

C-504-95

Sentencia No. C-504/95

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Definir si existe oposición objetiva y verificable

No resulta posible resolver sobre cada uno de los casos particulares hipotéticamente cobijados por un precepto legal, introduciendo comparaciones con otros casos igualmente particulares no previstos en él. Para llegar a la declaración de inexecutable total o parcial de una disposición de la ley es menester definir si existe una oposición objetiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución.

SENTENCIA INHIBITORIA POR INEXISTENCIA DE PROPOSICION JURIDICA

No hay proposición jurídica susceptible de ser acusada ni juzgada en cuya virtud estén exceptuadas del carácter de contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios "las sociedades de economía mixta que presten el servicio de telecomunicaciones haciendo uso del espectro electromagnético". La demanda carece de objeto, ya que alude a una disposición no consagrada por el legislador. Que la hipótesis planteada quede incluida dentro de la exención que favorece a las empresas de servicios públicos y que ello pueda afectar, en el caso de las telecomunicaciones, a las empresas privadas que compiten con aquéllas, es asunto que no puede resolverse en los estrados de la Corte Constitucional, pues ésta carece de competencia para fallar sobre proposiciones jurídicas no creadas por la ley.

-Sala Plena-

Ref.: Expediente D-933

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16, inciso 2º, del Decreto 624 de 1989.

Actores: PAUL CAHN-SPEYER WELLS y ALBERTO MUNERA CABAS

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta No. 56 del nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos PAUL CAHN-SPEYER WELLS y ALBERTO MUNERA CABAS, haciendo uso del derecho consagrado en los artículos 241, numeral 5, y 242, numeral 1º, de la Constitución Política, han presentado ante la Corte demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16, inciso 2º, del Decreto 624 de 1989.

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

La norma impugnada es del siguiente tenor literal (se subraya lo demandado):

“DECRETO NUMERO 0624 DE 1989

(marzo 30)

por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren los artículos 90, numeral 5º, de la Ley 75 de 1986 y 41 de la Ley 43 de 1987, y oída la Comisión Asesora de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

DECRETA:

(...)

ARTICULO 16.- Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, están sometidas al impuesto. Son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, asimiladas a sociedades anónimas, las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta.

Se exceptúan, las que tengan a su cargo la prestación de servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública”.

### III. LA DEMANDA

Consideran los actores que la transcrita norma vulnera los artículos 13, 75, 88, 95-9, 333 y 363 de la Constitución Política.

Cuando los demandantes solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso segundo de la transcrita norma, lo hacen “únicamente en cuanto a que exceptúa de la calidad de contribuyentes del impuesto sobre la renta a las sociedades de economía mixta que prestan el servicio de telecomunicaciones haciendo uso del espectro electromagnético”.

Es decir, sugieren la inexecutable parcial pero sin suprimir parte alguna de su texto, para lo cual citan, como antecedente jurisprudencial de la técnica de la petición, una Sentencia de julio 17 de 1984 de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se declaró la inexecutable parcial de los artículos 69, numeral 1º, y 71, literal 1 a), del Decreto 3541 de 1983.

Más adelante, al presentar los argumentos por los cuales consideran infringidas las normas constitucionales, se detienen a hacer un breve resumen de los antecedentes de los textos superiores, que reposan en las Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente y concluyen que en ellos se refuerza la garantía a la libertad de empresa y la iniciativa privada con la introducción del principio constitucional de la libre competencia, según el cual los estamentos del Estado están en la obligación de proteger y estimular la libre y justa competencia como derecho colectivo derivado, a su vez, del principio general de la igualdad, consagrado genéricamente en la Carta.

En su criterio, es evidente que exceptuar de la calidad de contribuyentes del impuesto de renta a las sociedades de economía mixta que prestan el servicio de telecomunicaciones utilizando el espectro electromagnético, y no otorgar el mismo beneficio a las empresas privadas que prestan idéntico servicio, viola de manera flagrante el derecho colectivo antes aludido.

Refiriéndose al artículo 75 de la Constitución, señalan que este proscribire las iniquidades que conlleven a la violación del principio de la libre competencia en materia del espectro electromagnético de las telecomunicaciones y que pregona que es de interés público que se garantice la libre, leal, justa y equitativa competencia en esa materia.

De acuerdo con lo anterior -dicen- todos aquellos sectores de las telecomunicaciones que tienen que ver con el espectro electromagnético, el tratamiento tributario divergente del impuesto de renta a las empresas de economía mixta y a las privadas, exonerando a las primeras y gravando a las segundas, ocasiona una discriminación que influye de manera determinante en el ámbito económico, porque altera las reglas fundamentales de la economía de mercado. Así, un menor costo impositivo es susceptible de permitir al beneficiario incidir en su favor en la determinación de precios, creándose una alteración de los factores de libre competencia.

Para los demandantes no existe duda en cuanto que el artículo 75 superior consagra un interés específico y concreto del Estado en la prestación de servicios que tengan que ver con el espectro electromagnético, caracterizando allí el derecho de la competencia económica leal y equitativa, así como también la ausencia de factores que conduzcan a prácticas que conlleven a un "posición dominante en el mercado nacional", concepto último invocado por el artículo 333 de la Carta como una situación que se debe evitar, con miras a preservar una competencia sana, justa y equitativa en el mercado.

Con la norma acusada también se vulneran, según los actores, los principios de igualdad y equidad en la tributación, consagrados en los artículos 95-9 y 363 de la Constitución, al desconocer la norma en comento, por cuanto las sociedades de economía mixta que prestan el servicio de telecomunicaciones tienen igual o superior capacidad que las empresas privadas que prestan el mismo servicio.

En efecto -manifiestan- la diferencia en el trato de personas que desarrollan una misma actividad, implica discriminación puesto que excluye del impuesto a las sociedades de economía mixta, mientras que las empresas privadas, de acuerdo con los artículos 12 y 13 del Estatuto Tributario, sí son contribuyentes, lo cual destruye la igualdad o equidad, por cuanto, tratándose de personas que se encuentran en idéntico supuesto de hecho, no soportan la misma carga tributaria, sin que pueda afirmarse que exista justificación razonable para ello, puesto que jamás puede considerarse justo que las sociedades de economía mixta que ejercen las mismas actividades comerciales que las empresas privadas, compitiendo en un mismo mercado, reciban un tratamiento diferente que perjudica en grado sumo los intereses económicos de las últimas, las cuales, por efecto del impuesto, ven así aumentados considerablemente sus costos operacionales.

Finalmente, remontándose a los orígenes de la norma acusada, afirman que el artículo 2, inciso 2º, del Decreto 1979 de 1974, a cuyo tenor las entidades que tuvieran a su cargo la

prestación del servicio de telecomunicaciones no eran contribuyentes del impuesto sobre la renta, no ofrecía entonces reparo alguno, no sólo porque en la Constitución de 1886 no se consagraba la equidad como principio fundamental de la tributación, sino, además, porque para la época no existían empresas de carácter privado que prestaran el servicio de telecomunicaciones.

#### IV. DEFENSA DE LAS NORMAS ACUSADAS

La ciudadana EDY ALEXANDRA FAJARDO MENDOZA, quien actuó como apoderada de la División de Representación Externa, Subdirección Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, presentó un escrito en el que solicita la exequibilidad del precepto demandado.

En primer término la ciudadana opositora solicita a la Corte Constitucional pronunciarse mediante un fallo inhibitorio pues considera que no existe, dentro de la norma acusada la proposición jurídica en que se sustenta la petición de inconstitucionalidad solicitada por los demandantes. Fundamenta su conclusión así:

- Para que el máximo Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma, se requiere como presupuesto básico la existencia de una norma, un decreto o una ley expedidos por el Gobierno o el Congreso, que esté produciendo efectos jurídicos y que de acuerdo con el juicio de valor del demandante sea inconstitucional.
- El texto de la norma acusada no consagra un beneficio tributario especial para las sociedades de economía mixta que presten el servicio de telecomunicaciones, haciendo uso del espectro electromagnético.
- La exclusión del gravamen como tal tiene su fuente en el principio de legalidad de los tributos consagrado en el artículo 338 de la Constitución.
- “Al no estar señalado en el inciso 2º del artículo 16 del Estatuto Tributario que se encuentran excluidas del impuesto sobre la renta y complementarios las sociedades de economía mixta que presten servicios de telecomunicaciones haciendo uso del espectro electromagnético, no es posible que por medio de la acción pública de inconstitucionalidad se retire del mundo jurídico un beneficio tributario que no está consagrado como tal en el inciso que acusa” (subrayado dentro del texto)

En relación con los cargos de fondo formulados por los demandantes, hace las siguientes consideraciones:

- El artículo 88 constitucional, invocado por los actores, en nada se relaciona con los hechos y argumentos expuestos para solicitar la inconstitucionalidad de la norma acusada, pues éste tan sólo regula “uno de los procedimientos que pueden utilizar los particulares para solicitar la protección de los derechos fundamentales”, pero no el trámite que debe darse a la acción pública de inconstitucionalidad.
- De los artículos 333 y 334 de la Constitución Política se deduce que la protección de los derechos como la libre competencia, la libertad de empresa y la iniciativa privada, se

encuentran supeditados siempre al interés público y al bienestar general.

- Cuando el Estado se asocia con los particulares para la prestación de los servicios públicos como por ejemplo las telecomunicaciones, no está propendiendo únicamente la consecución de una utilidad económica, sino que está descentralizando el servicio para que éste se preste de manera eficiente, productiva y rentable.

- El fin económico perseguido por las sociedades privadas que prestan el servicio de telecomunicaciones utilizando el espectro electromagnético está circunscrito a obtener una ganancia individual para sus socios o accionistas, una utilidad propia, mientras que en las sociedades de economía mixta que prestan los servicios utilizando también el espectro electromagnético el objetivo primordial es la consecución de los recursos para ampliar la prestación del servicio de telecomunicaciones o para prestarlo en una forma más eficiente o más productiva, convirtiéndose el beneficio en un recurso público destinado no ya a la sociedad de economía mixta sino a la colectividad.

- Pretender que se graven las utilidades del Estado en las sociedades de economía mixta sería gravar el ingreso público y encarecer la prestación de un servicio público que beneficia a todos los ciudadanos, configurándose, en este caso sí, el tratamiento inequitativo y desigual señalado por los demandantes, porque serían los usuarios del servicio los que tendrían que asumir los mayores costos generados para la sociedad de economía mixta con la mayor carga tributaria.

- Tampoco puede aceptarse como argumento de inconstitucionalidad que la explotación del espectro electromagnético por parte de una sociedad de economía mixta genere una posición dominante en el mercado, porque precisamente del ejercicio de un monopolio en materia de comunicaciones que existía con la Constitución de 1886, se pasó, con la Constitución de 1991, a la participación privada en la prestación del servicio de telecomunicaciones a través de la utilización del espectro electromagnético a través de la libre empresa y la libre competencia, donde se permite que los particulares participen en la explotación del bien público.

Respecto a la denuncia sobre violación del principio de igualdad consagrado en los artículos 95, 13 y 363, la ciudadana sostiene:

- El trato preferencial que censuran los demandantes no se concreta en la realidad práctica, porque en primer lugar es mayor la participación de las sociedades de economía mixta las cargas públicas de la Nación, con el ingreso que ellas deben trasladar al Estado, que el impuesto cancelado por las sociedades privadas en la prestación del mismo servicio; y en segundo lugar porque de existir tal discriminación ésta estaría respaldada con el artículo 365 C.P., donde se permite la asociación del Estado con los particulares para la prestación del servicio de telecomunicaciones haciendo uso del espectro electromagnético como un fin inherente a la existencia del Estado mismo.

Es de anotar que otros escritos fueron presentados extemporáneamente.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, mediante Oficio N° 662 del 23 de junio de 1995, emitió el concepto previsto en artículo 242, numeral 2, de la Constitución, y solicitó a la Corte que declare la exequibilidad de la norma demandada.

Comienza el Procurador General de la Nación haciendo un recuento de lo que ha sido el desarrollo del sector de las telecomunicaciones en Colombia, para luego referirse al marco constitucional del servicio público de las telecomunicaciones y conducir posteriormente que la Carta actual produjo un cambio sustancial en el significado del servicio público, "porque hoy se refiere más al servicio que el público recibe que a la entidad que debe prestarlo, por lo que, a fin de lograr la eficacia, la eficiencia y la ampliación de la cobertura, autoriza la prestación del servicio por parte de los particulares, pero bajo el control del Estado".

Sostiene el Procurador:

- El Estado no se despoja de la titularidad del servicio público sino que entrega su gestión en manos de los particulares, empleando para ello el instrumento de la concesión.
- De llegar a darse la libre competencia en la prestación de los servicios públicos y particularmente en las telecomunicaciones, es evidente que el Estado debe velar porque ella se desarrolle en un ambiente de igualdad, porque de esta forma se podrá alcanzar el fin perseguido por el Constituyente de asegurar a los habitantes del territorio nacional la eficiencia en la prestación de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por el Procurador General de la Nación para desestimar los cargos son los siguientes:

- "El tratamiento tributario preferencial que contempla la norma en estudio, consistente en que las sociedades de economía mixta que prestan servicios de telecomunicaciones están exentas del pago del impuesto a la renta y complementarios, se encuentra plenamente justificado si se tiene en cuenta la particular naturaleza de estos organismos en la estructura del Estado colombiano y los fines que están llamados a cumplir", pues la participación del Estado en estas entidades es mayor que la privada, lo cual determina que los ingresos que ella genera reviertan al patrimonio público para la consecución de los objetivos de interés general y para la satisfacción de las necesidades colectivas".

De lo anterior infiere que perseguir el gravamen de las utilidades del Estado en las sociedades de economía mixta conduciría a gravar repentinamente el ingreso público, lo que traería como consecuencia el aumento abrupto de las tarifas de este servicio público, perjudicando a todos los ciudadanos, lo que resultaría evidentemente contrario al interés general tutelado en el artículo 1º de la Constitución.

- Frente a las empresas privadas del mismo sector, las sociedades de economía mixta en el área de las telecomunicaciones se encuentran actualmente en situación de manifiesta debilidad, proveniente de los mayores costos que les ha generado la mutación institucional para adecuarse al nuevo esquema en la prestación de los servicios públicos, lo que unido con la ausencia de estudios definitivos y exhaustivos por parte de la Comisión de Control para el sector de las telecomunicaciones, atinentes a las condiciones y el grado de competitividad de las empresas de economía mixta, justifica la exención consagrada en la norma acusada como

mecanismo compensatorio para que esas entidades públicas puedan competir en el campo de las telecomunicaciones en igualdad de condiciones con las empresas del sector privado.

- El tratamiento tributario diferenciado también se justifica porque se otorga por los fines que el Estado debe cumplir y por su deber constitucional de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, como el de telecomunicaciones, a todos los habitantes del territorio nacional según lo ordena el artículo 365 superior.

- La Constitución de 1991 reconoce la propiedad privada y la libertad económica en sus formas de libre empresa y libre iniciativa y además la libre competencia como un derecho de todos, pero dejando la dirección general de la economía a cargo del Estado, lo que implica que estos derechos no son ilimitados ni absolutos, porque están subordinados al interés público y al bienestar general.

- Si lo que se busca es que las entidades públicas o las sociedades en que hay participación estatal, sean eficientes en la prestación de servicios, la exención es un mecanismo idóneo para lograrlo porque los recursos que se dejan de pagar podrán utilizarse en la adquisición de nueva tecnología, con la cual se podrán obtener los fines propuestos de eficiencia y ampliación en la cobertura.

Finalmente anota que la norma demandada establece un tratamiento igualitario en materia de exención tributaria para las entidades estatales que prestan otros servicios públicos, tales como el de acueducto, alcantarillado, energía, postales y salud pública, pues el fundamento que inspira la referida exención es el mismo para todas ellas: "propiciar las condiciones para satisfacer necesidades básicas de la comunidad, lo cual se constituye en una actividad de interés general.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

Esta Corte es competente para resolver en definitiva sobre la inconstitucionalidad planteada, según lo dispuesto en el artículo 241-5 de la Carta Política, ya que la norma acusada hace parte de un decreto con fuerza de ley.

### Inexistencia de la proposición jurídica demandada

Para que la Corte Constitucional pueda establecer, con fuerza de verdad jurídica, la inexequibilidad que ante ella se solicita, es indispensable que la demanda recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito.

Es verdad que la Corte, al efectuar el cotejo de una norma con la Constitución puede introducir en ella distinciones, para declarar la exequibilidad condicionada, excluyendo del ordenamiento jurídico determinado alcance del precepto objeto de su fallo.

Es decir, puede la Corte, en ejercicio de sus atribuciones, al analizar una norma que ante ella se demanda, o que debe revisar oficiosamente, diferenciar entre varios sentidos posibles del precepto admitiendo aquéllos que se avienen a la Constitución y desechando los que la contradicen.

La misma función del control constitucional, para que sea efectiva, exige que la autoridad encargada de ejercerla pueda condicionar en casos excepcionales la decisión de exequibilidad, cuando de la propia disposición enjuiciada pueden surgir efectos jurídicos diversos o equívocos, por lo cual se requiere que el juez de constitucionalidad defina hasta dónde llega el precepto en su ajuste a la Constitución, y donde y porqué principia a quebrantarla.

Pero esa técnica de control difiere de aquella encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden. Esta es la circunstancia del caso en estudio, en el cual los demandantes piden que no se declare inexecutable ninguna parte de la norma vigente sino una hipótesis arbitrariamente inferida de ella.

Para llegar a la declaración de inexecutable total o parcial de una disposición de la ley es menester definir si existe una oposición objetiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución.

Así, en el caso que ahora se examina, el legislador ha establecido, por vía general, que las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios.

También por vía general, ha dispuesto las excepciones a esa condición de contribuyentes, señalando que no estarán incluidas en dicha regla las entidades que, perteneciendo al género enunciado, tengan a su cargo la prestación de los servicios públicos de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública.

El inciso que consagra las excepciones no ha introducido distinciones en torno a las modalidades en que se presten los distintos servicios, ni ha plasmado categorías entre ellas.

No hay, por tanto, proposición jurídica susceptible de ser acusada ni juzgada en cuya virtud estén exceptuadas del carácter de contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios “las sociedades de economía mixta que presten el servicio de telecomunicaciones haciendo uso del espectro electromagnético”.

Así, pues, la demanda carece de objeto, ya que alude a una disposición no consagrada por el legislador. Que la hipótesis planteada quede incluida dentro de la exención que favorece a las empresas de servicios públicos y que ello pueda afectar, en el caso de las telecomunicaciones, a las empresas privadas que compiten con aquéllas, es asunto que no puede resolverse en los estrados de la Corte Constitucional, pues ésta carece de competencia para fallar sobre proposiciones jurídicas no creadas por la ley.

La Corte deberá inhibirse de resolver sobre la constitucionalidad de la norma construída por los demandantes.

## DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional de la República de Colombia, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que

contempla el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase INHIBIDA para resolver sobre el fondo de la demanda instaurada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado