son gravados con el IVA los servicios de telefonía móvil permite que los contribuyentes que con mayor frecuencia utilizan estos servicios paguen proporcionalmente más que los demás, es decir quienes no lo utilizan o lo utilizan menos. De esta manera el legislador logra hacer efectivo el principio de progresividad en este tipo de impuesto indirecto, pues a mayor capacidad contributiva - medida por la mayor propensión al consumo de un servicio no estrictamente necesario y generalmente más costoso que otro sustituto-, mayor será la contribución tributaria del sujeto. Recuérdese que en materia de impuestos indirectos, la progresividad se logra partiendo de la presunción relativa a la mayor capacidad adquisitiva de aquellas personas que gastan en bienes o servicios más costosos y menos relacionados con la satisfacción de necesidades básicas, los cuales son gravados con tarifas más altas.

LIBERTAD ECONOMICA-Al legislador le está vedado obstaculizarla mediante la imposición de gravámenes cuyo efecto sea distorsionar los mercados de bienes y servicios

IVA EN TELEFONIA MOVIL Y LIBERTAD ECONOMIA-Mayor tarifa con la que se gravan los servicios no tiene por sí solo un efecto directamente distorsionador del mercado de competencia de los servicios de telecomunicaciones

El mayor gravamen resultante de la mayor tarifa con que se grava con el impuesto a las ventas el servicio de telefonía móvil no tiene por sí solo un efecto directamente distorsionador u obstaculizador del mercado de competencia de los servicios de telecomunicaciones. Lo anterior por cuanto la diferencia general del régimen regulatorio de los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil es de tal naturaleza y envergadura, que un solo elemento de dicho régimen, como es la mayor tarifa (en cuatro puntos porcentuales) de un gravamen específico, como lo es el impuesto a las ventas, no puede ser considerado

aisladamente dentro de todo el contexto regulatorio general, a fin de deducir de él la existencia de un impedimento legal dirigido a obstruir la libertad de empresa.

TELEFONIA MOVIL Y TELEFONIA FIJA-Equiparación establecida por el Consejo de Estado tiene un alcance restringido y no general

IVA EN TELEFONIA MOVIL-Destinación para el deporte, la recreación, la cultura y la actividad artística colombiana

Referencia: expediente D-5419

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley 788 de 2002 “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal, del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones”.

Actor: Juan Manuel Díaz Guerrero

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil cinco 2005.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Juan Manuel Díaz Guerrero, actuando en nombre propio y haciendo uso de los derechos consagrados en los artículos 40 numeral 6° y 95 numeral 7° de la Constitución Política, demandó el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley 788 de 2002 “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal, del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones”, en cuanto modificó el artículo 468-3, párrafo 2, del Estatuto Tributario¹.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma acusada, tal como aparece publicada en el Diario Oficial N° 45.046 del 27 de diciembre de 2002, y dentro de ella se subraya y resalta el aparte considerado inconstitucional.

“LEY 788 DE 2002

“(diciembre 27)

“por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones.

“El Congreso de Colombia

DECRETA:

“Artículo 35. Servicios gravados con la tarifa del 7%. Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

“Artículo 468-3. Servicios gravados con la tarifa del 7%. A partir del 1° de enero de 2003, los siguientes servicios quedan gravados con la tarifa del 7%:

1. El servicio de arrendamiento de inmuebles diferentes a los destinados para vivienda y de espacios para exposiciones y muestras artesanales nacionales.
2. Los servicios de aseo, los servicios de vigilancia aprobados por la Superintendencia de Vigilancia Privada y los servicios temporales de empleo cuando sean prestados por empresas autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o autoridad competente, en la parte correspondiente al AUI (Administración, Imprevistos y Utilidad). Este valor será cobrado a las empresas que pertenezcan al régimen común.
4. Los servicios de clubes sociales o deportivos de trabajadores y de pensionados.
5. El almacenamiento de productos agrícolas por almacenes generales de depósito.
6. Las comisiones directamente relacionadas con negociaciones de productos de origen agropecuario que se realicen a través de bolsas de productos agropecuarios legalmente constituidas.

7. Las comisiones percibidas por la colocación de los planes de salud del sistema de medicina prepagada expedidos por las entidades autorizadas legalmente por la Superintendencia Nacional de Salud.

8. El servicio de alojamiento prestado por establecimientos hoteleros o de hospedaje, debidamente inscritos en el Registro Nacional de Turismo.

9. El servicio prestado por establecimientos exclusivamente relacionados con el ejercicio físico.

10. Las comisiones recibidas por los comisionistas de bolsa por la negociación de valores.

“Parágrafo 1°. A partir del 1° de enero de 2005, los anteriores servicios quedarán gravados con la tarifa del 10%.

“Parágrafo 2°. A partir del 1° de enero de 2003, el servicio de telefonía móvil está gravado con la tarifa del 20%.

“El incremento del 4% a que se refiere este parágrafo será destinado a inversión social y se distribuirá así:

* Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación, escenarios deportivos incluidos los accesos en las zonas de influencia de los mismos, así como para la atención de los juegos deportivos nacionales y los juegos paralímpicos nacionales, los compromisos del ciclo olímpico y paralímpico que adquiera la Nación y la preparación y participación de los deportistas en todos los juegos mencionados y los del Calendario Unico Nacional.

* El 25% restante será girado a los departamentos y al Distrito Capital para apoyar los programas de fomento y desarrollo deportivo, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación establecido en la Ley 715 de 2000 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana.

“Parágrafo 3°. Los servicios de alojamiento prestados por establecimientos que no estén debidamente inscritos en el registro nacional de turismo están gravados con la tarifa del 7% a partir del 1° de enero de 2003.

“Parágrafo 4°. Cuando en un establecimiento de comercio se lleven a cabo actividades mixtas de restaurante, cafetería, panadería, pastelería y/o galletería, se entenderá que la venta se hace como servicio de restaurante gravado a la tarifa general”.

III. LA DEMANDA

A juicio del demandante, la norma que acusa es inconstitucional por varias razones: en primer lugar, por cuanto establece un gravamen desproporcionado que hace recaer en un solo sector de la sociedad, por lo cual afecta el orden justo que, como principio constitucional, busca implantar el Preámbulo de la Carta. Adicionalmente, a su parecer la norma demandada viola el artículo 3° constitucional, que dispone que la soberanía popular debe ser ejercida por los representantes del pueblo “en los términos que la Constitución establece”, pues cuando una disposición legal contraría los postulados esenciales de la Carta, vulnera este precepto superior, “en cuanto implica un abuso del poder que ha sido confiado a los representantes del pueblo”.

De otro lado, la demanda arguye que dado que el numeral 9° del artículo 95 de la Constitución consagra como deber de las personas el de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de conceptos de justicia y equidad”, resulta evidente que este precepto superior también ha sido desconocido por el desproporcionado gravamen impuesto por la norma que acusa.

En otro cargo adicional, el ciudadano demandante afirma que la norma que acusa vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, pues resulta discriminatoria. Para sustentar esta acusación, explica que “basta la comparación entre la tarifa general establecida con respecto a distintos servicios de telefonía móvil, para verificar cómo, de manera palmaria se quebranta el principio de igualdad, en cuanto, sin motivo justificado, se contempla un gravamen mucho más alto y desproporcionado para el usuario de este servicio”, no existiendo una razón objetiva que resulte válida para la discriminación. En refuerzo de su acusación cita jurisprudencia de esta Corporación en la cual se ha afirmado que las situaciones de hecho equivalentes deben ser tratadas en la misma forma².

Abundando en razones, argumenta que la razón fundamental por la cual la disposición acusada resulta discriminatoria radica en que “a servicios similares o iguales -y en todo caso sustitutos- se les ha dado un tratamiento diferencial”. Esta situación obedece a que se ha

creado un mito injustificado por parte de los legisladores, según el cual la telefonía móvil es un servicio suntuario, equiparable a las joyas o los perfumes, premisa falsa hoy en día debido a la evolución de los servicios de telecomunicaciones.

Continúa el libelo profundizando en la anterior argumentación, para lo cual expone cuál ha sido la “penetración” de los servicios de telefonía móvil, explicando que este concepto (penetración) corresponde al “porcentaje de usuarios de un servicio determinado, en comparación con la totalidad e habitantes de una región o país”. Agrega que la “teledensidad” es un indicador ideal, que permite identificar la necesidad del servicio en términos de si se trata o no de un servicio masivo. Aclarado lo anterior, afirma que si bien los servicios de telefonía móvil en sus comienzos (hace más de una década) podían ser percibidos como servicios suntuarios, hoy en día no lo son, pues así lo demuestran las mismas cifras oficiales.

Explicando el crecimiento de la teledensidad de los servicios de telefonía móvil, con fundamento en datos que dice son tomados del “Informe Mundial de Comunicación” publicado por la UNESCO en 1997 y del “World Communication Development Report”, afirma que conforme a la cifras entregadas por la UIT, “un 1% de los habitantes del mundo tenía un teléfono móvil en 1991 y solamente un tercio de los países tenía red celular. Diez años después, en 2001, cerca del 90% de los países poseían una red móvil, uno de cada seis habitantes del mundo ya tenía un teléfono móvil y en casi cien países habían (sic) más usuarios de telefonía móvil que fija.” Así las cosas, en este punto en el cual el número de teléfonos móviles desborda al de los fijos, “estos servicios móviles han dejado de ser claramente, un bien “suntuario” destinado a conformar un mercado de ricos, para convertirse en un servicio demandado y usado en los países emergentes, en un verdadero mercado de pobres, tal como lo previó la UNESCO desde los comienzos de la tecnología móvil-1997”. Esta expansión formidable de la telefonía móvil, se explica, dice, por su “capacidad de “liberar” totalmente al usuario de las limitaciones del hilo. Afirma que por ello, en la Conferencia Mundial de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones se afirmó:

“En el año 2002 alrededor de 190 millones de nuevos usuarios de telefonía celular se unieron a los 955 millones de usuarios existentes. Dentro de 5 años es probable que otro billón de personas aumentes estos listados, trayendo consigo una teledensidad global sobre un 50% algo que habría sido inimaginable hace sólo 5 o 10 años”³

Manifiesta entonces el demandante que en Colombia ha ocurrido el mismo fenómeno que se presenta en todo el mundo, pues las cifras oficiales que publica el Ministerio de Comunicaciones indican que “el número de usuarios de telefonía móvil han superado a los tradicionales usuarios de los servicios de redes fijas o conocidas en el ámbito de las telecomunicaciones como usuarios de los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada TPBC” .

Todo lo anterior, afirma el libelo, “evidencia que los servicios de telefonía móvil no son servicios suntuarios o servicios de lujo. Los mercados de telecomunicaciones han originado una nueva realidad que el legislador ha desconocido y sobre la cual se ha generado un acto legal inconstitucional”. Añade que en la situación actual los servicios de telefonía móvil compiten con los demás servicios de telecomunicaciones, principalmente por su característica de ser unos y otros sustituibles entre sí, de donde se deriva la injusticia de la medida de gravar con un impuesto mayor a un servicio que a otro. Esta característica de los servicios de telefonía móvil de ser sustitutos de los servicios de telecomunicaciones, asevera el actor, ha sido reconocida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que en su Informe Sectorial de Telecomunicaciones de julio de 2004 señaló que “en los últimos tres años se ha producido una desaceleración del crecimiento de las líneas fijas producto de la sustitución de los fijos por parte de los móviles.”

Prosigue la demanda insistiendo en que la telefonía móvil celular no es un servicio que hoy en día pueda considerarse suntuario, y que en Colombia es usual que personas de escasos recursos los usen; estima que el dato de que el 70% de los usuarios estén vinculados mediante el sistema prepago corrobora esta conclusión, pues “los servicios de prepago están naturalmente demandados y contratados por personas que están en los estratos bajos de la división socioeconómica.” Agrega que en cuanto a las tarifas, comparativamente, en muchos casos, es más económico el servicio de telefonía móvil que el de telefonía fija. Por ello, las diferencias tributarias introducidas por la norma acusada, dice, resultan ser injustificadas.

Mencionando una nueva norma constitucional que estima desconocida por la disposición que acusa, el demandante expresa que el artículo 363 de la Carta, al indicar las características y fundamentos del sistema tributario, se refiere a la equidad, la cual implica, entre otras cosas, “que no se distribuyan cargas públicas sobre un determinado sector de la sociedad

arbitrariamente escogido”. Desde este punto de vista, la norma cuestionada es adversa a la equidad, pues se pretende que los usuarios de la telefonía móvil (quienes son quienes pagan el tributo por aquello de la transferencia en cadena de costos) sean los que contribuyan en mayor medida al sostenimiento de las finanzas públicas, a diferencia de los demás usuarios de otros servicios de telecomunicaciones, sin que exista una razón objetiva para ello”.

Ahora bien, desde el punto de vista de las empresas prestadoras de los servicios de telefonía, tampoco encuentra el demandante una justificación que haga que los servicios prestados por las empresas de telefonía móvil estén gravados con una tarifa del 20% mientras que los demás servicios de telecomunicaciones lo estén con una del 7%.

En la formulación de un nuevo cargo, la demanda propone que la norma acusada desconoce también el artículo 58 de la Constitución, que garantiza el derecho de propiedad, “ya que al carecer de justificación el mayor gravamen se traslada al Estado, sin ninguna causa, una parte importante de los ingresos de los usuarios de la telefonía móvil.”

Ahora bien, la disposición también desconoce el artículo 338 superior, “ya que si bien el Congreso está autorizado para fijar las tarifas de los impuestos, no lo puede hacer sino dentro de los límites y condiciones que señala la Constitución.” La norma demandada vulnera el principio de proporcionalidad del tributo, así como el de progresividad del mismo.

En otra acusación, el actor señala que la norma demandada viola el artículo 359 de la Carta Política, que prohíbe las rentas de destinación específica, pues en este caso la destinación no corresponde a ninguna de las excepciones que tal disposición contempla, ya que no se trata de participaciones de los entes territoriales, no es inversión social, pues el deporte no ha sido definido como tal por el decreto 11 de 1996, ni alude a las antiguas intendencias y comisarías.

Por último, la demanda esgrime un cargo de inconstitucionalidad por vicios formales en la aprobación de la norma acusada, pues a juicio del actor, en el proyecto de ley inicial presentado ante la Cámara de Representantes no se contemplaba la disposición acusada, que se incluyó en la ponencia para primer debate. Posteriormente, “entre el primero y el segundo debate el texto del artículo demandado fue modificado sin que en el primer debate se hubiese dado la debida deliberación y aprobación del texto finalmente aprobado en segundo debate”. Agrega que la destinación específica para inversión social fue incluida en la

ponencia para segundo debate (no indica si en la Cámara o en el Senado).

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Actuando como Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, el ciudadano Alejandro Venegas Franco intervino oportunamente dentro del proceso, indicando inicialmente que, en concepto de esa Universidad, el trámite impartido al proyecto que dio origen a la Ley 788 de 2002 se ajusta a la Carta.

En efecto, en cuanto al cargo formal que aduce la demanda, expresa que lo esencial es que los proyectos de normas sometidos a consideración del Congreso hayan sido discutidos en los cuatro debates que ordenan la Constitución y el Reglamento del Congreso, pero ello no implica que todos sus apartes o elementos deban ser aprobados en tales cuatro debates. En el caso de la Ley 788 de 2002, el interviniente observa que la disposición acusada fue discutida en los cuatro debates reglamentarios, por lo cual el vicio de trámite mencionado en la demanda no existe.

En lo relativo a la constitucionalidad de la tarifa, el interviniente estima que los cargos de la demanda, salvo el relativo a la destinación específica del tributo, podrían resumirse en uno sólo, según el cual el establecimiento de una tarifa del 20% para el impuesto al valor agregado en el caso del servicio de telefonía móvil conmutada, frente a una tarifa del 7% para los demás servicios de telecomunicaciones, resulta ser un trato discriminatorio. La intervención no comparte esta acusación, pues estima que “la diferencia de trato entre la telefonía móvil y la telefonía básica conmutada y de larga distancia, no es irrazonable en la medida en que si bien el servicio de telefonía móvil no es por sí mismo suntuario (en lo cual tiene razón el demandante) sí es cierto, que su utilización corresponde a un hecho gravado que demuestra una mayor capacidad contributiva que la evidenciada en la persona que utiliza solamente la telefonía fija. En efecto, mientras esta última tiene por expresa disposición legal el tratamiento de Servicio Público domiciliario (Ley 142 de 1994), la telefonía móvil no tiene ese tratamiento (Leyes 37 de 1993 y Ley 555 de 2000).” Por lo anterior, encuentra válido que el legislador establezca una tarifa mayor para el servicio que pone de manifiesto una mayor capacidad contributiva, y descarta la violación del principio de

equidad vertical, es decir el principio de progresividad, pues al no ser la telefonía fija un elemento que haga parte de la canasta familiar, el gravarlo con una tarifa básica alta no afecta los consumos básicos de subsistencia, y por ello no incide en la progresividad tributaria.

Ahora bien, en cuanto a la destinación específica del recaudo, la Universidad del Rosario estima que le asiste razón al demandante. Considera que la destinación de los recursos provenientes del incremento del 4% de la tarifa, que la norma legal acusada (modificada por el artículo 136 de la Ley 812 de 2003) dirige al desarrollo y promoción del deporte, vulnera el artículo 359 superior, pues tal objetivo no puede considerarse incluido en ninguna de las excepciones que consagra dicha norma; en particular, esta destinación de recursos no puede ser considerada como una inversión social, pues ésta es definida por los numerales 4° y 5° del artículo 336 constitucional, que en modo alguno cubren al deporte. “Argumentar lo contrario sería abrir la puerta a cualquier destinación específica que se escudara bajo el muchas veces nebuloso concepto de inversión social.”

2. Intervención del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia.

En intervención del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, intervino dentro del presente proceso su director, el ciudadano Julio Roberto Piza Rodríguez.

Al parecer de la Universidad Externado de Colombia, la norma acusada no desconoce el orden económico social y justo, como lo sostiene el demandante. A esta conclusión llega tras reparar en las atribuciones de que goza el Congreso de la República para crear, extinguir y modificar tributos, que le permiten establecer tarifas diferenciales, lo cual, per se, no resulta inconstitucional. Afirma que esta Corporación ha sostenido que el orden justo y la equidad, así como la progresividad tributaria, deben predicarse del sistema en su conjunto, y no de cada gravamen en particular.⁵

En lo relacionado con el presunto desconocimiento del principio de igualdad, la Universidad interviniente estima que los fallos del Consejo de Estado en que se apoya a demanda para sostener que existe identidad entre el servicio a través de redes fijas, conocido como telefonía pública básica conmutada, y el servicio de telefonía móvil, no son suficientes para

establecer la igualdad entre los dos servicios, “ya que las características técnicas, la regulación, las autoridades encargadas de ejercer la vigilancia y el control de las empresas prestadoras, así como el cubrimiento y las características de los usuarios es completamente distinto en uno y otro servicio”. Por lo anterior, debe desestimarse la pretensión de equiparar económica, social y fiscalmente uno y otro sistema de prestación del servicio de telecomunicaciones.

De todas manera, aún si se considerara, en gracia de discusión, que son servicios sustitutivos, “el Legislador está facultado constitucionalmente para establecer gravámenes diferenciales, en la medida en que dichos tratamientos diferentes hallen justificación suficiente desde el punto de vista social”. Para fundamentar esta conclusión, cita algunos fallos de esta Corporación, en especial las sentencias C-346 de 1997 y C-335 de 1994.

Prosigue entonces la intervención afirmando que en el presente caso, la tarifa diferencial establecida cumple los requisitos del test de razonabilidad o ponderación de la medida: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad. En cuanto a lo primero, la necesidad de fomentar y promocionar las actividades deportivas y de recreación en Colombia, que se satisfará con la destinación del incremento en la tarifa de telefonía móvil, al parecer del interviniente es “palmaria”. La medida también resulta idónea, es decir competente para lograr el aludido fin de impulsión al deporte y a la recreación. Finalmente, estima que la medida es proporcionada, “ya que un incremento del 4% en la tarifa a cargo de usuarios de la TM que, en principio, podrían hacer uso de otro tipo de mecanismos de comunicación diferentes o incluso más económicos, no está alejado de una proporcionalidad real”.

Prosigue la intervención afirmando no compartir la postura del demandante, según la cual la amplia penetración del servicio de telefonía móvil demuestra que es equiparable al servicio de redes fijas, conocidas como telefonía pública básica conmutada. Si bien el primero, hoy en día no puede ser calificado de suntuario, ello no hace que su utilidad, uso, cobertura, necesidad y usuarios sean los mismos. De otro lado, resulta infundado el afirmar, como lo hace la demanda, que el mayor número de usuarios de sistemas prepagados de telefonía móvil, frente al número de los usuarios del sistema “post pago”, hace presumir que la mayoría de los usuarios son de personas de bajos recursos. Lo cierto, dice el interviniente, es que el valor del minuto prepagado supera al del impulso local de la telefonía pública básica conmutada, por lo cual los sistemas prepagados de telefonía móvil ponen en evidencia la

capacidad contributiva de sus usuarios. Agrega que no puede ser de recibo la comparación que realiza el demandante entre las tarifas de una determinada empresa de teléfonos (la de Bogotá) y los planes especiales que para sus clientes, y entre móviles de la misma empresa, cobra un operador determinado de PCS, pues estos últimos conforman un grupo especial de usuarios de la telefonía móvil, que por lo mismo no es representativo de la generalidad de los casos.

En cuanto a la presunta vulneración del principio de progresividad tributaria contenido en el artículo 363 superior, la Universidad interviniente estima que ese cargo no debe prosperar, pues los usuarios de la telefonía móvil constituyen un grupo especial dentro de la sociedad que no resulta equiparable al de los usuarios de los sistemas de telefonía a través de redes fijas. Aquellos “revelan una capacidad contributiva específica al momento de hacer uso de las redes celulares para satisfacer sus necesidades de comunicación, y es en este momento que el Estado actúa para detraer de la economía de los particulares una exacción específica y proporcionada para la satisfacción de unas necesidades legítimamente atendibles. “La medida no es regresiva “si atendemos a que quienes se encuentran en una misma situación específica estarán tributando de la misma manera y en este caso quien es usuario de la TM y realiza actividades para satisfacer sus necesidades de comunicación, está demostrando estar en la misma situación de cualquier otro usuario de la TM, independientemente de que entre estos dos usuarios exista una gran diferencia de capitales o de ingresos, y esta argumentación es válida para todo tipo de impuestos indirectos, los que por el sólo hecho de no consultar directamente la capacidad económica de los sujetos, no son inconstitucionales, ya que la progresividad debe ser predicada de todo el sistema tributario y no de cada impuesto en particular.”⁶

Destaca entonces el interviniente, que en ningún caso puede estimarse que sean las empresas prestadoras de servicios quienes sufragan el IVA impuesto a los servicios de telefonía móvil, porque no se encuentran al final de la cadena de prestación del servicio. Por lo tanto, resulta obvio que son los usuarios quienes lo sufragan. “A lo sumo, estas empresas pueden ver desmejoradas las condiciones en las cuales se desenvuelven en el mercado, ya que el precio final que pueden aplicar a su servicio se podrá elevar en alguna medida.” No obstante, esto no hace regresivo el gravamen, ya que todas las operadores de telefonía móvil estarán afectadas en la misma proporción.

En cuanto a la presunta vulneración del artículo 58 superior, la Universidad interviniente expresa que no puede compartir la postura según la cual un tributo, por el solo hecho de ser la detracción de una cantidad de dinero, es violatorio del derecho a la propiedad privada, “ porque básicamente los tributos son una obligación emanada de los preceptos constitucionales y legales que gozan de legitimidad”.

Respecto del posible desconocimiento del artículo 359 de la Constitución Política, según el cual no habrá rentas de destinación específica, manifiesta el interviniente que no le asiste razón al demandante, toda vez que la Ley 715 de 2001, que regula el sistema General de Participaciones que hace la Nación a los entes territoriales, en su artículo 78 parágrafo 3°, “establece una destinación específica de algunos porcentajes de la participación de propósito general que reciben algunos entes territoriales, y esta destinación será precisamente el fomento del deporte, la recreación, las actividades culturales y artísticas, todo en atención a las competencias específicas que en materia de recreación, deporte, cultura y artes se plasmaron en los artículos 74, numerales 12 y 13 para el caso de los Departamentos y 766, numerales 7 y 8 para el caso de los municipios”. Agrega, citando la Sentencia T-505 de 1992 emanada de esta Corporación judicial, que “la Corte Constitucional ha estimado que el carácter social de un gasto o de una inversión no debe ser estricto o taxativo, son que habrá que revisar cada una de las destinaciones para destinar su naturaleza social.” A su parecer, partiendo de las consideraciones vertidas en la sentencia que parcialmente transcribe, “lo que existe es una jerarquización del gasto público social, mas no una taxatividad sobre lo que debe entenderse como social” . Para efectos del caso concreto, el 80% de lo recaudado por IVA en el servicio de telefonía móvil (o lo que es lo mismo, la tarifa del 16%), estará destinado a la satisfacción de las necesidades sociales, así como al funcionamiento y servicio de la deuda, en las medidas que se estimen adecuadas en el presupuesto de cada año, pero sólo un 20% de este recaudo (el 4% restante de la tarifa) estará destinado a un fin socialmente aceptable y legítimo, cual es el fomento, promoción y protección del deporte nacional, de la recreación, de las actividades culturales ya artísticas.”

Por último, la intervención se refiere al cargo formal por violación del artículo 157 de la Carta, cargo según el cual la norma acusada resulta inconstitucional puesto que entre el primero y el segundo debate se cambió su texto. Al respecto expresa que, al momento en que se presentó la demanda (9 de septiembre de 2004), se encontraba caducada la acción de inconstitucionalidad por vicios de forma, en cuanto la ley acusada fue publicada y entró a

regir el 27 de diciembre de 2002. Por lo cual la Corte debe inhibirse de entrar en el estudio de esta acusación.

3. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia.

En cuanto al principio de igualdad, estima que la referida disposición no lo viola, en razón de que todas las personas que de manera voluntaria acceden al servicio de telefonía celular pagan la misma tarifa del 20%. “Si hay tarifas inferiores para otros servicios, la diferencia se justifica porque estos son apenas similares o francamente distintos.”

En lo referente al principio de equidad, el interviniente es de la opinión de que los argumentos del actor relativos al incremento en el número de usuarios de telefonía celular en los últimos años lo que demuestran “es que el incremento tarifario que se impugna, está lejos de afectar el acceso al servicio puesto que, cada día va en aumento el número de usuarios”; agrega que en los dos años de vigencia de la norma demandada tal número de usuarios no disminuye sino que, al contrario aumenta sensiblemente.

De cualquier manera, sostiene que “por muy útil que sea hoy en día un teléfono móvil, nunca podrá asimilarse a un servicio de primera necesidad, como los alimentos y la vivienda... De modo que resulta un colosal error aplicar aquí los razonamientos que hizo la H. Corte constitucional sobre el principio de equidad cuando impidió que se gravaran productos de la canasta familiar, porque el gravamen afectaba el mínimo vital de las personas más pobres y, en contrapartida, no había medidas oficiales de compensación. El caso que nos ocupa es bien distinto por cuanto además de no ser un servicio de primera necesidad, el usuario tiene la libertad de discernir si lo toma o no, opción que es imposible con los verdaderos bienes de primera necesidad...”

En cuanto a la destinación específica del incremento, estima que tampoco le asiste razón al demandante, toda vez que, a pesar de que según el precedente contenido en la Sentencia C-317 de 1998 el gasto en la promoción de los deportes no es gasto social, debe considerarse que la cosa juzgada sólo se predica si se mantienen en la Constitución las reglas jurídicas que sirvieron de base para un determinado pronunciamiento; en el presente caso, el Acto Legislativo N° 02 de 2002 (sic)⁷, promulgado antes de que entrara en vigencia la norma impugnada, “provocó un alargamiento del concepto de inversión social, que es uno de los rubros que, de manera excepcional, pueden recibir rentas de destinación específica,

estatuyendo que el gasto en deportes es un gasto social, en los siguientes términos, incorporados en el artículo 59 (sic)8 de la Carta: “El deporte y la recreación, forman parte de la educación y constituyen gasto público social.”

Finalmente, sobre los supuestos vicios de forma, la intervención dice que la Corte debe evaluar si es preciso adoptar una decisión inhibitoria, considerando lo dispuesto por el artículo 242 numeral 3° de la Carta, relativo a la caducidad de las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma.

5. Intervención de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

Oportunamente intervino dentro del proceso la ciudadana Ana Isabel Camargo Ángel, actuando como funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, con poder otorgado para el efecto por el delegado del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. En esta condición manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso los siguientes argumentos:

Sostiene, en primer lugar, que la demanda plasma tan sólo reflexiones de carácter subjetivo, pero no irregularidades de tipo constitucional. No obstante lo anterior, entra a referirse a los cargos formulados en la demanda, en primer lugar al esgrimido por razones de forma. Al respecto sostiene que el trámite de discusión y aprobación de la norma se cumplió conforme a los mandatos de la constitución, por cuanto el aparte adicional, en la versión aprobada tanto por la Cámara como por el Senado no se contraponía. Cita al respecto la manifestación de la comisión de conciliación.

En un nuevo acápite, la intervención se refiere a la vigencia actual de la norma demandada, respecto de lo cual hace ver que el inciso 2° del párrafo 2° del citado artículo fue sustituido por la Ley 812 de 2003, cuyo artículo 136 es del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 136. APOYO A DEPORTISTAS DISCAPACITADOS. En concordancia con lo señalado en el artículo 35 párrafo 2o de la Ley 788 de 2002 y referido al cuatro por ciento (4%) de incremento en el IVA para la telefonía móvil, de este se destinará un tres por ciento (3%) como mínimo, para atender en los mismo ítems allí referidos, los Planes de fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación y los programas culturales y artísticos de las personas con discapacidad.”

A juicio de la DIAN, la nueva disposición mantuvo incólume la destinación de los recursos provenientes del incremento de la tarifa, adicionándola con la inclusión de la recreación y los programas culturales y artísticos de las personas con discapacidad, “aspecto que figuraba en el inciso 3° del mismo párrafo en cuanto a la cultura para los no discapacitados, para quienes quedó el porcentaje inicial, esto el equivalente al 25% original.

Aclarado lo anterior, la interviniente se refiere al concepto de “inversión social”; sobre el particular recuerda que el artículo 52 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2000, consagran que el deporte la recreación forman parte de la educación y constituyen gasto público social, lo cual deja sin piso las acusaciones de la demanda, por la supuesta violación de la prohibición constitucional contenida en el artículo 359 de la Carta.

Se adentra entonces la DIAN en explicaciones acerca de porqué no puede considerarse que el servicio de telefonía móvil sea sustituto del de telefonía que opera a través de redes fijas. Para estos efectos transcribe las definiciones legales del servicio de telefonía móvil, contenida en el artículo 1° de la Ley 37 de 1993, y la del servicio público domiciliario de telefonía pública conmutada, vertida en el artículo 14 de la Ley 142 de 1993. De estas disposiciones, y de otras complementarias, concluye que “la telefonía pública conmutada difiere de la telefonía móvil celular, no sólo por los medios de conducción del servicio, ya que en el primer evento este se materializa a través de hilos o cables conductores, mientras que el servicio que nos ocupa, es transmitido a través de medios electrónicos como son las emisiones de ondas electromagnéticas.” Agrega que la telefonía tradicional es un servicio público domiciliario, cuyas tarifas son fijadas por la comisión de Regulación de Servicios Públicos, lo cual no sucede con la móvil, cuyas tarifas son fijadas libremente por los operadores.

Sobre la supuesta violación de los artículos 13 y 363 de la Constitución Política, a juicio de la interviniente el cargo no está llamado a prosperar, pues “la igualdad, equidad, eficiencia y progresividad no se aplican en forma literal, al contrario en su aplicación participan otros factores que aparentemente pueden catalogarse como contradictorios.” Recalca que la igualdad en materia tributaria no se da en términos absolutos, “dada la facultad impositiva del Estado para llevar a la práctica el sostenimiento económico de la Nación, derivado del mandato del artículo 95, numeral 9”.

6. Intervención del Ministerio de Cultura

En representación del Ministerio de la referencia, intervino oportunamente dentro del proceso la ciudadana Janeth Bustos Salgar, para defender la constitucionalidad de la disposición acusada.

Inicialmente, la interviniente se detiene en la exposición de las razones que sustentan la función social del deporte. Al respecto indica que es un instrumento de equilibrio, relación e integración del hombre con el mundo que lo rodea”, que “ha captado la atención de los Estados obligándolos a construir políticas para su desarrollo como valor individual como elemento de socialización y de relación entre grupos humanos”. Por esta razón, tanto la ONU como diversos organismos gubernamentales y no gubernamentales han resaltado la importancia del deporte como elemento de promoción de una cultura de paz. Armónicamente, la Constitución Política de Colombia indica que el deporte es un instrumento que contribuye a la formación integral de las personas y reiterada jurisprudencia reconoce que se trata de un derecho fundamental por conexidad.

En un segundo acápite la interviniente señala que “el desarrollo de las actividades realizadas a partir de la destinación de los recursos provenientes del incremento del cuatro (4%) en el servicio de telefonía móvil y específicamente en lo que hace referencia al 75% están relacionados con el alcance de las metas del plan de desarrollo y del Acto Legislativo 02 de 2002.” Y, a continuación, enumera los proyectos de inversión que con el recaudo de tales recursos ha desarrollado el Gobierno Nacional, los cuales, en general, incluyen planes educativos, preparación y participación de deportistas en juegos y competencias olímpicas internacionales, infraestructura deportiva, etc.

Prosigue la intervención recordando que, de igual manera, la inversión de los recursos provenientes del gravamen a la telefonía móvil en un 25% tiene por objeto la promoción de la cultura. Al respecto informa en la actualidad dichos recursos se están invirtiendo en “actividades relacionadas con la identificación, el inventario y la elaboración de Planes Especiales de Protección de bienes de interés cultural, la promoción y difusión por medio de campañas de sensibilización, educación y formación de la comunidad en torno al conocimiento, valoración, protección y disfrute del patrimonio cultural y natural, así como actividades relacionadas con el seguimiento al estado de conservación, el mantenimiento periódico y la restauración de bienes de interés cultural, entre otras”.

Tras lo anterior, el escrito entra a referirse, de manera concreta, a los cargos de inconstitucionalidad planteados en la demanda.

En cuanto al reproche formulado por desconocimiento de la prohibición de rentas de destinación específica que consagra el artículo 359 de la Carta, el Ministerio de la Cultura estima que la acusación es equivocada, puesto que el Acto Legislativo 02 de 2000, que modificó el artículo 52 de la Constitución, expresamente señala que el deporte y la recreación forman parte de la educación y constituyen gasto público social, disposición superior que actualmente es desarrollada en forma expresa por la Ley 812 de 2003. De igual manera, en materia de cultura los artículos 70 y 71 superiores establecen el deber de promoverla “por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional”. Disposiciones superiores que hoy en día son desarrolladas por la Ley 397 de 1997, que expresamente indica que los recursos públicos invertidos en actividades culturales tiene el carácter de gasto público social. Explicado lo anterior, la intervención transcribe el informe dirigido por el Ministerio de Cultura a la Cámara de Representantes, sobre la inversión de los recursos que se recaudan con fundamento en la norma demandada.

En lo relativo a la inconstitucionalidad de la norma acusada por la presunta violación del artículo 388 de la Constitución, que según el actor se produciría por cuanto la facultad del Congreso para fijar las tarifas de los impuestos sólo puede ejercerse dentro de los límites y condiciones que señala la Carta, que a su parecer no se cumplirían en el presente caso, la intervención del Ministerio de Cultura considera que se trata de una apreciación errada del demandante; para fundamentar esta opinión recuerda la jurisprudencia vertida por esta Corporación en la Sentencia C-222 de 1995, en la cual la Corte hizo ver que no puede sindicarse al legislador de vulnerar la Carta al modificar los tributos, basándose únicamente en razones de conveniencia u oportunidad.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Ministerio de Cultura solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la disposición acusada.

7. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En un primer título, la intervención se refiere a la autonomía legislativa en materia tributaria, recordando que las facultades del Congreso en asuntos impositivos devienen del principio

“nullum tributum sine lege”, sentado desde la época de la Carta Magna. Explica también, con cita de algunas sentencias emanadas de esta Corporación, que las posibilidades del legislador de crear y modificar los tributos son amplias, y que en estos asuntos goza de un amplio margen de discrecionalidad⁹. Empero, dice, no se trata de un poder absoluto, por lo cual no puede ejercerse de manera arbitraria, debiendo reconocer, entre otros postulados, el de la capacidad contributiva de los sujetos gravados. En el caso presente, sostiene, dicho poder de se ha ejercido de manera justificada y no caprichosa, cosa que pretende demostrar en la líneas siguientes.

En cuanto al principio de igualdad, que el demandante estima que es desconocido por la norma acusada, dice la interviniente que en materia impositiva exige al legislativo la obligación de establecer los tributos dentro de criterios de equidad y progresividad; “en impuestos indirectos como el IVA, se consultan los principios de equidad y progresividad cuando el legislador, en virtud de la apreciación de la actividad de consumo de las personas, puede determinar –aun de manera indiciaria- la capacidad contributiva que poseen los consumidores. Así, en atención a dichos principios, es que “el legislador puede, entre muchas alternativas, indicar tarifas diferenciales con el fin de incidir con el tributo en un mayor grado a los contribuyentes que tienen mejores ingresos y niveles de consumo más elevados” (sic). Recuerda, citando las sentencias correspondientes¹⁰, que la Corte ha avalado las tarifas diferenciales en el impuesto al valor agregado IVA, al considerar que las mismas respetan los principios de equidad y eficiencia tributaria. Y refiriéndose de manea concreta a la tarifa impositiva superior para la telefonía móvil que consagra la norma acusada, el Ministerio interviniente sostiene que no es violatoria del artículo 13, por varias razones: en primer lugar, porque el marco regulativo de la telefonía fija y de la móvil difiere sustancialmente: “ de una parte, la telefonía fija se caracteriza por tener tarifas, cargos y condiciones de calidad del servicio reguladas que repercuten en el precio, y obligaciones directas de prestación de servicio universal. De otra parte, la telefonía móvil se caracteriza por el marco liberalizado de fijación de tarifas, con cargos de interconexión de libre negociación –en este servicio la mala calidad del mismo no afecta las tarifas- y finalmente, solo tienen obligaciones indirectas de prestación de servicio universal. Adicionalmente, es necesario considerar que la telefonía fija presenta un esquema subsidiado entre los diferentes estratos, bajo el principio de solidaridad.” Así las cosas, estima la interviniente, pueden existir tratos tributarios diferenciados razonados, como los que introduce la norma acusada.

En este punto manifiesta la libelista que “es indispensable que la Corte, al momento de evaluar la constitucionalidad de la norma en estudio, desestime el argumento según el cual “el hecho de que uno y otro servicio sean sustituibles entre sí, los hace –los debería hacer– absolutamente iguales bajo la óptica tributaria ...”; lo anterior, por cuanto a su parecer “el carácter de bien sustitutivo no es el único fundamento que debe tener en cuenta el legislador el momento de determinar tarifas diferenciales ..., pues en últimas, el sustento que la Constitución exige como garantía del principio de igualdad de los contribuyentes frente a la ley, no es otro que consultar la capacidad económica de quienes van a soportar la carga impositiva del tributo. El hecho de que dos bienes o servicios representen igual utilidad para los consumidores en razón a la similitud de sus características y el servicio que prestan, no significa que los contribuyentes que los consuman se encuentren en pie de igualdad. Los bienes y servicios pueden estar destinados a segmentos particulares en el mercado en atención a los precios y demás características del producto”. Por todo lo anterior, considera ese Ministerio que la tarifa diferencial establecida es razonablemente justificable.

Enseguida, a fin de demostrar la manifiesta equivocación en la que, afirma, incurre el demandante al pretender sustentar su teoría en una tarifa promocional de \$30 pesos¹¹, el concepto presenta de manera gráfica un esquema comparativo en el cual, sustentado en las tarifas que ofrecen las cuatro empresas más representativas tanto de la telefonía fija como de la móvil, puede evidenciarse cómo el consumo de uno u otro servicio está claramente sectorizado en estratos económicos.¹² De estos cuadros se concluye que los precios de la telefonía móvil superan ampliamente a los de la telefonía local en cada uno de los estratos, de manera que es posible afirmar que si bien los planes de telefonía móvil presentan a los consumidores tarifas mensuales más atractivas, lo cierto es que los valores por consumo/minuto se incrementan sustancialmente en relación inversamente proporcional al costo del servicio mensual, es decir, a menor tarifa mensual, mayor costo por minuto. De lo cual se deduce que “lo más seguro es que sean muy pocas las personas de estratos socioeconómicos bajos que estén dispuestas a pagar un promedio de \$500 pesos el minuto de telefonía móvil, cuando por otra parte tienen acceso a un sistema subsidiado de telefonía fija cuyos costos son inferiores en más de un 80%”.

A continuación la intervención del Ministerio de Hacienda entra a referirse a la razonabilidad de la norma acusada, anotando que la imposición de tarifas diferenciales en el impuesto al valor agregado IVA persigue un objetivo constitucionalmente permitido, cual es “la

redistribución de la riqueza de acuerdo a la capacidad contributiva de quienes deban soportar la carga impositiva”, la norma no ha hecho más que gravar el consumo de un sector de la población con mayor capacidad para soportar los gastos del Estado. La medida no otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho, en la medida en que los abonados a la telefonía móvil y a la fija no comparten las mismas características económicas. Hace notar que “los abonados del servicio de telefonía fija de los estratos más altos deben soportar en virtud de la regulación del servicio, la solidaridad que impone la Constitución frente a los servicios públicos domiciliarios y es por esta razón que, aparte de la tarifa diferencial que cuestiona la demanda, los primeros 250 impulsos mensuales facturados en los estratos 1 y 2 están excluidos del IVA¹³”

Recordando jurisprudencia de esta Corporación,¹⁴ afirma que la definición de políticas fiscales implica la clasificación de la población en grupos, por lo cual las razones que tuvo el legislador para proferir la norma acusada se revelan razonables y proporcionada, además de suficientemente justificadas.

Finalmente, refiriéndose al deporte como inversión social, el escrito del Ministerio de Hacienda afirma que el demandante no tuvo en cuenta que el artículo 52 de la Constitución Política fue reformado por el Acto Legislativo número 02 de 2002. Afirma que esta misma Corporación ha afirmado que se ajusta a la Constitución que un porcentaje del IVA sea cedido a las entidades territoriales para esa actividad¹⁵.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Ministerio de Hacienda aboga por la exequibilidad de la disposición acusada.

8. Intervención del Ministerio de Comunicaciones.

También para oponerse a las pretensiones de la demanda, intervino oportunamente dentro del proceso el ciudadano Pedro Nel Rueda Garcés, en representación del Ministerio de Comunicaciones.

En relación con los cargos aducidos por la presunta violación de los principios de justicia y equidad, la intervención afirma que los mismos no son concretos, correspondiendo más bien a la opinión personal del demandante.

En cuanto a la acusación por violación al principio de igualdad, el Ministerio de Comunicaciones llama la atención en cuanto a que la demanda no es clara respecto de aquellos frente a quienes se produciría la aludida violación, pareciendo tan sólo sugerirse que es respecto de la telefonía pública básica conmutada. Agrega que no es posible descartar el carácter suntuario del servicio de telefonía móvil afirmando tan sólo que no lo es porque muchas personas lo tienen, porque lo cierto es que se trata de un servicio caro, lo cual se pone de manifiesto al comparar las tarifas de dicha telefonía con las de la fija. Y en cuanto al argumento de la demanda fundado en que uno y otro son servicios recíprocamente sustituibles, expresa que esa característica no le resta al servicio de telefonía móvil su carácter suntuario. Añade que, económicamente hablando, la posibilidad de sustitución que define lo que es un “mercado de referencia”, (noción que, a su vez, identifica los límites de la competencia económica), involucra productos y servicios equivalentes en razón de sus características o naturaleza, precio y uso previsto. Así pues, al parecer del intervinente, el actor ha debido demostrar que desde el punto de vista de los conceptos económicos de “mercado de referencia” o “mercado relevante” , se presentaba la posibilidad de sustitución que alega.

Desde otro punto de vista, el concepto del Ministerio recuerda que, jurídicamente hablando, la telefonía pública básica conmutada es un servicio público domiciliario, y que en cambio la telefonía móvil no lo es, como lo pone de manifiesto la sola lectura de las leyes 142 de 1994, artículo 14, y 37 de 1993, artículo 1°. Y desde otra perspectiva, repara en que la telefonía móvil, por su naturaleza, tiene cobertura nacional. Añade que la referencia a la sentencia de 10 de febrero de 2003 que hace el actor resulta inadecuada, puesto que en ella la equiparación entre los dos servicios fue meramente técnica, particularmente en cuanto a qué tanto es posible distinguir entre una activación en una y otra modalidad de servicio de telefonía.

Rechaza entonces el Ministerio la acusación relativa a la violación del principio de progresividad. Al respecto indica que tal acusación sería válida si la telefonía móvil no fuera realmente un servicio suntuario, pero como en efecto lo es, no puede decirse que la tarifa diferencial perjudique a los más pobres.

Por último, citando jurisprudencia de esta Corporación y también lo reglado por la Ley 181 de 1995, rechaza la acusación relativa a la violación de la prohibición de rentas de destinación

específica.

9. Intervenciones extemporáneas.

En forma extemporánea intervinieron dentro del proceso la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, la Asociación Nacional de Usuarios de las Comunicaciones ASUCOM e INDEPIORTES ANTIOQUIA. Por su inoportunidad no serán tenidos en cuenta.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dentro del término procesal establecido, el señor Procurador de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, rindió el concepto de su competencia solicitando a la Corte que declare exequible la Ley 848 de 2003, por los aspectos que analiza. En fundamento de esta solicitud, expuso las siguientes consideraciones:

Inicialmente la vista fiscal plantea que la Corte debe inhibirse respecto del cargo de inconstitucionalidad aducido por vicios de forma, dado que el artículo 242, numeral 3º, de la Constitución prevé que “Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”. Toda vez que la Ley 788 de 2002 entró a regir el 27 de diciembre de 2002, a la fecha de la demanda la correspondiente acción por vicios de procedimiento se encontraba caducada.

Prosigue el concepto del Ministerio Público refiriéndose a los cargos de fondo planteados de la acusación, para lo cual inicialmente expone unas reflexiones relativas a los principios constitucionales de los tributos. Sobre el particular recuerda que, aunque dichos principios se predicen del sistema tributario en su conjunto, esta Corporación ha hecho ver como “ello no quiere decir que su examen no pueda llevarse a cabo frente al contenido concreto de la norma acusada cuando la misma, de conservarse, podría aportar al sistema una dosis de manifiesta inequidad, ineficiencia y regresividad”¹⁶, por lo cual, afirma el Procurador, “la generalidad a que hace referencia el artículo 363 de la Constitución, no exime la posibilidad de declarar inexecutable un tributo cuando vulnere manifiestamente los principios de equidad, justicia y progresividad”. Sostiene entonces que “los principios de equidad y justicia fiscales consagrados en la Carta tienen una doble connotación; la primera, es que todas las personas deben contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado y, la segunda, que el poder

impositivo del Estado tiene límites. Así, el que todos deban contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado... debe ser entendido, en un Estado Social y Democrático como está definido el Estado Colombiano, como que a la hora de establecer o modificar tributos, el legislador debe garantizar el principio de las cargas tributarias, otorgando tratamientos iguales a los iguales y desigual a los desiguales...". En cuanto al principio de progresividad, argumenta, con fundamento en las consideraciones vertidas en la sentencia C-776 de 2003, que tal principio es una expresión del de equidad vertical "que implica que el deber de contribuir debe consultar la capacidad real de pago de los contribuyentes y que por lo tanto determina un sacrificio tributario mayor para quienes tienen mayor capacidad contributiva". Por último, aludiendo al principio de eficiencia, expresa que el mismo tiene dos connotaciones: "la primera, se refiere a la efectividad en el recaudo y, la segunda, hace referencia a que el tributo es un invaluable y legítimo instrumento para impulsar la superación de niveles mínimos de pobreza, sustentado en la redistribución del ingreso para reducir las desigualdades sociales y económicas".

En un nuevo acápite, el concepto fiscal expone una serie de argumentos tendientes a demostrar que la tarifa del 20% del IVA para el servicio de telefonía móvil celular no afecta la equidad ni la progresividad del sistema tributario, como tampoco el principio de igualdad. Sobre el particular sostiene que no procede llevar a cabo un juicio de igualdad entre los servicios de telefonía fija y móvil, pues "existen aspectos de tipo tecnológico y económico que los diferencian claramente". Explicando esta afirmación expone que "la telefonía local posee una tecnología menos avanzada que la telefonía móvil lo que incide igualmente en los costos que genera su prestación y en el precio que deben pagar los usuarios. Así, puede decirse que existe un grupo de usuarios que tienen acceso a la telefonía móvil, porque pueden acceder a tarifas más altas que los usuarios de la telefonía local, grupos éstos que están en situaciones fácticas distintas y por lo tanto no hay factores de igualación."

En cuanto a la equidad y a la progresividad, la vista fiscal sostiene que el precepto acusado no vulnera tales principios, "porque no afecta a un grupo de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta y que por lo tanto requieren una especial protección del Estado, pues la norma está dirigida a las personas que realizan actos indiciarios de capacidad contributiva, esto es, a quienes tienen la posibilidad de pagar el servicio de telefonía móvil y no afecta a quienes no tienen la posibilidad de contribuir ni de acceder a dicho servicio. Lo anterior, porque aun cuando todos y cada uno de los servicios y productos semi-suntuarios o

suntuarios puedan facilitar la vida de las personas y por ello se tornen para ellas necesarios en la cotidianidad, en términos reales su compra o utilización es una opción voluntariamente asumida y de la que puede prescindirse sin que con ello se afecte de manera alguna principios inherentes a la dignidad humana.”

Por último, en cuanto a la destinación específica de los recursos obtenidos por concepto del IVA al servicio de telefonía móvil, el Ministerio Público estima la norma acusada se ajusta a la Constitución, toda vez que el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2000 “Por el cual se modifica el artículo 52 de la Constitución Política de Colombia”, señala que “El deporte y la recreación, forman parte de la educación y constituyen gasto público social”. Así las cosas, dice vista fiscal que, a la luz de la Constitución, “el deporte constituye una de las excepciones a la prohibición de rentas con destinación específica y por lo tanto, el cargo por vulneración al artículo 359 tampoco está llamado a prosperar”.

Por todo lo anterior, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar exequible el párrafo 2º del artículo 35 de la Ley 788 de 2002, pero sólo por los cargos planteados en la demanda.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo prescrito por el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley acusada.

2. Cuestión previa. Vigencia de la norma demandada.

El demandante acusa el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley 788 de 2002, “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal, del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones”, que modificó el artículo 468-3 párrafo 2 del Estatuto Tributario. El texto de la disposición, en la parte demandada, se recuerda, es el siguiente:

“Párrafo 2º. A partir del 1º de enero de 2003, el servicio de telefonía móvil está gravado con la tarifa del 20%.

“El incremento del 4% a que se refiere este párrafo será destinado a inversión social y se distribuirá así:

- * Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación, escenarios deportivos incluidos los accesos en las zonas de influencia de los mismos, así como para la atención de los juegos deportivos nacionales y los juegos paralímpicos nacionales, los compromisos del ciclo olímpico y paralímpico que adquiriera la Nación y la preparación y participación de los deportistas en todos los juegos mencionados y los del Calendario Unico Nacional.

- * El 25% restante será girado a los departamentos y al Distrito Capital para apoyar los programas de fomento y desarrollo deportivo, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación establecido en la Ley 715 de 2000 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana.

Empero, la Corte observa que dicha disposición fue adicionada por la Ley 812 de 2003, que aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, “Hacia un Estado comunitario”, cuyo artículo 136 es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 136. APOYO A DEPORTISTAS DISCAPACITADOS. En concordancia con lo señalado en el artículo 35 párrafo 2o de la Ley 788 de 2002 y referido al cuatro por ciento (4%) de incremento en el IVA para la telefonía móvil, de este se destinará un tres por ciento (3%) como mínimo, para atender en los mismos ítems allí referidos, los Planes de fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación y los programas culturales y artísticos de las personas con discapacidad.”

Como puede apreciarse, el artículo 136 de la Ley 812 de 2003 no modifica la tarifa del 20% con la cual, mediante el párrafo segundo del artículo 36 de la Ley 788 de 2002, aquí acusado, se gravaron con el Impuesto al Valor Agregado -IVA- los servicios de telefonía móvil. Tampoco la nueva disposición modifica la destinación para inversión social en deporte y cultura de los recursos provenientes del incremento del 4% de la tarifa. Lo que hace el artículo 36 de la Ley 812 de 2003, según se desprende de su propio tenor, es adicionar el referido párrafo segundo del artículo 36 de la Ley 788 de 2002, para precisar que, “en los mismos ítems allí referidos”, es decir en inversión social en deporte y cultura, se destinará un tres por ciento -del 4%, se entiende-, para “los Planes de fomento, promoción y desarrollo

del deporte, la recreación y los programas culturales y artísticos de las personas con discapacidad.”

Es decir, la nueva disposición no cambia la destinación al fomento del deporte y la cultura que disponía la anterior, y en ese sentido no la modifica; nótese además que el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley 788 de 2002, aquí acusado, desde antes establecía también que dichos nuevos recursos en parte irían a apoyar las actividades deportivas y culturales de las personas discapacitadas. Entonces, la nueva disposición, es decir el artículo 136 de la Ley 812 de 2003, únicamente precisa la cuantía -3% del 4%- en que dichos recursos deben dirigirse a los mismos objetivos de fomento del deporte y la recreación, respecto de la promoción de tales actividades en personas con discapacidad.

En tal virtud, la Corte estima que la disposición acusada mantiene plenamente su vigencia, en cuanto no ha sido derogada, sustituida o subrogada por el artículo 136 de la Ley 812 de 2003, cuya redacción, además, corrobora el ánimo del legislador de mantener vigente el contenido normativo de aquella.¹⁷ En efecto, nótese como la disposición posterior dice que “(e)n concordancia con lo señalado en el artículo 35 párrafo 2o de la Ley 788 de 2002 y referido al cuatro por ciento (4%) de incremento en el IVA para la telefonía móvil, de este se destinará un tres por ciento (3%) como mínimo, para atender en los mismos ítems allí referidos, los Planes de fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación y los programas culturales y artísticos de las personas con discapacidad.” Como puede verse, el propio legislador alude a la norma demandada, reconociendo, implícitamente, la continuidad de su vigencia.

3. Cargo aducido por vicios de forma.

Por razones de procedimiento, corresponde a la Corte referirse inicialmente al cargo propuesto en la demanda por razones de forma, es decir a la acusación según la cual “entre el primero y el segundo debate el texto del artículo demandado fue modificado sin que en el primer debate se hubiese dado la debida deliberación y aprobación del texto finalmente aprobado en segundo debate”.

Como bien lo señalan varios de los intervinientes y también corrobora la vista fiscal, no corresponde a la Corte pronunciarse en torno de la anterior acusación, en cuando la acción de inconstitucionalidad por razones del trámite impartido a la Ley 788 de 2002 había

caducado a la fecha de interposición de la presente acción.

En efecto, conforme lo dispone el numeral 3° del artículo 242 de la Constitución Política, “las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”. Dado que la Ley 788 de 2002 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”, fue publicada en el Diario Oficial No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002, que su último artículo dispone que ella rige a partir de su promulgación, y que esta demanda fue presentada ante la Secretaria General de la Corporación el día 9 de septiembre de 2004, la Corte concluye que debe declararse inhibida para pronunciarse en relación con el cargo esgrimido por vicios de trámite.

4. El problema jurídico de fondo que plantea la presente demanda.

4.1 Concretando los cargos que propone la demanda, puede decirse que el principal reproche sobre el cual el actor funda su acusación radica en la consideración según la cual los servicios de telefonía móvil y los de telefonía pública básica conmutada o telefonía fija son similares o iguales, por lo cual sus usuarios merecen un idéntico trato tributario. Para demostrar la similitud o equiparación entre uno y otro servicio, acude a diversos argumentos: (i) esgrime que se trata de servicios sustituibles, en cuanto cumplen una misma finalidad, por lo cual compiten entre sí; para reforzar este argumento trae a colación datos relativos al crecimiento del número de usuarios de la telefonía móvil, correlativo a la desaceleración del crecimiento de las líneas fijas, fenómeno que, según estimación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, es “producto de la sustitución de los fijos por parte de los móviles”; (ii) señala que si bien en un principio la telefonía móvil por su precio podía considerarse un servicio suntuario, lo cual la distinguía a de la telefonía fija, hoy en día no lo es; en sustento de esta consideración menciona datos estadísticos relativos a la penetración¹⁸ actual en el mercado mundial y nacional de tal tecnología, orientados a demostrar que se trata de un servicio masivo al alcance de las clases populares; agrega que, en lo que se refiera al costo del servicio, en muchos casos es más económico el de telefonía móvil que el de telefonía fija, y arguye que, en cuanto el 70% de los usuarios de la telefonía móvil están vinculados mediante el sistema prepago debe concluirse que no se trata de un servicio suntuario, pues “los servicios de prepago están naturalmente demandados y contratados por personas que están en los estratos bajos de la división socioeconómica”; (iii)

recuerda que el h. Consejo de Estado ha considerado que, para efectos tributarios, los servicios móviles y los de telefonía pública básica conmutada son iguales, por pertenecer los dos a la clasificación legal de servicios básicos.

Sobre estas consideraciones, la demanda edifica la acusación por desconocimiento del principio de igualdad a que alude el artículo 13 de la Constitución, alegando que sin motivo justificado se implanta un gravamen mucho más alto y desproporcionado para el usuario del servicio de telefonía móvil, sin que exista una razón objetiva que resulte válida para la discriminación. Además, sostiene que, desde el punto de vista de las empresas prestadoras de los servicios de telefonía, tampoco existe una justificación que haga que los servicios prestados por las empresas de telefonía móvil estén gravados con una tarifa del 20%, muy superior a la que grava a los demás servicios de telecomunicaciones.

4.2 Adicionalmente, en otra serie de reproches que se proponen como independientes del concerniente al desconocimiento del artículo 13, pero que en últimas toman pie en la consideración según la cual los servicios de telefonía móvil y de telefonía fija merecen idéntico tratamiento, el actor alega lo siguiente: (i) que la norma demandada desconoce el orden justo que, de conformidad con el Preámbulo de la Carta, constituye una finalidad del Estado; ello por cuanto establece un gravamen desproporcionado que hace recaer en un solo sector de la sociedad, esto es, sobre el de los usuarios de la telefonía móvil. Con lo anterior, el legislador habría incurrido en un abuso de poder, pues la soberanía popular debe ser ejercida por los representantes del pueblo “en los términos que la Constitución establece” (C.P. art. 3°). Resultarían así desconocidos el Preámbulo de la Carta y el citado artículo 3° de la misma; (ii) la desproporción del tributo iría también en contra del numeral 9° del artículo 95 de la Constitución, que consagra como deber de las personas el de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de conceptos de justicia y equidad”; (iii) se violentaría además el artículo 363 de la Constitución, conforme al cual “el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”; ello por cuanto la norma acusada no es equitativa, dado que conduce a que los usuarios de la telefonía móvil, a diferencia de los de la telefonía fija, sean los que contribuyan en mayor medida al sostenimiento de las finanzas públicas. Adicionalmente, por las mismas razones, la disposición desconocería los principios de proporcionalidad y progresividad. (iv) No existiendo un fundamento legítimo para tal diferenciación, propone que la norma también es violatoria del artículo 58 de la Carta, que garantiza el derecho de propiedad, porque sin que

haya causa jurídica, obliga a que se trasladen al Estado parte los ingresos de los usuarios de la telefonía móvil. (v) También, dice, se vulneraría el canon 338 superior que establece el principio de legalidad de los tributos, pues el Congreso pudo establecerlos, pero dentro de los límites y condiciones que señala la Constitución, los cuales en el presente caso habrían sido desbordados.

4.3 Finalmente, en una acusación que sí es independiente de la concerniente al principio de igualdad, el demandante sostiene que la norma demandada viola el artículo 359 de la Carta Política, que prohíbe las rentas de destinación específica, pues la destinación de los recursos que prescribe la disposición no corresponde a ninguna de las excepciones que tal norma constitucional contempla.

4.4 Vista la anterior concreción de los cargos que plantea la demanda, la Corte estima que, salvo la acusación relativa a la violación de la prohibición constitucional de decretar rentas de destinación específica, todos los demás reproches que se formulan parten del mismo argumento, a saber: que los servicios de telefonía móvil y los de telefonía fija son similares o iguales, por lo cual el legislador no podía fijar una tarifa del 20% para el Impuesto al Valor Agregado -IVA- que recae sobre el servicio de telefonía móvil, y al mismo tiempo disponer que el servicio de telefonía fija fuese gravado con el mismo impuesto pero a una tarifa considerablemente menor. Al hacerlo mediante la norma acusada, vulneró principalmente el derecho a la igualdad y también los principios de equidad y progresividad que deben gobernar el sistema tributario¹⁹. Esta violación del derecho a la igualdad, también sugiere la demanda, afecta a las empresas prestadoras del servicio, pues no existe una justificación que haga que los servicios prestados por las empresas de telefonía móvil estén gravados con una tarifa sensiblemente superior a la que grava los servicios de telefonía fija, más aun cuando por ser servicios sustituibles, las empresas compiten entre sí.

De esta manera, todos los reproches de inconstitucionalidad, salvo el que denuncia el desconocimiento del artículo 359 de la Carta, tienen como presupuesto la consideración relativa a la igualdad o similitud que se presenta entre los dos servicios de telefonía. En tal virtud, estima la Corte que para resolver la presente demanda resulta necesario referirse a los siguientes puntos: (i) los principios constitucionales de igualdad, equidad y progresividad que gobiernan la actividad impositiva del Estado, y su proyección en impuestos indirectos como el IVA, pues a esta clase pertenece el gravamen que ahora se acusa; (ii) si

efectivamente la aseveración relativa a la igualdad o similitud que se presenta entre los servicios de telefonía fija y móvil es cierta; (ii) si puede hablarse de un mercado de competencia que obligue al legislador a garantizar que la legislación tributaria no favorecerá a uno de los dos servicios en detrimento del otro.

Pasa la Corte a ocuparse de ello.

5. Los principios constitucionales de igualdad, equidad y progresividad que gobiernan la actividad impositiva del Estado, y su proyección en impuestos indirectos como el IVA

5.1 La jurisprudencia constitucional reiteradamente ha reconocido un amplio margen de libertad configurativa al legislador en materia tributaria, que le permite “establecer las clases de tributos y sus características, precisar cuáles son los hechos gravables, contemplar las tarifas aplicables, señalar la fecha a partir de la cual principiarán a cobrarse y prever la forma de recaudo, los intereses y las sanciones correspondientes, entre otros aspectos”, así como modificar, reducir, aumentar o derogar los tributos, o decretar exenciones²⁰. No obstante lo anterior, este amplio margen de diseño legal se encuentra circunscrito de forma general por las normas y principios constitucionales, y de manera especial por aquellos principios que de manera concreta gobiernan la actividad impositiva del Estado, señalados por la Constitución Política en sus artículos 363 y 338, y explicados así por la jurisprudencia de esta Corporación:

“...el constituyente ha determinado los principios con arreglo a los cuales debe regularse el sistema tributario. Tales principios son, por una parte, los de legalidad, certeza e irretroactividad y, por otra, los de equidad, eficiencia y progresividad.

“Los primeros están consagrados en el artículo 338 de la Carta. De acuerdo con el principio de legalidad, todo tributo requiere de una ley previa que lo establezca y la competencia para imponerlo radica en el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales como órganos de representación popular. En virtud del principio de certeza, la norma que establece el impuesto debe fijar el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa. Y en razón del principio de irretroactividad, la ley que impone un impuesto no puede aplicarse a hechos generadores ocurridos antes de su vigencia.

“De otro lado, los principios de equidad, eficiencia y progresividad del sistema tributario

están consagrados en el artículo 363 del Texto Superior. El principio de equidad tributaria es la manifestación del derecho fundamental de igualdad en esa materia y por ello proscribire formulaciones legales que establezcan tratamientos tributarios diferenciados injustificados tanto por desconocer el mandato de igual regulación legal cuando no hay razones para un tratamiento desigual, como por desconocer el mandato de regulación diferenciada cuando no hay razones para un tratamiento igual. El principio de progresividad compensa la insuficiencia del principio de proporcionalidad en el sistema tributario pues como en este ámbito no basta con mantener en todos los niveles una relación simplemente porcentual entre la capacidad económica del contribuyente y el monto de los impuestos a su cargo, el constituyente ha superado esa deficiencia disponiendo que quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente. Finalmente, el principio de eficiencia implica que debe existir una relación de equilibrio entre los costos que la administración debe asumir para el recaudo del tributo y las sumas recaudadas, es decir, se trata de generar el mayor recaudo al menor costo.

“Estos principios constituyen los parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario y, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular”.²¹ (negritas fuera del original)

De la anterior jurisprudencia destaca ahora la Corte que tanto el principio de equidad como el de progresividad tributaria constituyen manifestaciones específicas del principio general de igualdad, referidas a la actividad impositiva del Estado.

En efecto, el principio de equidad tributaria impone “un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión”²². Por su parte, el principio de progresividad tributaria también persigue hacer efectiva la igualdad frente a las cargas tributarias. Su proyección normativa exige que las leyes que establecen tributos graven de igual manera a las personas que tienen una misma capacidad de pago -equidad horizontal- y en mayor proporción a quienes tienen mayor capacidad contributiva -equidad

vertical-, a fin de que, a la postre, todos acaben haciendo un igual sacrificio de cara a sus capacidades. Definiendo los alcances del principio en comento, la Corte ha dicho:

“Por su parte, el principio de progresividad, el cual se predica del sistema tributario, hace referencia al reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de la que disponen, es decir, es un criterio de análisis de la proporción del aporte total de cada contribuyente en relación con su capacidad contributiva. En este orden de ideas, es neutro el sistema que conserva las diferencias relativas entre los aportantes de mayor y de menor capacidad contributiva; es progresivo el que las reduce; y es regresivo el que las aumenta.”²³

Ahora bien, para los anteriores propósitos, es decir para que las leyes que establecen tributos graven de igual manera a las personas que tienen una misma capacidad de pago y en mayor proporción a quienes tienen mayor capacidad contributiva, y no impongan cargas excesivas que no consulten la verdadera capacidad de pago, resulta necesario que el legislador determine la capacidad contributiva de los sujetos, lo cual hace de manera diferente según el tipo de impuesto de que se trate. En los impuestos indirectos, como el IVA, en los cuales no existe una identificación concreta y previa del sujeto contribuyente, “la capacidad de pago solamente se puede determinar por la propensión al consumo de los distintos sujetos pasivos del tributo. En tal virtud, los contribuyentes que con mayor frecuencia incurran en el hecho gravado pagarán proporcionalmente más que los demás, y es evidente que quienes tienen mayores recursos normalmente efectuarán erogaciones por mayor cuantía de las que tienen menos medios. En este tipo de impuestos existe la posibilidad de acentuar las cargas tributarias sobre los que tengan una mayor capacidad económica, mediante el establecimiento de tarifas diferenciales, respecto d los consumos de lujo.”²⁴ En cambio, en los impuestos directos, como el renta o el predial, “como se identifica en ellos al contribuyente respectivo, es posible conocer la capacidad de pago del mismo mediante las informaciones relativas a sus rentas y patrimonio. En tal caso, es lógico el establecimiento de tarifas progresivas, de tal manera que en la medida en que aumente la base gravable aumente también la medida aplicable. En esta forma se parte del principio de que, a medida que aumenta el nivel de la riqueza de la persona, va decreciendo el beneficio personal sobre la porción de riqueza considerada en cada tramo y resulta conforme a la equidad acentuar la carga tributaria, a fin de que se busque la igualdad en el sacrificio.”²⁵

Así pues, el principio constitucional de progresividad tributaria se hace efectivo de manera concreta en materia de impuestos directos, mediante el establecimiento de tarifas progresivas respecto de un mismo gravamen. En materia de impuestos indirectos, la progresividad es más difusa, y parte de la presunción relativa a la mayor capacidad adquisitiva de aquellas personas que gastan en bienes o servicios más costosos y menos relacionados con la satisfacción de necesidades básicas, los cuales son gravados con tarifas más altas.

Así pues, el principio de progresividad puede hacerse efectivo en las dos clases de impuestos -directos e indirectos- pero la forma concreta de lograrlo es diferente en cada uno de ellos. Ahora bien, de todas maneras la jurisprudencia ha hecho ver que tal principio constitucional se predica en general de todo el sistema tributario, y no de los impuestos específicos en particular, puesto que otros elementos distintos de la tarifa de cada tributo -como por ejemplo el destino del gasto público- contribuyen a definir si el conjunto del sistema permite reducir las diferencias entre los aportantes de mayor y de menor capacidad contributiva.²⁶ No obstante, ha dicho también la Corte, ello no impide que se juzgue una norma en cuanto a sus implicaciones para el sistema:

“Ante todo, es importante recordar que en la sentencia C-643 de 2002, la Corte estableció que la equidad, eficiencia y progresividad tributarias hacen alusión al sistema en su conjunto y en su contexto: “Estos principios constituyen los parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario y, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular²⁷”. También ha expresado esta Corporación, en la sentencia C-183 de 1998, que “la Corte, como guardiana de la estricta sujeción del poder tributario a los mandatos constitucionales debe asegurarse que el sistema tributario, en su conjunto y en las leyes que lo integran, se informe en los principios de justicia y equidad, los cuales se concretan en las reglas y fórmulas de reparto de la carga tributaria y en la adecuada distribución del gasto público”.

“Esta doctrina no impide que se juzgue una norma en cuanto a sus implicaciones para el sistema. Ha advertido la Corte: “Si bien la cualidad sistémica de los principios de equidad, eficiencia y progresividad, no puede ser aprehendida en una revisión de constitucionalidad de una ley singular, ello no quiere decir que su examen no pueda llevarse a cabo frente al contenido concreto de la norma acusada cuando la misma, de conservarse, podría aportar al

sistema una dosis de manifiesta inequidad, ineficiencia y regresividad. Finalmente, las leyes singulares son los afluentes normativos del sistema que resulta de su integración y, de otra parte, los principios, como se ha recordado, tienen un cometido esencial de límites que, desprovistos de control constitucional, quedarían inactuados”^{28.29} (Negrillas fuera del original)

5.1 El anterior recuento jurisprudencial resulta importante frente a los cargos aducidos en la demanda. En efecto, como se dijo, la acusación funda sus argumentos en la consideración según la cual los servicios de telefonía móvil y los de telefonía fija son similares o iguales, por lo cual el legislador no podía fijar una tarifa sensiblemente mayor para el Impuesto al Valor Agregado -IVA- que recae sobre el servicio de telefonía móvil. Es decir, la demanda parte de la base de que los dos servicios de telefonía permiten establecer una idéntica presunción relativa a la capacidad contributiva de los usuarios, por lo cual no era posible gravar en mayor proporción a quienes utilizan la telefonía móvil. En otras palabras, el legislador no podía introducir este elemento de progresividad al señalar una tarifa mayor para la telefonía móvil, porque no es cierto que quienes acudan a ella tengan mayor capacidad contributiva.

Planteado así el problema, resulta insoslayable detenerse a estudiar si efectivamente, como lo afirma el demandante, los servicios de telefonía fija y móvil se equiparan de tal manera, que no es posible dispensar un tratamiento tributario disímil a los usuarios de uno y otro servicio.

6. La igualdad o similitud entre los servicios de telefonía móvil y de telefonía pública básica conmutada.

6.1 Desde varios puntos de vista es posible fijar la atención en los servicios de telefonía móvil y de telefonía pública básica conmutada (telefonía fija) para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas, y así lo hacen tanto la demanda como las intervenciones y la vista fiscal, para llegar a diferentes conclusiones. En efecto, esta comparación puede ser hecha desde la perspectiva de la necesidad que se satisface con uno y otro servicio, de los mecanismos técnicos que se utilizan para ello en uno y otro caso, de los costos en que incurre el usuario cuando los utiliza, del régimen jurídico al que se encuentra sometida la prestación del servicio, etc.

Algunos de los anteriores criterios son especialmente importantes para definir si los sujetos gravados con el IVA sobre cada una de las dos modalidades de telefonía tienen idéntica capacidad contributiva o no. Estos serían los criterios relativos a la clase de necesidad que satisface uno y otro servicio, y los costos que presentan para el usuario. Otro criterio, el del régimen jurídico aplicable, permite ver el problema de la progresividad desde el contexto general del sistema tributario y no del impuesto en particular; de otro lado, el criterio de las características técnicas del servicio, y también el de los costos para el usuario, contribuyen a definir si se trata de servicios sustituibles que entren en un juego de competencia económica que el Estado esté obligado a preservar.

Entra la Corte a referirse a cada uno de estos criterios:

6.2. Comparación entre los servicios de telefonía móvil y de telefonía pública básica conmutada, desde el punto de vista del régimen jurídico a que están sujetos.

6.2.1 Definición legal.

a. Telefonía fija: El servicio de telefonía pública básica conmutada (TPBC), llamado comúnmente telefonía fija, es definido por la Ley 142 de 1994 como “el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio”.³⁰ El régimen jurídico de la TPBC se aplica también a “la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional”.³¹ El Servicio de larga distancia nacional e internacional es el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior.³²

La telefonía móvil está expresamente exceptuada de la aplicación del régimen legal que corresponde a estos servicios, y actualmente se encuentra regulada por las leyes 37 de 1993 y 555 de 2000.

b. Telefonía móvil: La telefonía móvil comprende dos modalidades técnicas que son los servicios de telefonía móvil celular (TMC) y los de comunicación personal (PCS).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 37 de 1993, “la telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y

cubrimiento nacional, que proporciona en si mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.”

Por su parte, según son definidos por el artículo 2° de la Ley 555 de 2000, “los servicios de comunicación personal PCS son servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes. Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencias que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones”.

Así pues, desde el punto de vista del usuario, la principal diferencia entre los servicios de PCS y los telefonía simplemente celular radica en que los primeros permiten la transmisión de ciertos datos e imágenes, mientras que los segundos no incluyen esta posibilidad.

6.2.2 Naturaleza jurídica.

a. Telefonía fija: Por expresa definición del artículo 1° de la Ley 142 de 1994, la telefonía pública básica conmutada es un servicio público, y en tal virtud, es inherente a la finalidad social del Estado.³³ Por tal razón, y según el mandato constitucional contenido en el artículo 365 superior, al Estado corresponde su regulación, control y vigilancia, que, según lo establece el artículo 2° de la referida Ley, se llevan a cabo para garantizar la calidad del servicio, su disposición para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, la ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios, la prestación eficiente, continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor, caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan, la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante, la obtención de economías de escala comprobables, y la existencia de mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la

gestión y fiscalización de su prestación, a fin de dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 369 de la Carta³⁴.

De otro lado, la telefonía pública básica conmutada o telefonía fija es por definición legal un servicio público domiciliario, por lo cual, según lo previsto por el artículo 367 de la Constitución Política, su régimen tarifario “tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.”

Además, es considerada por la ley como un servicio público esencial³⁵. Esta decisión del legislador de calificar como esencial el servicio de telefonía pública significa que estimó que el mismo no puede ser suspendido de manera general sin compromiso del orden público. Por lo cual, en este servicio el derecho de huelga se encuentra restringido, según lo dispone el artículo 56 de la Constitución.³⁶

b. Telefonía móvil: Como se desprende de las definiciones anteriormente transcritas, la telefonía móvil también es un servicio público, aunque el legislador no lo ha calificado de esencial como sí lo ha hecho con la telefonía pública básica conmutada. No es tampoco un servicio público domiciliario, y en tal virtud su régimen tarifario no esta presidido por los principios de solidaridad y de redistribución del ingreso a que alude el artículo 367 superior³⁷. Por ello, en las dos modalidades que comprende -TMC y PCS- las tarifas cobradas a los usuarios no se estructuran con fundamento en un sistema de subsidios para los estratos socioeconómicos bajos.

6.2.3. Responsables de la prestación del servicio.

a. Telefonía fija. De manera concreta, a nivel local corresponde a los municipios asegurar la prestación continua del servicio de telefonía pública básica conmutada, que puede ser prestado por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por las administración centrales de los municipios, a través de empresas de servicios públicos constituidas para ello.

Por su parte, de cara a la adecuada prestación del servicio público de telefonía pública básica conmutada, a la Nación corresponde asegurar la interconexión de la red pública de telecomunicaciones, así como apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos o a los municipios que hayan asumido la prestación del

servicio,³⁹ labor esta última que también corresponde a los departamentos.⁴⁰ Adicionalmente la ley asigna a la Nación la obligación de prestar el servicio, cuando los departamentos y municipios no tengan la capacidad suficiente. ⁴¹

b. Telefonía móvil: De conformidad con lo reglado por el artículo 3° de la Ley 37 de 1993, el servicio de telefonía móvil celular “estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia.” Los contratos administrativos de concesión se adjudicarán previo el trámite de la licitación pública y sólo podrán celebrarse con sociedades anónimas constituídas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país. Por ser la telefonía móvil celular un servicio de ámbito y cubrimiento nacional, no requiere para su concesión autorización alguna de las entidades territoriales. ⁴²

Por su parte, según lo prescribe el artículo 4° de la Ley 555 de 2000, los servicios de comunicación personal (PCS) son también responsabilidad de la Nación, “quien los podrá prestar en gestión directa, o indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato a empresas estatales, sociedades privadas o de naturaleza mixta. Como en el caso de la telefonía móvil celular, los contratos estatales de concesión sólo pueden celebrarse con personas jurídicas de derecho público o con sociedades anónimas privadas o mixtas constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en el país, cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios de telecomunicaciones. Tales contratos de concesión se adjudican previo el trámite de licitación pública. Teniendo en cuenta que los Servicios de Comunicación Personal, PCS, son de ámbito y cubrimiento nacional y que el espectro radioeléctrico es un bien público de la Nación, la competencia para otorgar la concesión le corresponde a la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones.⁴³

6.2.4. Vigilancia y control de las entidades prestatarias del servicio.

a. Telefonía fija. El servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada es prestado a través de empresas de servicios públicos (E.S.P.) que se encuentra reguladas por la Ley 142 de 1994, y sometidas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a

la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. A través de estas dos entidades, el presidente cumple las funciones que le encomienda el artículo 370 de la Carta de (i) ejercer la inspección, control y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, y (ii) señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia del servicio público de telecomunicaciones, respectivamente.

De manera específica, en materia del servicio público domiciliario de telefonía fija a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se le encomienda “regular los monopolios en la prestación del servicio público, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.”

44

Por su parte, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios corresponde, entre otras funciones, “vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.” Adicionalmente, debe vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, correspondiéndole también estar atenta a que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a la prestación de los servicios públicos las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes.⁴⁵

Al Ministerio de Comunicaciones, en relación con las empresas prestadoras del servicio público de telefonía pública básica conmutada también llamado telefonía fija, se le asignan, entre otras funciones, las de señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen, cuando la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario; así mismo, el Ministerio elabora el plan de expansión de la cobertura del servicio público y también a él corresponde estimular las inversiones públicas y privadas que deban realizarse. ⁴⁶

b. Telefonía móvil. Las condiciones en que se deben prestar los servicios de TMC y de PCS son establecidas por el legislador y reglamentadas por el Gobierno Nacional. La Ley 37 de 1993 señala los criterios que presiden la regulación de la telefonía móvil y la 555 de 2000 los relativos a los servicios de PCS.

Ahora bien, dentro de este esquema de competencias, la ley asigna al Ministerio de Comunicaciones la función de asignar las frecuencias para la prestación de los servicios de TMC y de PCS, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las cuales se prestará dicho servicio.⁴⁷ Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones⁴⁸, sin perjuicio de las facultades de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) para “promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.”⁴⁹

La CRT expide también las normas que regulan la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual.⁵⁰ A ella toca “expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia; el régimen tarifario; el régimen de interconexión; el régimen de protección al usuario; los parámetros de calidad de los servicios; criterios de eficiencia e indicadores de control de resultados; y las inherentes a la resolución de conflictos entre operadores y comercializadores de redes y servicios”⁵¹, y, en relación con la telefonía móvil, “poner en conocimiento de la Superintendencias de Industria y Comercio, aquellas conductas que constituyan eventual infracción contra el régimen de telecomunicaciones o de competencia”⁵²

6.2.5. Régimen tarifario e impositivo.

a. Telefonía móvil. Las empresas que prestan el servicio público de telefonía pública básica conmutada se encuentran sujetas al régimen tarifario que establece la Ley 142 de 1994. Al

fijar sus tarifas, se someten o bien al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o al régimen de libertad. Este último se aplica cuando no tienen una posición dominante en su mercado, según análisis que hace la Comisión.⁵³

Así, en ejercicio de sus competencias, y respecto del régimen tarifario que pueden aplicar la empresas prestadoras del servicio de telefonía pública básica conmutada, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones tiene, entre otras facultades, la de determinar cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada, o de señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas, así como la de establecer fórmulas para la fijación de las tarifas del servicio público, cuando ello corresponda por no existir un mercado de competencia; así mismo, puede “determinar ... las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo”⁵⁴. También la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones tiene potestades para “establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado” y “fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes”⁵⁵.⁵⁶

De otro lado, como arriba se dijo, por ser la telefonía pública básica conmutada o telefonía fija un servicio público domiciliario, según lo previsto por el artículo 367 de la Constitución Política en armonía con el 5° de la Ley 142 de 1994, su régimen tarifario “tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.” Por tal razón, dicho régimen tarifario de la telefonía fija contempla un sistema de subsidios.⁵⁷

Para estos efectos, a las administraciones municipales toca llevar a cabo la estratificación de los inmuebles residenciales de acuerdo con las metodologías trazadas por el Gobierno Nacional y establecer en el municipio una nomenclatura alfa numérica precisa, que permita individualizar cada predio al que hayan de darse los servicios públicos.⁵⁸ Al cobrar los servicios, las empresas que prestan el servicio público de telefonía pública básica conmutada deben distinguir en las facturas entre el valor que corresponde al servicio propiamente dicho y el factor que obligatoriamente se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones puede definir también las condiciones para aplicarlos al estrato 3.⁵⁹

De conformidad con lo prescrito por el artículo 5° de la Ley 286 de 1996, los subsidios pagados por los usuarios de los servicios públicos de telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial, estratos 5 y 6, y a los sectores comercial e industrial son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores son facturados y recaudados por la empresas de telefonía básica conmutada correspondiente y utilizados por ella misma, aplicándolos para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos 1, 2 y eventualmente 3, de las áreas urbanas y rurales de la misma zona donde operan.

Por otra parte, en cuanto al régimen impositivo, el servicio de telefonía fija se encuentra gravado con el Impuesto al Valor Agregado IVA, según la tarifa general, que es del dieciséis por ciento (16%). No obstante, los primeros 250 impulsos mensuales facturados a los estratos uno y dos que correspondan al servicio telefónico local, están excluidos del IVA. 60

b. Telefonía móvil.

El régimen tarifario de la telefonía móvil es fijado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. El régimen vigente a la fecha permite la oferta de servicios y la generación de planes y tarifas diferenciales para los distintos segmentos del mercado, pudiendo catalogarse como un régimen tarifario libre. En ejercicio de esta facultad, las empresas prestadoras del servicio ofrecen distintas modalidades de planes, que como norma general siguen la regla según la cual a mayor número de minutos contratados, menor costo del servicio.

6.2.6. Régimen contractual.

a. Telefonía fija. Las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada lo hacen mediante la suscripción de contratos uniformes, definidos por la ley como aquellos consensuales, en virtud de los cuales “una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados”.⁶¹

Respecto de la prestación del servicio, la Ley dispone que “cualquier persona capaz de

contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tiene derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios al hacerse parte de un contrato de servicios públicos”.⁶² En tal virtud, la empresa prestadora no puede negarse al otorgamiento del servicio.

b. Telefonía móvil. Las relaciones entre las empresas concesionarias de los servicios de TMC y de PCS con sus usuarios se rigen por contratos de prestación de servicios. Estos contratos deben atender (i) a lo dispuesto en el Decreto 990 de 1998 para TMC, y en la Ley 555 de 2000⁶³ y sus normas reglamentarias⁶⁴ para los servicios de PCS, (ii) a las estipulaciones particulares que hayan sido definidas por el operador, (iii) a las normas del Código de Comercio, (iv) a las normas fijadas en el contrato de concesión suscrito por el operador para la utilización del espectro electromagnético, y (v) a las demás que regulan el servicio.

Como se ve, la posibilidad de incluir estipulaciones definidas por el operador hace que no se trate, como en el servicio público domiciliario de TPBC, de contratos uniformes.

6.3. Comparación entre los servicios de telefonía móvil y de telefonía pública básica conmutada, desde el punto de vista de sus características técnicas.

6.3.1 Desde un punto de vista técnico, los servicios de telefonía pública básica conmutada y los de telefonía móvil han sido considerados por el legislador como especies pertenecientes a un mismo género, llamado “servicio básico de telecomunicaciones” .⁶⁵

Los servicios básicos de telecomunicaciones comprenden dos modalidades: los servicios portadores y los teleservicios.⁶⁶ Estos últimos, según fuera explicado por el artículo 28 del Decreto 1900 de 1990, son aquellos “que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal.” Forman parte de esta categoría, entre otros, “los servicios de telefonía tanto fija como móvil y móvil-celular, la telegrafía y el telex”.

Así pues, tanto la telefonía móvil como la fija técnicamente son servicios básicos de telecomunicaciones, “que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal.”

No obstante, desde un punto de vista técnico la manera como operan resulta diferente, pues,

como se deduce de las mismas definiciones legales arriba transcritas, el servicio de telefonía fija se presta “a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público”, al paso que la telefonía móvil celular opera “haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal”, y los servicios de comunicación personal PCS “se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado”.

Los componentes técnicos de la telefonía móvil celular son explicados por el artículo 6° del Decreto Reglamentario 741 de 1993, así:

“ARTICULO 6°: FORMA DE OPERACION DE LAS REDES DE TELEFONIA MOVIL CELULAR. Las redes de telefonía móvil celular están destinadas principalmente a la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular, en las cuales el espectro radioeléctrico asignado se divide en canales discretos, los cuales a su vez son asignados en grupos de células geográficas para cubrir un área.

“Los canales discretos son susceptibles de ser reutilizados en diferentes células dentro del área de cubrimiento.

“La redes de telefonía móvil celular se componen de los siguientes subsistemas principales:

“-SUBSISTEMA DE CONMUTACION: Conformado por los Centros de Conmutación de Servicios Móviles (CCM) y las Unidades Remotas (UR), encargados de hacer la interconexión de los usuarios entre sí y con la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC).

“-SUBSISTEMA DE RADIACION: Conformado por los equipos de la Estación Base (EB) que realiza la interconexión entre las Estaciones Móviles (EM) o terminales del abonado y los CCM.

“-SUBSISTEMA DE TRANSMISION: Conformado por la infraestructura de transmisión la cual permite la interconexión de las EB con los CCM, de los CCM entre sí, y entre éstos y la RTPC. La transmisión entre CCM podrá hacerse a través de redes propias del concesionario o a través de canales o circuitos arrendados.

“-SUBSISTEMA DE LOCALIZACION Y CONTROL: Conformado por los recursos físicos lógicos de los centros de localización y control integrados a cada CCM e interconectados nacionalmente.

“-SUBSISTEMA DE OPERACION Y MANTENIMIENTO: Conformado por el Centro de Operación y Mantenimiento (COM).”

Por su parte, en cuanto a las especificaciones técnicas del servicio de PCS, el artículo 3° de la Ley 555 de 2000 explica lo siguiente:

“Artículo 3°. Redes de PCS. Las redes de PCS forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado, hacen uso del espectro radioeléctrico atribuido y asignado para prestar los Servicios de Comunicación Personal, PCS, que interconectadas entre sí o a través de redes de telecomunicaciones del Estado permiten un cubrimiento nacional. Este espectro radioeléctrico se utiliza en células geográficas y pueden ser reutilizado dentro de cada área de cubrimiento.

“Para la conformación de redes complementarias se podrán utilizar otras bandas de frecuencia, incluyendo segmento satelital, previo otorgamiento de los permisos para el uso del espectro, por parte del Ministerio de Comunicaciones.

Estos permisos darán lugar al pago de las contraprestaciones correspondientes.”

Conforme al artículo 10° del Decreto 575 de 2002, los operadores de Servicios de Comunicación Personal -PCS- deberán contar con la facilidad de “roaming” o seguimiento de un usuario PCS, cuando sale de un área de concesión e ingresa a otra área donde haya operador de PCS, por lo menos para comunicaciones telefónicas.

Estas diferencias técnicas determinan correlativas diferencias intrínsecas del servicio público en uno y otro caso, pues la telefonía fija, por operar prioritaria aunque no exclusivamente a través de redes físicas fijas y terminales instaladas en determinados bienes inmuebles, hace que el usuario deba contar con la asignación de dicha terminal fija, a través de la cual accede al servicio desde un lugar determinado.

Ahora bien, no obstante esta diferente manera de operar, determinada por la diferencia de las redes a través de las cuales funcionan, los tres sistemas de telefonía se encuentran conectados, pues la ley obliga a los operadores de todos ellos a unir o enlazar sus redes para permitir el intercambio de telecomunicaciones entre ellos. De esta manera se conforma una

red telefónica, por medio de la cual los distintos operadores prestan conjuntamente un servicio al usuario que quiere comunicarse con otro.⁶⁷

Evidentemente y como es de público entendimiento, en el estado actual de la tecnología utilizada para la contratación a nivel masivo, la principal diferencia entre la telefonía fija y la móvil radica en que el usuario portador de la terminal móvil puede utilizar el servicio para generar una comunicación o para recibirla donde quiera que se encuentre, dentro del área de cobertura de servicio del operador con el que haya contratado; al paso que el usuario de la telefonía fija debe encontrarse en el lugar en que se encuentra instalada la terminal fija.

6.4 Acceso a la telefonía móvil según el estrato socio económico. Costos para el usuario de los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil.

6.4.1 La Corte observa que, en lo que tienen que ver con los costos para el usuario en uno y otro servicio, la regla general imperante en el presente momento es que la telefonía móvil genera para el usuario un costo promedio que supera al de la telefonía fija, por lo cual los hogares de menores ingresos acuden prioritariamente a este último servicio. Tal conclusión no es obtenida por la Corte, sino por la propia Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que en el último “Informe Sectorial de Telecomunicaciones”, correspondiente al año 2004, afirma literalmente que “la telefonía fija continúa como el medio de comunicación más usado por los hogares de menores ingresos” Hecho este que se corrobora, dice, “al analizar los resultados de la Encuesta de Calidad de Vida ECV 2003, presentados por el DANE en noviembre de 2003. A partir de dicha encuesta se calcularon los hogares con acceso a líneas fijas y móviles. Los resultados muestran que el acceso a los terminales móviles es aun muy bajo en los estratos de bajos ingresos, mientras el acceso a la telefonía fija es muy bajo en las zonas rurales.” (Resalta la Corte)

En este mismo “Informe Sectorial de Telecomunicaciones”, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones presenta el siguiente cuadro, indicativo del acceso a la telefonía -móvil o celular- por estrato⁶⁸:

El hogar posee una línea telefónica corriente o celular

Estrato

1

3

4

5

6

Fijo

22.2%

50.8%

80.1%

93.8%

94.2%

96.4%

Celular

5.2%

10.9%

26.4%

55.2%

65.5%

77.0%

Del cuadro anterior puede fácilmente concluirse que existe un mayor acceso a la telefonía móvil en los estratos más altos.

6.4.2 De otro lado, el examen comparativo de las tarifas de los planes de telefonía móvil y de las tarifas de la telefonía fija local, llevado a cabo a partir de la oferta de servicios de las empresas más representativas de uno u otro sector, permite concluir que (i) el consumo en uno u otro servicio está sectorizado por estrato; (ii) en la telefonía fija local, el valor del consumo por impulso es mayor a medida que crece el estrato del suscriptor, es decir a mayor capacidad económica, mayor valor del impulso; (iii) en la telefonía móvil el principio es el contrario: a mayor capacidad adquisitiva, medida por el mayor número de minutos contratados mensualmente por el usuario, menor valor del minuto; en efecto, ese examen fue hecho por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y aparece resumido en los siguientes cuadros, que revelan las anteriores conclusiones⁶⁹:

ETB

\$/impulso-3 min.

\$/impulso-3 min.

Estrato 1

\$ 41.70

\$36.38

Estrato 2

\$46.35

\$43.65

Estrato 3

\$67.50

\$72.75

Estrato 4

\$75.00

\$72.75

Estrato 5

\$89.99

\$87.30

Estrato 6

\$89.99

\$87.30

COMCEL

MINUTOS

VALOR

valor 3 min-1

NOMBRE

CARGO FIJO

INCLUIDOS

MINUTO

impulso

Plan Estudiante Abierto

\$ 35.000

65

\$538.46

\$1.615.38

Plan Práctico Abierto

\$ 50.400

130

\$387.69

\$1.163.08

Plan Espectacular Abierto 04

\$ 70.000

300

\$ 700.00

Plan Ejecutivo Abierto

\$100.000

350

\$285.71

\$857.14

Plan Oro Abierto

\$120.000

600

\$200.00

\$600.00

Plan Alto Volumen Abierto

\$165.000

1000

\$165.00

\$495.00

BELLSOUTH

MINUTOS

VALOR

valor 3 min-1

NOMBRE

CARGO FIJO

INCLUIDOS

MINUTO

impulso

Plan 65D

\$ 33.000

65

\$507.69

\$1.523.08

Plan 160D

\$47.000

160

\$293.75

\$ 881.25

Plan 360D

\$78.480

360

\$218.00

\$ 654.00

Plan 500D

\$99.000

500

\$198.00

\$ 594.00

\$119.000

800

\$148.75

\$ 446.25

Plan 1200D

\$159.900

1200

\$133.25

\$ 399.75

* Los planes difieren tanto en nombres como en minutos pero representan significativamente sectores

similares de consumo. No aplican las tarifas prepago por no tener semejanza de comparación frente a

los datos de telefonía local.

Los cuadros anteriores permiten comparar las tarifas de los planes post pagados de telefonía móvil. Estos planes, examinados en el costo total mensual que implican para el usuario, permiten establecer una relación con los estratos socio económicos 1 a 6 que se utilizan para establecer las tarifas de la telefonía fija local. Es decir, cabe presumir que los hogares pertenecientes a los estratos altos son los que podrán contratar los planes prepagados más costosos, que, como lo muestran los cuadros, incluyen más minutos a menos costo por

minuto. De donde se deduce que la telefonía móvil, contrario a lo que sucede con la fija local, aplica tarifas socialmente regresivas, es decir, menores a mayor capacidad económica.

La última columna de los dos últimos cuadros establece la relación entre el costo de los minutos (base del cobro en la telefonía móvil) y de los impulsos (base del cobro en la telefonía fija local), y permite visualizar, por comparación con los datos que suministra el primer cuadro, la diferencia de costos entre la telefonía fija local y la móvil, llevando a concluir que de manera general aquella resulta menos costosa para el usuario que ésta.

Ahora bien, en cuanto a los servicios de telefonía prepagada, aunque sus tarifas no contienen elementos que permitan compararlas con el sistema tarifario de la telefonía local, lo cierto es que actualmente es un hecho notorio que el valor del minuto prepago supera, en todos los casos, al valor promedio del minuto post pago. Por lo cual, esta modalidad de contratación de la telefonía móvil es más costosa que la telefonía fija local.

En el ejercicio analítico anterior, se han comparado los costos de la telefonía móvil con los de la telefonía fija local. No así con los de la telefonía fija de larga distancia, en donde excepcionalmente puede ser válida la consideración del demandante según la cual los costos de la telefonía fija pueden superar a los de la telefonía móvil. Empero, tampoco es una regla general que pueda servir de fundamento para la comparación entre los servicios de telefonía fija y móvil que exige el presente análisis constitucional.

Así pues, la Corte concluye que, en la situación actual, la telefonía móvil y la telefonía fija local difieren por sus costos, siendo más elevados los de la primera que los de la segunda; de esta manera, aunque en algunos servicios particulares, como puede ser el de larga distancia que ofrece la telefonía pública básica conmutada, la regla anterior puede invertirse en ciertos casos, la regla general es la del mayor costo para el usuario de telefonía móvil, por lo cual no es posible afirmar, como lo hace la demanda, que el consumo de servicios de telefonía móvil no revela una mayor capacidad adquisitiva en quien lo hace, que la que demuestra quien exclusivamente acude a los servicios de telefonía fija.

6.5 La condición de “sustituibles”, que se presenta entre los servicios de telefonía fija y móvil. El mercado de competencia entre los dos servicios e telefonía.

Otro de los argumentos que presenta la demanda para reforzar la argumentación según la

cual los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil son iguales o equiparables, por lo cual no podían ser objeto del diferente tratamiento tributario que les dispensa la norma acusada, consiste en afirmar que se trata de servicios sustituibles entre sí, que compiten en el mercado de las telecomunicaciones.

Al respecto la Corte encuentra que efectivamente se presenta cierto margen de sustitución y de competencia entre uno y otro mercado de servicios, y que así lo entienden tanto el legislador, como las autoridades que ejercen actividades de regulación, control o vigilancia sobre las empresas que los prestan. En efecto, la misma ley se refiere a la realidad económica de tal mercado de competencia; así por ejemplo, en este sentido es claro el artículo 15 de la Ley 555 de 2000, cuando refiriéndose a las atribuciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dispone:

“Artículo 15. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.”

De otro lado, observa la Corte que en el antes citado “Informe Sectorial de Telecomunicaciones”, correspondiente al año 2004 y publicado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones el 5 de febrero de 2005, se lee lo siguiente, referido a la realidad de sustitución de servicios entre la telefonía móvil y la fija, y a la competencia que se genera entre los operadores de una y otra clase de telefonía:

“En lo corrido de 2004, se destacó el aumento de la penetración de los servicios móviles (TMC y PCS), alcanzando un 22.9%, para diciembre de 2004

“La entrada del operador PCS y la consolidación de los operadores de TMC ha acelerado el proceso de sustitución de la telefonía fija, las comunicaciones de larga distancia son disputadas por los tres operadores de telefonía fijos más los operadores móviles, sin contar

con la sustitución proveniente de Internet, lo cual ha obligado a ciertos operadores de telefonía fija a replantear las estrategias comerciales y a adelantar procesos de diversificación hacía otros productos y servicios.

“...

“En este contexto se prevé para 2005 una redefinición de las estrategias comerciales, donde la competencia se va a desarrollar entre todos los operadores de telecomunicaciones”.

“...

“En el año 2004 se presentó un importante crecimiento en el tráfico de los operadores móviles (TMC y PCS), motivado por los altos niveles de competencia, la oferta de servicios y la continua generación de planes y tarifas diferenciales para los diversos segmentos del mercado, que ubica al subsector como el segundo generador de tráfico, superando a la larga distancia, pero todavía por debajo de los niveles de tráfico del servicio de telefonía local.

“...

“Larga Distancia Nacional e Internacional.

“Para el año 2004 continuó la disminución del tráfico de larga distancia, producto de la sustitución con la telefonía móvil, y con otras tecnologías.

“Según las proyecciones realizadas para el año 2004, el tráfico de larga distancia nacional muestra un descenso respecto del año 2003.

“Por otra parte las proyecciones del tráfico de larga distancia internacional tanto saliente como entrante presentan un crecimiento luego de dos años en los que había disminuido entre un 2% y un 3% anual (2002 - 2003)

“Se destaca en este subsector la fuerte competencia entre las diferentes empresas, la generación continua de ofertas y la consolidación de nuevas ofertas y servicios, elementos que se consolidarán en el año 2005.

“

“Diez años después de otorgada la primera concesión para la prestación de telefonía móvil celular (TMC) este servicio superó en número de usuarios a los de la telefonía fija, constituyéndose en un hito en el desarrollo de las telecomunicaciones en el país.

“...

Telefonía local

“En el año 2004 se mantiene la tendencia decreciente de afiliación de nuevos usuarios al servicio de telefonía fija. En algunas empresas se verificó un crecimiento inferior al presentado en los últimos años. En este escenario, se proyecta que al finalizar el año 2004, existieron 7.4 millones de líneas en servicio, manteniéndose constante la teledensidad fija en un 17% y sin indicios de presentarse un cambio abrupto en esta materia.

“Adicionalmente se debe revisar el esquema en el cual se interrelacionan los operadores móviles frente a los fijos, especialmente en lo concerniente a las llamadas fijo - móvil, los cargos de acceso y la reventa de servicios. Esto con el fin de contar con un marco homogéneo entre los diferentes servicios, tanto en términos de competencia como de la misma oferta.

“De todas formas, “la telefonía fija continúa como el medio de comunicación más usado por los hogares de menores ingresos” Hecho este que se corrobora, dice, “al analizar los resultados de la Encuesta de Calidad de Vida ECV 2003, presentados por el DANE en noviembre de 2003. A partir de dicha encuesta se calcularon los hogares con acceso a líneas fijas y móviles. Los resultados muestran que el acceso a los terminales móviles es aun muy bajo en los estratos de bajos ingresos, mientras el acceso a la telefonía fija es muy bajo en las zonas rurales.”

Para la Corte, las anteriores expresiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, recogidas en el Informe Sectorial de Comunicaciones del año 2004, no dejan duda alguna sobre la existencia de un mercado de competencia entre la telefonía fija y la móvil, derivado de la condición de ser servicios sustitutos, así sea de manera parcial.

De otro lado, también la Corte encuentra que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ha contratado estudios dirigidos a estimar en términos econométricos la

elasticidad de la demanda de los servicios de telefonía móvil y celular, y la “elasticidad cruzada” de la demanda de estos dos tipos de servicio.⁷⁰ (La “elasticidad cruzada” de la demanda es un concepto económico que involucra el que los bienes o servicios de los mercados que se comparan sean sustitutos al menos parcialmente).

En efecto, sobre este aspecto dicha Comisión contrató en el año 2002 una consultoría, que culminó con un informe final en el cual, entre otras conclusiones, se leen las siguientes:

“...la elasticidad cruzada es útil para determinar si un sector se debe deregular (sic). En el caso colombiano, por ejemplo, las tarifas de la telefonía fija son controladas y las del celular son libres. No obstante, si la elasticidad cruzada entre el celular y el fijo es alta, la regulación de éste último opera sobre el primero, por su carácter de sustitutos.” (Resalta la Corte)

...

“Impacto de la penetración del fijo en el acceso al celular

La muestra internacional sugiere una relación positiva entre el acceso de la telefonía fija y la celular. Este resultado es contraintuitivo porque, normalmente, se ha planteado la hipótesis según la cual el celular entra con mayor facilidad en los países con bajas coberturas de fijo. Se ha considerado que los dos sistemas son sustitutos y que los menores costos relativos de expansión del celular permiten capturar mercados desatendidos por la telefonía fija. En un análisis gráfico se observa que la relación no es estable. En países de baja cobertura en fijo, los sistemas se comportan como sustitutos; en países de cobertura media, se complementan.

“...

“Elasticidad cruzada fijo-celular

“Llamadas a un teléfono fijo local

“La mayoría de los encuestados utiliza el teléfono fijo para hacer llamadas a un teléfono fijo en la misma localidad. De acuerdo con las entrevistas realizadas, el 50% de los usuarios haría la llamada desde un celular si el precio medio de este sistema se reduce a \$202 pesos por minuto. La elasticidad es muy cercana a la unidad, lo que indica, que éstos sistemas

pueden llegar a constituirse como sustitutos perfectos para la telefonía local. Este parámetro puede soportar decisiones del regulador en el sentido de eliminar el control de precios para la telefonía fija.

“Llamadas a un teléfono fijo en larga distancia (nacional e internacional)

“Para las llamadas de larga distancia se estimó un parámetro de elasticidad cruzada celular-fijo estadísticamente significativo. El grado de sustitución es más bajo que en el caso de la telefonía local y se ubicó en 0.58 para larga distancia nacional y 0.68 para la internacional.

“Llamadas a un celular

“Los usuarios entrevistados se mostraron más reactivos al precio cuando el destino de la llamada es un celular. La mayoría de los entrevistados afirmó que la decisión del tipo de sistema para llamar a un celular depende principalmente del precio. Para éstos usuarios, la elasticidad cruzada entre fijo y celular es de 1.3.”⁷¹

Para lo que interesa al presente asunto constitucional, la principal conclusión que vuelve a extraer la Corte de los apartes anteriormente transcritos es la innegable realidad de la presencia de competencia entre los mercados de servicios de telefonía móvil y fija, determinado por el hecho de ser servicios sustituibles entre sí, al menos parcialmente.

7. Examen de constitucionalidad de la disposición acusada.

7.1 Del ejercicio comparativo anterior, la Corte ha extraído las siguientes conclusiones:

- a. Los servicios de telefonía pública básica conmutada o telefonía fija están sometidos a un régimen jurídico especial y diferente del que se aplica para los servicios de telefonía móvil.
- b. Los servicios de telefonía fija son considerados por el legislador como servicios públicos domiciliarios de carácter esencial. Los servicios de telefonía móvil como servicios públicos.
- c. Aunque ambos tipos de servicios son inherentes a la finalidad social del Estado (C.P art. 365), los de telefonía fija, por ser domiciliarios, están sujetos a un régimen tarifario que, en obediencia a lo dispuesto por el artículo 367 de la Carta, tiene en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. En tal virtud, su régimen

tarifario contempla un sistema de subsidios; éstos son pagados por los usuarios pertenecientes al sector residencial, estratos 5 y 6, y a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores son facturados y recaudados por la empresa de telefonía básica conmutada correspondiente, y utilizados por ella misma, aplicándolos para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos 1 y 2, y eventualmente 3. Este sistema de solidaridad no se aplica en los servicios de telefonía móvil.

d. Desde un punto de vista técnico, y de cara al servicio prestado actualmente al consumidor, el usuario portador de la terminal móvil puede utilizar el servicio para generar una comunicación o para recibirla donde quiera que se encuentre, dentro del área de cobertura de servicio del operador con el que haya contratado; al paso que el usuario de la telefonía fija debe encontrarse en el lugar en que se encuentra instalada la terminal fija.

e. A pesar de que por sus características intrínsecas y por sus costos los servicios de telefonía móvil y fija son heterogéneos, en cierta medida son servicios sustituibles entre sí, lo cual hace que los respectivos mercados presenten un esquema parcialmente competitivo.

f. En las circunstancias actuales del mercado de las telecomunicaciones, a juicio de la autoridad competente para regularlo, “la telefonía fija continúa como el medio de comunicación más usado por los hogares de menores ingresos”.⁷²

7.2. Vistas las anteriores conclusiones, se pregunta la Corte si, dados los anteriores supuestos fácticos, le estaba constitucionalmente prohibido al legislador establecer en la norma acusada una tarifa del impuesto a las ventas -IVA- superior para los servicios de telefonía móvil, y si al hacerlo desconoció el principio de igualdad y, de contera, otros valores, principios y reglas superiores enunciados en la demanda. Para dar respuesta al anterior interrogante, aplicará como método de análisis constitucional el llamado test de igualdad, cuya estructura de análisis lógico permite examinar las posibles violaciones a dicho principio en que hubiera podido incurrir el legislador.

Dicha estructura lógica analítica comprende varios pasos, que han sido explicados por la Corte así:

“... para establecer si una disposición legal concreta es discriminatoria, el primer presupuesto

lógico que el juez constitucional debe verificar es que tal disposición realmente otorgue un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho. Si ello efectivamente ocurre, entonces debe examinar si ese tratamiento desigual persigue alguna finalidad constitucionalmente importante que lo justifique, comprobado lo cual debe establecerse si la limitación al derecho a la igualdad era adecuada para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea conforme con la Constitución, se requiere que sea ponderada o proporcional *stricto sensu*. “Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional.”⁷³

Así pues, el primer paso del llamado test de igualdad consiste en indagar si la norma acusada realmente otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho. Si de este examen se concluye “que el legislador ha tratado de manera diferente situaciones que son claramente distintas, la Corte ha considerado que no procede efectuar un juicio de igualdad”⁷⁴.

Ahora bien, para establecer cuándo dos situaciones de hecho son o no iguales o comparables, y en tal virtud decidir si el juez constitucional debe o no proseguir con el examen de igualdad, es necesario determinar si el criterio de diferenciación que utilizó el legislador era constitucionalmente válido, es decir, si con base en él era posible, de cara a los valores superiores, considerar que la situación de hecho regulada era diferente y, por lo tanto, que podía dispensarse un distinto trato legislativo. Procede la Corte a detenerse en este primer paso del test de igualdad.

7.2.1. De las consideraciones vertidas anteriormente dentro de la presente sentencia, sobre las cuales se hace innecesario volver nuevamente, puede válidamente concluirse que los servicios de telefonía fija y móvil, a pesar de ser parcialmente sustituibles entre sí, son servicios de telecomunicaciones diferentes, por las siguientes razones: (i) por sus características intrínsecas, en cuanto ellas determinan la clase de necesidad que satisfacen, que no es exactamente igual en ambos tipos de servicio; (ii) por sus costos para el usuario, que, como regla general, continúan siendo más onerosos en el caso de la telefonía móvil; y,

(iii) por el diferente régimen jurídico al que se encuentran sujetos.

De éstas, las dos primeras diferencias permiten presumir una mayor capacidad contributiva en los usuarios de la telefonía móvil, lo cual constituye un factor o criterio constitucionalmente relevante a la hora de establecer, mediante ley, la tarifa de los impuestos indirectos como el IVA. En efecto, como se ha visto, los estudios demuestran que, debido a sus costos actuales, la telefonía fija continúa siendo el medio de comunicación más usado por los hogares de menores ingresos⁷⁵; a contrario sensu, el legislador puede lógicamente presumir que hoy en día existe cierta mayor capacidad contributiva en quienes acuden a utilizar los servicios de telefonía móvil, capacidad que supera a la de las personas de bajos recursos. De esta manera, la tarifa superior con la que grava los servicios de telefonía móvil toma pié en un supuesto fáctico actualmente objetivo y verdadero, que sirve como *tertium comparationis* o criterio de diferenciación entre los usuarios de tal clase de servicio y los de la telefonía fija.

Además, como es un hecho notorio, a pesar de ser servicios sustituibles, las características técnicas intrínsecas de cada uno de los servicios de telefonía hacen que la necesidad que se satisface con la móvil difiera parcialmente de la que se cubre con la fija, pues el usuario portador de una terminal móvil puede utilizar el servicio para generar una comunicación o para recibirla donde quiera que se encuentre, comodidad que actualmente no está al alcance del usuario de una terminal fija. Esta diferencia hace que, sin que hoy en día se trate de un servicio suntuario o de lujo, la telefonía móvil sí signifique para el usuario una facilidad o beneficio adicional, no estrictamente necesario para la satisfacción de la necesidad básica de comunicaciones, que supera por este aspecto al servicio que prestan las empresas de telefonía fija.

Así las cosas, la telefonía móvil incluye un beneficio adicional no estrictamente necesario para la satisfacción de las necesidades básicas de comunicación; pero como regla general - sobre todo a nivel local- hoy en día ocasiona un mayor costo al usuario, comparado con el que genera la telefonía fija. En consecuencia, tanto por los costos del servicio, como por el tipo de necesidad que satisface, la telefonía móvil difiere de la telefonía fija; y estos dos criterios de diferenciación permiten presumir una mayor capacidad contributiva en los consumidores de servicios de telefonía móvil. Es decir, en estas circunstancias, la propensión a consumir servicios de telefonía fija sí revela una mayor capacidad de pago -y por ello una

mayor capacidad contributiva- en el sujeto que hace el gasto.

Ahora bien, la mayor capacidad de pago establecida a partir de la propensión al consumo de servicios de telefonía móvil es un criterio de distinción entre los consumidores de servicios de telefonía fija y de telefonía móvil que, a juicio de la Corte, es objetivo y constitucionalmente válido. Es más, es por excelencia el criterio de distinción sobre el cual el legislador puede implementar medidas legislativas que tiendan a hacer efectivo el principio de progresividad del sistema tributario, y que en materia de impuestos indirectos, como los que gravan el consumo de bienes y servicios, puede implicar el señalamiento legal de tarifas mayores para aquellos hechos gravados que revelan mayor capacidad contributiva en el sujeto que los hace.

Ciertamente, la mayor tarifa con que se gravan con el IVA los servicios de telefonía móvil contribuye a definir el carácter progresivo del tributo y del sistema tributario en general. En efecto, desde el punto de vista del impuesto en particular, la mayor tarifa con la que son gravados con el IVA los servicios de telefonía móvil permite que los contribuyentes que con mayor frecuencia utilizan estos servicios paguen proporcionalmente más que los demás, es decir quienes no lo utilizan o lo utilizan menos. De esta manera el legislador logra hacer efectivo el principio de progresividad en este tipo de impuesto indirecto, pues a mayor capacidad contributiva -medida por la mayor propensión al consumo de un servicio no estrictamente necesario y generalmente más costoso que otro sustituto-, mayor será la contribución tributaria del sujeto. Recuérdese que en materia de impuestos indirectos, la progresividad se logra partiendo de la presunción relativa a la mayor capacidad adquisitiva de aquellas personas que gastan en bienes o servicios más costosos y menos relacionados con la satisfacción de necesidades básicas, los cuales son gravados con tarifas más altas.

En segundo lugar, desde el punto de vista del sistema tributario en general, la destinación a gasto social del recaudo que se obtiene por la aplicación de una tarifa mayor a los servicios de telefonía móvil, orientado hacia el fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación, la cultura y la actividad artística colombiana, también hace posible realizar el principio tributario de progresividad, pues este destino del mayor tributo para ese concreto gasto público contribuye a definir que el conjunto del sistema tributario permita reducir las diferencias entre los aportantes de mayor y de menor capacidad contributiva. Sobre este punto, recuérdese lo dicho en la sentencia C-776 de 2003, en donde se vertieron al respecto

las siguientes consideraciones:

“...una dimensión más amplia del principio de progresividad del sistema, relevante en este proceso, invita a valorar el destino y los efectos del gasto público financiado con los recursos recaudados. En este sentido, es relevante el impacto del gasto público en la situación relativa de los contribuyentes y, en general, de los habitantes de un país. La neutralidad, progresividad o regresividad del sistema en esta perspectiva más amplia se apreciaría comparando las condiciones económicas de los diferentes integrantes de la sociedad después de efectuado el gasto público⁷⁶.”⁷⁷

Así, en este primer paso del test de igualdad la Corte concluye que no es la misma la situación fáctica de los consumidores de servicios de telefonía móvil que la de los de telefonía fija, pues los primeros revelan mayor capacidad contributiva que los segundos; y que este criterio de distinción es constitucionalmente importante a la hora de diseñar los gravámenes al consumo, en especial las tarifas que deben aplicarse a efectos de hacer efectivo el principio de progresividad. En tal virtud, no es procedente continuar con los siguientes pasos del test de igualdad, pues cuando se encuentra que el legislador ha tratado de manera diferente situaciones que son claramente distintas, la jurisprudencia ha considerado que no procede continuar el escrutinio de igualdad.

7.2.2. No obstante lo anterior, la Corte estima que en este punto debe referirse de manera particular a tres argumentos que son planteados en la demanda, con los cuales se pretende demostrar la igualdad entre la situación fáctica en que presuntamente se encuentran los consumidores de servicios de telefonía móvil y de telefonía fija. El primero es el relativo a la condición de sustitutos que presentan dichos servicios; el segundo es el que tiene que ver con la realidad de que los servicios de telefonía móvil compiten con los demás servicios de telecomunicaciones, principalmente por su característica de ser unos y otros sustituibles entre sí, de donde se derivaría la injusticia de la medida de gravar con un impuesto mayor a un servicio que a otro; y el tercero es el concerniente a la jurisprudencia sobre el tema de la equiparación entre la telefonía fija y la móvil, que ha sido sentada por el h. Consejo de Estado.

7.2.2.1 En cuanto a lo primero, estima la Corte que el hecho de que dos o más servicios, por sus características y por sus costos, sean parcialmente sustituibles entre sí, no hace presumir

que, respecto de su capacidad contributiva, quienes utilizan uno de ellos se encuentren en la misma situación de hecho que quienes utilizan el otro u otros. Esta capacidad contributiva viene determinada por la capacidad de pago de los contribuyentes, por lo cual, mientras uno de los servicios sustitutos, en términos generales, continúe siendo significativamente más costoso que el otro u otros, y sirva para satisfacer necesidades menos básicas o esenciales, puede considerarse, para efectos del diseño de los tributos al consumo, como un servicio diferente. Sobre esta diferencia, el legislador puede diseñar elementos de progresividad tributaria, como tarifas superiores para aquellos consumos que hacen presumir mayor capacidad de pago.

Ahora bien, todo lo anterior no obsta para que, dentro del margen de libertad de configuración que compete al Congreso de la República en el diseño de la política tributaria, opte por soluciones diferentes a la consagrada en la norma que ahora se examina, orientadas a fomentar un determinado sector de la economía como el de los servicios de telefonía móvil, si estima que debe desarrollarse para servir de vehículo al progreso social. Como tampoco para que, si las circunstancias técnicas y económicas llevan a concluir que en una determinada coyuntura la propensión al consumo de un determinado servicio como el de telefonía móvil no permite establecer una mayor capacidad contributiva en el sujeto consumidor, el legislador opte por una solución legal que equipare tributariamente el consumo de servicios sustitutos. Ciertamente, la Corte ha arribado a las conclusiones anteriores a partir del examen de la situación actual de los costos de la telefonía fija y de la móvil, y del desarrollo tecnológico de estos servicios, circunstancias que a futuro pueden variar, ameritando regulaciones diferentes.

7.2.2.2. En segundo lugar, estima la Corte necesario referirse al cargo planteado en la demanda, según el cual en la situación actual los servicios de telefonía móvil compiten con los demás servicios de telecomunicaciones, principalmente por su característica de ser unos y otros sustituibles entre sí, de donde se derivaría la injusticia de la medida de gravar con un impuesto mayor a un servicio que a otro. Es decir, este cargo sugiere que tratándose de empresas que compiten entre sí, como lo son las de telefonía fija y móvil, resulta contrario al derecho a la igualdad el obligar sólo a estas últimas a incluir un costo adicional -el mayor valor del IVA- que debe ser trasferido al usuario de sus servicios.

El cargo anterior plantea a la Corte el siguiente problema: dado que la telefonía fija y móvil

constituyen mercados de servicios sustitutos, realidad económica que, como se vio, ha sido aceptada por la autoridad regulatoria correspondiente, ¿le estaba vedado al legislador aplicar una tarifa para el IVA que recae sobre los servicios de telefonía móvil, superior a la que recae sobre los servicios de telefonía fija?

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte tiene en cuenta que los agentes económicos que compiten en los mercados de bienes y servicios deben sujetarse a regímenes jurídicos que garanticen la libertad de competencia, por lo cual, en principio, el legislador debe abstenerse de adoptar decisiones que afecten o distorsionen tales mercados. En efecto, la misma Corporación ha hecho ver que las libertades económica y de empresa, que se hacen efectivas mediante el ejercicio de la libertad de competencia, son derechos no fundamentales de todas las personas a participar en la vida económica de la nación⁷⁹, que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe promover. Y que para ello debe remover los obstáculos que impiden el libre acceso a los mercados de bienes y servicios.⁸⁰ Todo lo anterior, con fundamento en lo prescrito por el artículo 333 superior, conforme al cual “La libre competencia económica es un derecho de todos...” y “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica”.

Así pues, la Corte es consciente de que si al legislador, según el mandato constitucional que se acaba de transcribir, le corresponde impedir que se obstruya la libertad económica, con mayor razón le está vedado obstaculizarla él mismo mediante la imposición de gravámenes cuyo efecto sea distorsionar los mercados de bienes y servicios, agregando costos injustificados a cargo exclusivo de alguno o algunos de sus agentes.

Empero, en el presente caso estima que el mayor gravamen resultante de la mayor tarifa con que se grava con el impuesto a las ventas el servicio de telefonía móvil no tiene por sí solo un efecto directamente distorsionador u obstaculizador del mercado de competencia de los servicios de telecomunicaciones. Lo anterior por cuanto la diferencia general del régimen regulatorio de los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil es de tal naturaleza y envergadura, que un solo elemento de dicho régimen, como es la mayor tarifa (en cuatro puntos porcentuales) de un gravamen específico, como lo es el impuesto a las ventas, no puede ser considerado aisladamente dentro de todo el contexto regulatorio general, a fin de deducir de él la existencia de un impedimento legal dirigido a obstruir la libertad de empresa. Es decir, sólo desde la perspectiva de un examen comparativo global del régimen legal de

este servicio frente al de la telefonía fija, sería posible extraer conclusiones válidas relativas a la garantía constitucional de la libertad económica.

Piénsese que, por mandato constitucional, la telefonía fija por ser un servicio público domiciliario soporta un régimen tarifario que contempla un sistema de subsidios mediante el cual los estratos socio económicamente altos contribuyen a subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de los estratos bajos, esquema de solidaridad que no afecta a la prestación de los servicios de telefonía móvil. Piénsese también en otras diferencias del régimen legal, arriba anotadas, como la concerniente al tipo y naturaleza del contrato que se celebra con el usuario en cada uno de estos servicios, al régimen tarifario aplicable en uno y otro caso, al distinto régimen en materia de vigilancia y control por parte de la autoridades administrativas, etc. Ante tales diferencias regulatorias, algunas de las cuales emanan de la propia Constitución, como el principio de solidaridad que rige la prestación del servicio de telefonía fija, la ponderación aislada de uno sólo de los elementos reguladores de la telefonía móvil, como lo es la mayor tarifa del IVA con la que se grava este servicio, resulta ser un ejercicio inadecuado a fin de establecer la neutralidad del legislador frente al derecho de libre competencia.

Así pues la Corte encuentra que en principio no es posible comparar elementos aislados de dos regímenes jurídicos especiales, como son los que regulan la telefonía fija y la móvil, para derivar de allí violaciones legales al principio de igualdad. Solamente el análisis comparativo global de las incidencias de dichos regímenes en la estructura de costos del servicio que prestan los respectivos agentes del mercado puede conducir a conclusiones válidas al respecto. Como la demanda no plantea esta comparación global, sino que se detiene tan solo en un elemento concreto -la tarifa del IVA- la Corte se abstiene de considerar procedente el cargo.

7.2.2.3. Por último, en cuanto a la jurisprudencia sentada por el h. Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, en los cuales afirmó que para efectos tributarios la telefonía móvil y la fija se asimilaban, pues ambos servicios pertenecían al género de los “servicios de teléfonos”, doctrina judicial que el demandante cita para soportar la supuesta identidad entre uno y otro servicio público, lo que impediría al legislador dispensar a los respectivos usuarios un trato legal diferente en materia de tarifa del IVA, la Corte aprecia lo siguiente:

Ciertamente, mediante Sentencia proferida el 26 de enero de 2001, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁸¹, dentro del trámite de una acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, sostuvo que “cuando la ley para efectos del impuesto sobre las ventas se refiere a “servicio de teléfonos”, se entiende que este concepto incluye tanto los servicios de telefonía pública básica como los de telefonía móvil celular, puesto que no hace la ley distinción alguna entre servicio de telefonía básica conmutada y servicio de telefonía móvil celular, tratándose de definir la base gravable.”⁸²

En esa ocasión, el quid del asunto consistía en determinar cuál era la base gravable para calcular el IVA respecto de la activación del servicio de telefonía móvil. La DIAN afirmaba que, por cuanto la activación era un servicio independiente del de telefonía móvil, la base gravable era la general; la sociedad demandante sostenía que no se trataba de un servicio independiente, por lo cual la base gravable era la del servicio de telefonía móvil.

Para resolver, el Consejo de Estado consideró que la “conexión en telefonía fija” era similar a la “activación en telefonía móvil celular”, puesto que “si bien la telefonía pública básica y la telefonía móvil celular, tienen regulaciones independientes y los procedimientos que en cada caso permiten proporcionar al usuario el servicio básico de telefonía completo, incluyendo las funciones del equipo terminal, difieren desde el punto de vista técnico, no por ello puede desconocerse que uno y otro son, simplemente servicios públicos de telefonía, que ambos se definen como servicios básicos y forman parte de los servicios de telecomunicaciones. De manera que cuando la ley para efectos del impuesto sobre las ventas se refiere a “servicio de teléfonos”, se entiende que este concepto incluye tanto los servicios de telefonía pública básica como los de telefonía móvil celular, puesto que no hace la ley distinción alguna entre servicio de telefonía básica conmutada y servicio de telefonía móvil celular, tratándose de definir la base gravable.”

Visto lo anterior, estima la Corte que la equiparación que hizo el h. Consejo de Estado entre los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil no puede ser tomada como la afirmación de la completa homogeneidad entre uno y otro, para efectos de determinar la tarifa del IVA que recae sobre estos servicios. A esta conclusión llega a partir de las siguientes consideraciones:

i) Si bien el Consejo de Estado consideró que la telefonía móvil y la fija se identificaban en

cuanto pertenecían al genero de los “servicios telefónicos”, admitió que entre uno y otro servicio existían diferencias específicas, que señaló así: “la telefonía pública básica y la telefonía móvil celular, tienen regulaciones independientes y los procedimientos que en cada caso permiten proporcionar al usuario el servicio básico de telefonía completo, incluyendo las funciones del equipo terminal, difieren desde el punto de vista técnico”. Es decir, el alto tribunal entendió que la telefonía móvil y la fija eran especies dentro de un género, lo cual, lógicamente, implica admitir que no se trata de servicios idénticos.

ii) Por que si bien el Consejo de Estado dijo que cuando la ley “para efectos del impuesto sobre las ventas”, se refería al “servicio de teléfonos”, abarcaba tanto los servicios de telefonía fija como de telefonía móvil, la asimilación que hizo era para la determinación de un elemento concreto de tal impuesto, cual era la base gravable para la determinación del IVA en el servicio de activación en telefonía móvil celular. Es decir la equiparación hecha por ese Tribunal no se refería a la tarifa del impuesto, que es el asunto que se discute en la presente demanda, sino a la base gravable de un servicio específico. Por lo tanto tal asimilación no era general para todo lo concerniente al impuesto a las ventas, sino referida a un solo asunto concreto y puntual, distinto del que interesa en este proceso.

iii) Por que la discusión jurídica que correspondía decidir al Consejo de Estado versaba sobre la norma aplicable para la determinación de la base gravable del IVA en el servicio de activación en la telefonía móvil celular, asunto bien distinto al que se define en el presente proceso, en donde se discute si la mayor tarifa con la que se grava la telefonía móvil desconoce el principio de igualdad en materia tributaria. Como o la base gravable no es el elemento del tributo que determina la progresividad en los impuestos al consumo, sino que lo es la tarifa, las conclusiones a que llegó el Consejo de Estado no resultan aplicables en el presente asunto, pues la asimilación hecha entonces era para otros efectos.

Por todo lo anterior, la Corporación rechaza el argumento de la demanda conforme al cual los servicios de telefonía fija y móvil deben considerarse idénticos para efectos tributarios, por haberlo establecido así el Consejo de Estado en la sentencia citada; ciertamente, tal equiparación tenía un alcance restringido y no general, por lo cual de ella no pueden extraerse las consecuencias que pretende el actor.

7.2.3. De todo lo anterior la Corte concluye que las diferencias entre los servicios de telefonía

móvil y de telefonía fija hacen que actualmente no sea la misma la situación de los usuarios de uno y otro tipo de servicio, pudiéndose concluir que quienes hoy en día utilizan los primeros revelan una mayor capacidad adquisitiva que los segundos, y que este criterio de diferenciación autorizaba al legislador para establecer una tarifa superior en cuatro puntos porcentuales para el impuesto a las ventas que recae sobre la telefonía móvil, con el objetivo de implementar un factor de progresividad en sistema tributario.

Despachado como improcedente el cargo central de la demanda relativo al desconocimiento del principio de igualdad, con fundamento en el cual se construían los demás reproches concernientes al desconocimiento del orden justo, al ejercicio abusivo del poder, a la violación del numeral 9° del artículo 95 de la Constitución, que consagra como deber de las personas el de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de conceptos de justicia y equidad”, a la vulneración de los principios de equidad y progresividad tributaria a que alude el artículo 363 superior, y al desconocimiento del derecho a la propiedad privada que consagra el canon 58 de la Carta, la Corte estima que solamente le resta referirse al único cargo independiente de esta línea argumentativa, cual es el relativo a la prohibición constitucional de rentas de destinación específica.

7.3. Examen del cargo de inconstitucionalidad relativo al desconocimiento del artículo 359 de la Constitución Política, que prohíbe las rentas de destinación específica.

En una acusación independiente de todas aquella otras que de alguna manera toman pie en el desconocimiento del principio de igualdad, y de sus manifestaciones en los principios tributarios de equidad y progresividad, el actor señala que la norma demandada viola el artículo 359 de la Carta Política, que prohíbe las rentas de destinación específica, pues en este caso la destinación del recaudo que se obtiene del señalamiento de una mayor tarifa no corresponde a ninguna de las excepciones que tal disposición contempla.

Dicha destinación, se recuerda, es la siguiente:

“El incremento del 4% a que se refiere este párrafo será destinado a inversión social y se distribuirá así:

* Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación, escenarios deportivos incluidos los accesos en las zonas de influencia de los

mismos, así como para la atención de los juegos deportivos nacionales y los juegos paralímpicos nacionales, los compromisos del ciclo olímpico y paralímpico que adquiera la Nación y la preparación y participación de los deportistas en todos los juegos mencionados y los del Calendario Unico Nacional.

* El 25% restante será girado a los departamentos y al Distrito Capital para apoyar los programas de fomento y desarrollo deportivo, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación establecido en la Ley 715 de 2000 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana.

En relación con la anterior acusación, la Corte considera:

El texto del artículo 359 de la Constitución Política, es el siguiente:

“Artículo 359: No habrá rentas nacionales de destinación específica.

Se exceptúan:

1. Las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios.
2. Las destinadas para inversión social.
3. Las que, con base en leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.”

“Artículo 52. El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano.

“El deporte y la recreación, forman parte de la educación y constituyen gasto público social.

“Se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre.

“El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará, vigilará y controlará las organizaciones deportivas y recreativas cuya estructura y propiedad deberán ser

democráticas”

Así pues, la disposición superior anterior no deja duda en cuanto al carácter de gasto social reconocido por el constituyente a la inversión pública en deporte y recreación.

En cuanto a la inversión pública en el fomento de las actividades culturales y artísticas, deben recordarse los términos de los artículos 70 y 71 de la Constitución Política, conforme a los cuales el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional, y los planes de desarrollo económico y social deben incluir el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. Disposiciones superiores específicamente desarrolladas por la Ley 397 de 1997, que en su artículo primero, numeral octavo, señala:

“El desarrollo económico y social deberá articularse estrechamente con el desarrollo cultural, científico y tecnológico. El Plan Nacional de Desarrollo tendrá en cuenta el Plan Nacional de Cultura que formule el Gobierno. Los recursos públicos invertidos en actividades culturales tendrán, para todos los efectos legales, el carácter de gasto público social.”

Por todo lo anterior, la Corte estima que tampoco resulta procedente este cargo adicional de inconstitucionalidad.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Declarar EXEQUIBLE el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley 788 de 2002, por los cargos analizados en la presente Sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

1 La demanda erradamente afirma que la norma acusada modificó el artículo 483-3 del Estatuto Tributario, cuando de realidad ha debido mencionar el artículo 468-3 de dicho estatuto. No obstante, en la transcripción de la norma acusada que trae la demanda, queda aclarado el anterior error.

2 Transcribe apartes de las sentencias C-369 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, y C- 183 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Conferencia Mundial de las Telecomunicaciones de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones – ITU World 2003.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Germán Ayala Mantilla. Rad. N° 25000-23-27-000-1999-0369. Esta sentencia fue ratificada en la de 10 de Febrero de 2003, emanada del mismo Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P Juan Ángel Palacio Hincapié.

5 Cita concretamente la Sentencia C-136 de 1999.

6 En sustento de esta parte de la intervención, la Universidad cita la sentencia C-080 de 1996, emanada de esta Corporación.

7 El interviniente se refiere erradamente al Acto Legislativo N° 02 de 2002, cuando ha debido referirse al N° 02 de 2000.

8 El actor se refiere erradamente al artículo 59 de la Constitución Política, cuando ha debido referirse al 52 de la misma.

9 Cita concretamente las sentencias C-222 de 1995 y C-007 de 2002.

10 Transcribe apartes de la sentencia C-335 de 1994.

11 Se refiere a la ofrecida por Colombia Móvil (OLA) para penetrar en el mercado

12 Este cuadro descarta la tarifa inicial de 30 pesos el minuto que ofreció Colombia Móvil (OLA) por su categoría promocional.

13 Artículo 476 numeral 4 del Estatuto Tributario.

14 Cita las sentencias C-318 de 1998 y c-455 de 1995.

15 Se refiere a la sentencia C-1114 de 2003.

16 Sentencia C-333 de 1993

17 El párrafo segundo del artículo 35 de la Ley 788 de 2002, aquí acusado, fue reglamentado mediante el Decreto 3093 de 2003, que dispone lo siguiente:

“ART. 1º El 75% de los recursos generados por el impuesto adicional del cuatro por ciento (4%) del impuesto sobre las ventas al servicio de telefonía móvil de que trata el párrafo segundo del artículo 468-3 del Estatuto Tributario, serán apropiados en el presupuesto del Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, para el desarrollo de los fines señalados en el párrafo segundo del artículo antes señalado.

ART. 2º El 25% restante de los recursos generados por el impuesto adicional del cuatro por ciento (4%) del impuesto sobre las ventas al servicio de telefonía móvil, de que trata el párrafo segundo del artículo 468-3 del estatuto tributario, será presupuestado en el Ministerio de Cultura, el cual girará a los departamentos y distrito capital

ART. 3º De cada uno de los montos distribuidos en los artículos anteriores, se destinará como mínimo un tres por ciento (3%) para atender los ítems señalados en el artículo 136 de la Ley 812 de 2003.

ART. 4º La distribución del 25% de los recursos entre las entidades territoriales, se hará atendiendo los criterios de propósito general de distribución establecidos en el artículo 79 de la Ley 715 de 2001 para los recursos del sistema general de participaciones, y los lineamientos que para la distribución entre el sector cultura y deporte señale el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes. Durante la vigencia 2003 y 2004 la distribución también atenderá los criterios establecidos en el artículo 80 de la Ley 715 de 2001.

ART. 5º El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 1717 del 24 de junio de 2003.”

18 Explica la demanda que la “penetración” es “porcentaje de usuarios de un servicio determinado, en comparación con la totalidad e habitantes de una región o país”.

19 El demandante también estima que se desconocen el derecho a la propiedad, el orden social justo, el principio de soberanía popular, etc, pero estos cargos devendrían del desconocimiento del derecho a la igualdad y de los principios de equidad y progresividad tributaria.

20 Sentencias C- 335 de 1994 y C-709 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

21 Sentencia C-643 de 2002, M.P Jaime Córdoba Triviño.

22 Sentencia C-734 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta sentencia, la Corte adelantó una síntesis de su jurisprudencia en relación con el principio de equidad con ocasión de una demanda contra el Gravamen a los Movimientos Financieros, el cual es, como el IVA, un impuesto indirecto.

23 Sentencia C-776 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Bravo Arteaga Juan Rafael. “Nociones Fundamentales de Derecho Tributario” Universidad del Rosario 1997.

25 Ibidem.

26 En la sentencia C- 776 de 2003 se hizo ver que “una dimensión más amplia del principio de progresividad del sistema... “invita a valorar el destino y los efectos del gasto público financiado con los recursos recaudados. En este sentido, es relevante el impacto del gasto público en la situación relativa de los contribuyentes y, en general, de los habitantes de un país. La neutralidad, progresividad o regresividad del sistema en esta perspectiva más amplia se apreciaría comparando las condiciones económicas de los diferentes integrantes de la sociedad después de efectuado el gasto público².

27 Sobre el sistema tributario en su conjunto y no sobre impuestos particulares como ámbito

de referencia de los principios constitucionales tributarios, la Corte ha expuesto: “Es cierto que las limitaciones legales pueden también implicar ciertos sacrificios en términos de equidad tributaria concreta, pues el impuesto cobrado puede no corresponder exactamente a la renta efectiva. Sin embargo, esta Corporación había establecido que tales sacrificios no violan la Carta, siempre que no sean irrazonables y se justifiquen en la persecución de otros objetivos tributarios o económicos constitucionalmente relevantes, pues no sólo el Legislador puede buscar conciliar principios en conflicto, como la eficiencia y la equidad sino que, además, tales principios se predicán del sistema tributario en su conjunto, y no de un impuesto específico. Una regulación tributaria que no utilice criterios potencialmente discriminatorios, ni afecte directamente el goce de un derecho fundamental, no viola el principio de igualdad si la clasificación establecida por la norma es un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible”. Corte Constitucional. Sentencia C-409-96. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

28 Sentencia C-333 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta sentencia, la Corte declaró la exequibilidad del aporte especial del 10% de los ingresos brutos obtenidos por los notarios. El demandante sostuvo que la norma en cuestión era contraria a los principios de equidad y de progresividad del sistema tributario.

29 Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Ley 142 de 1994, artículo 14.26.

31 Ibidem

32 Ley 142 de 1994, artículo 14.27.

33 Cf. Constitución Política, artículo 365.

34 Constitución Política, artículo 369: “La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio”.

36 Constitución Política. Art. 56: Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

37 Constitución Política. Art. 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

38 Constitución Política, artículo 365: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. ”

39 Cf. Ley 142 de 1994, artículo 8°.

40 Cf. ibidem, art. 7°.

41 Cf., Ley 142 de 1994, artículo 8.

42 Cf. Ley 37 de 1993, artículo 3°.

43 Cf. Ley 555 de 2000, art. 4°.

44 Ley 142 de 1994, artículo 73.

45 Cf. Ley 142 de 1994, artículo 79

46 C., ibidem, artículo 67

47 Ley 37 de 1993, artículo 6°

48 Cf. Ley 256 de 1996 en armonía con el artículo 10° de la Ley 555 de 2000.

49 Ley 555 de 2000, artículo 15

50 Ley 555 de 2000, artículo 15.

51 Decreto 1130 de 1997, artículo 37.3

52 Decreto 1130 de 1997, artículo 37. 23.

53 Cf. Ley 142 de 1994, artículo 88.

54 Cf. ibidem, Artículo 73

55 Ley 134 de 1994, artículo 74.

56 La Ley 142 de 1994 define los cargos que pueden ser facturados al cobrar el servicio público de telefonía pública básica conmutada, sin perjuicio de otras alternativas que pueden ser señaladas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La Ley también obliga a que en las fórmulas de tarifas se garantice a los usuarios, a lo largo del tiempo, los beneficios de la reducción promedia de costos en las empresas que prestan el servicio⁵⁶; y permite que la Comisión corrija en las fórmulas los índices de precios aplicables a los costos y gastos de la empresa con un factor que mida los aumentos de productividad que se esperan en ella. Además, prohíbe que alzas de los precios del servicio sean destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales de las empresas. De otro lado, dispone que con el propósito de incentivar la masificación del servicio otorguen plazos para amortizar los cargos de la conexión domiciliaria.

57 Subsidio es la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que recibe la empresa que lo suministra..

58 Cf. Ley 142 de 1994, art. 5.

59 CF. ibidem, artículo 89

60 Cf. Ley 488 de 1998, artículo 48.

61 Ley 142 de 1994, artículo 128. Existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el

propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa. En la enajenación de bienes raíces urbanos se entiende que hay cesión de todos los contratos de servicios públicos domiciliarios, salvo que las partes acuerden otra cosa. La cesión operará de pleno derecho, e incluye la propiedad de los bienes inmuebles por adhesión o destinación utilizados para usar el servicio.

62 Ley 142 de 1994, artículo 134

63 Cf. Ley 555 de 2000, art. 17.

64 Cf., especialmente la resolución 575 de 2002, emanada de la comisión de Regulación de Telecomunicaciones, art. 7.6.1

65 Según el artículo 2º del Decreto 1900 de 1990 “se entiende por telecomunicación toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos.”, Y de conformidad con el artículo 27 ib., “Los servicios de telecomunicaciones se clasifican, para efectos de este decreto, en básicos, de difusión, telepático y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.”

66 Según el artículo 28 del Decreto 1900 de 1990, “Servicios portadores son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones. Estos comprenden los servicios que se hacen a través de redes conmutadas de circuitos o de paquetes y los que se hacen a través de redes no conmutadas. Forman parte de estos, entre otros, los servicios de arrendamiento de pares aislados y de circuitos dedicados.

Los teleservicios son aquellos que proporcionan en si mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal. Forman parte de estos, entre otros, los servicios de telefonía tanto fija como móvil y movil-celular, la telegrafía y el telex”.

67 Cf. Ley 422 de 1998, artículo 3º

68 El informe Sectorial de Telecomunicaciones” de la Comisión de Regulación de

Telecomunicaciones correspondiente al año 2004, puede ser consultado en la página web de dicha Comisión: www.crt.gov.co.

69 Los cuadros comparativos que se insertan fueron elaborados por la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en la información suministrada en las páginas electrónicas del Ministerio de Comunicaciones y de las páginas oficiales de las empresas Comcel y Belsouth, 2004. Obran en el expediente a los folios 247 y siguientes.

Dicho estudio comparativo descartó del análisis la tarifa de treinta pesos el minuto que la empresa Colombia Móvil (OLA) ofreció durante su incursión en el mercado, pues justamente por su carácter de tarifa promocional, no puede ser utilizada como parámetro válido de comparación.

70 Sobre la importancia de medir la elasticidad de la demanda a efectos de regular un mercado de competencia, el informe final de la Consultaría para la determinación de elasticidades precio e ingreso de la demanda de telefonía móvil celular, contratado por la CRT en el año 2002, dice lo siguiente:

Los parámetros de elasticidad de la demanda cumplen por lo menos dos funciones en el diseño de la regulación sectorial. En primer lugar, los niveles de la elasticidad le permiten al regulador determinar si el precio en un mercado debe ser controlado o puede ser deregulado. En mercados inelásticos o con elasticidades muy bajas, los operadores aumentan sus ingresos elevando el precio; en esta situación el poder monopolístico o duopolístico es muy fuerte y, por lo tanto, es necesario regular tarifas si se quiere maximizar la eficiencia económica. En el otro extremo, en mercados elásticos, los operadores encuentran en la demanda un límite a sus aspiraciones de elevar los precios por encima de los costos. En este caso, la deregulación no genera costos económicos y sociales y normalmente es benéfica para el desarrollo de la industria. (Informe final de la Consultaría para la determinación de elasticidades, precio e ingreso de la demanda de telefonía móvil celular. Puede consultarse en www.crt.gov.co)

71 Informe final de la Consultaría para la determinación de elasticidades, precio e ingreso de la demanda de telefonía móvil celular. Puede consultarse en www.crt.gov.co

72 Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, “Informe Sectorial de Telecomunicaciones”, año 2004.

74 Sentencia c-741 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

75 La Corte recuerda que, por disposición legal, la telefonía móvil rural se somete al mismo régimen regulatorio de la telefonía pública básica conmutada o telefonía fija.

76 Sobre este tema, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-333 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-335 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-597 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis. S.V. Ms. Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz) y C-637 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

77 Sentencia C-766 de 2003. m.P Manuel José Cepeda Espinosa

78 El demandante afirma que los servicios prestados por las empresas de telefonía móvil están gravados con una tarifa del 20%, mientras que los demás servicios de telecomunicaciones lo estén con una del 7%. Empero, la Corte observa que entre los servicios gravados con la tarifa del 7% , que son aquellos que la misma norma demandada, en la parte no acusada, señala, no se encuentran los de telecomunicaciones distintos a la telefonía móvil. Por ello concluye que la tarifa con que son gravados los demás servicios de telecomunicaciones es la general del 16%, señalada por el artículo 468 del Estatuto Tributario.

79 Sobre este punto la Corte ha hecho ver que “si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental, como por ejemplo el de igualdad. Corte Constitucional, Sentencia SU- 157 de 1999.

80 Cf. Sentencia C- 615 de 2002, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

81 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Germán Ayala Mantilla. Rad. N° 25000-23-27-000-1999-0369. Esta sentencia fue ratificada en la de 10

de Febrero de 2003, emanada del mismo Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P Juan Ángel Palacio Hincapié.

82 Se discutía en esa ocasión la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales la DIAN había modificado la declaración del impuesto a las ventas presentada por la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., en el sentido de gravar a la tarifa general del 14% los ingresos percibidos por concepto de activación del servicio de telefonía móvil celular. Se trataba de establecer si la activación constituía un servicio independiente del de la prestación del servicio de telefonía móvil celular y si, por lo tanto, estaba o no gravado con el impuesto a las ventas tomando para el efecto la base gravable general prevista en el artículo 447 del Estatuto Tributario como lo sostenía la Administración, o si por el contrario, como lo sostenía la sociedad demandante, la activación hacía parte del servicio de telefonía móvil celular, para el cual la base gravable estaba constituida por el cargo fijo más los impulsos, según el artículo 462 ibidem.