



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá, D. C., primero (1) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia	Nulidad
Radicación	11001-03-27-000-2021-00072-00 (25887)
Demandante	ANDREA CAROLINA MARTÍNEZ ALVARADO
Demandado	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN
Temas	Subcapitalización. Excepción. Proyectos de infraestructura de transporte o de servicios públicos a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.

SENTENCIA ANTICIPADA

La Sala decide la demanda de simple nulidad interpuesta por Andrea Carolina Martínez Alvarado, que pretende la nulidad del Oficio Nro. 100208221-1108 del 22 de julio de 2021 proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN).

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El 5 de abril de 2021 se radicó ante la DIAN la siguiente consulta: «¿La excepción de la regla de subcapitalización consagrada en el parágrafo 5° del artículo 118-1 del E.T. aplica a las deudas cuyos recursos se destinen a la financiación de proyectos de infraestructura de transporte o de servicios públicos, independientemente de las calidades del sujeto que las haya contraído?»¹.

En el escrito de la consulta, la peticionaria precisó que considera que la excepción a la regla de subcapitalización del parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario opera en todos los niveles de una cadena de préstamos entre la sociedad matriz y sus subordinadas, siempre que la última subordinada sea un vehículo de propósito especial para la ejecución de un proyecto de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos.

La autoridad tributaria absolvió la petición mediante el Oficio Nro. 100208221-1108 del 22 de julio de 2021. En él transcribió el parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario y, con base en él, concluyó lo siguiente:

«De lo anterior se encuentra que, la excepción a la aplicación de la norma general de subcapitalización se desarrolla respecto de la financiación de proyectos de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos que se encuentran a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial. Es decir, la excepción aplica respecto de los recursos recibidos por estas sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que desarrollan el proyecto de infraestructura de transporte o servicios públicos y celebran una operación de endeudamiento que, en principio, cumple los presupuestos para que opere la norma general de subcapitalización.

Por lo tanto, este Despacho se permite manifestar que, respecto de la hipótesis planteada por la peticionaria, no es posible extender dicha excepción a todos los niveles de la cadena de préstamos, puesto que de la lectura de la norma se encuentra que la excepción a la regla de

¹ SAMAI. Índice 3. PDF 4. Página 1.



subcapitalización contenida en el parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario es aplicable únicamente al nivel de la sociedad de propósito especial que realiza el pago de intereses a su vinculado económico por el endeudamiento generado para desarrollar el proyecto de infraestructura»².

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

En ejercicio del medio de control de nulidad, contemplado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), Andrea Carolina Martínez Alvarado formuló las siguientes pretensiones:

«Respetuosamente solicito al Honorable Consejo de Estado declarar la nulidad del Oficio No. 100208221-1108 del 22 de julio de 2021 - Deducción de gasto por concepto de intereses - subcapitalización, parágrafo 5 del artículo 118-1 ET por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, especialmente lo establecido en el aparte que a continuación se transcribe:

*Por lo tanto, este Despacho se permite manifestar que, respecto de la hipótesis planteada por la peticionaria, no es posible extender dicha excepción a todos los niveles de la cadena de préstamos, puesto que de la lectura de la norma se encuentra que **la excepción a la regla de subcapitalización contenida en el parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario es aplicable únicamente al nivel de la sociedad de propósito especial que realiza el pago de intereses a su vinculado económico por el endeudamiento generado para desarrollar el proyecto de infraestructura**»³ (subrayado y negrilla del original).*

Para estos efectos, invocó como normas violadas los artículos 150 (numeral 12) y 338 de la Constitución Política; y el artículo 118-1 del Estatuto Tributario. Los cargos de nulidad se resumen así:

1. Interpretación errada de la ley

La demandante expuso que el artículo 118-1 del Estatuto Tributario dispone que los intereses por deudas contraídas, directa o indirectamente, con vinculados económicos solo son deducibles en la proporción que no supere el doble del patrimonio líquido del contribuyente. Así mismo, destacó que el parágrafo 5° *ibidem* establece una excepción a la regla de subcapitalización, pues señala que no se aplicará en los casos de financiación de proyectos de infraestructura de transporte ni de infraestructura de servicios públicos, siempre que se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.

Así, la actora sostuvo que no es aplicable ningún límite a la deducibilidad de los intereses pagados a las vinculadas económicas por deudas para financiar proyectos de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos, siempre que sean ejecutados por sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.

Indicó que la Ley 1508 de 2012 estableció el régimen jurídico de las asociaciones público privadas (en adelante APP) como instrumento de vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos y servicios relacionados. Afirmó que, en este tipo de asociaciones, es el ente privado quien por su cuenta y riesgo estructura el proyecto y que la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI) establece los modelos de contratos de concesión bajo el esquema de APP.

² SAMAI. Índice 3. PDF 3. Página 2.

³ SAMAI. Índice 3. PDF 2. Páginas 2 a 3.



Luego, adujo que en los contratos de concesión es usual prever la necesidad de que exista una deuda subordinada de los socios del vehículo de propósito especial para financiar el proyecto. Así lo reconoce el modelo de contrato de concesión para proyectos APP de cuarta generación (4G), publicado por la ANI, donde se indica que el *Giro de Equity* (valor mínimo de los giros que debe hacer el concesionario al patrimonio autónomo del proyecto) puede ser deuda adquirida con los socios, pero en ningún caso podrá estar al mismo nivel de la deuda de los prestamistas y, por lo tanto, el pago de dicha deuda con el socio debe estar subordinada al pago de la deuda del proyecto.

De esta forma, sostuvo que nada impide que, en este tipo de proyectos, existan cadenas de financiación entre las diferentes sociedades de un grupo empresarial que lo desarrolla con el fin de cumplir el aporte obligatorio.

Con base en lo anterior, sostuvo que en la consulta resuelta por la DIAN se planteó un esquema de financiación en el que los vehículos de propósito especial deben adquirir deudas para financiar los proyectos que desarrollaran, lo que es común en este tipo de contratos de concesión.

La actora transcribió la respuesta a la consulta por parte de la DIAN, según la cual no es posible extender la excepción del parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario a todos los niveles de la cadena de préstamos porque dicha norma solo es aplicable a la sociedad de propósito especial que realiza el pago de intereses a su vinculado económico por el endeudamiento que financió el proyecto de infraestructura.

La actora sostuvo que la respuesta de la DIAN desconoce el tenor literal de la ley, criterio de interpretación previsto en el artículo 27 del Código Civil. Destacó que el parágrafo 5° en mención establece que la excepción a la regla de subcapitalización se da frente a los proyectos de infraestructura ejecutados por una sociedad, entidad o vehículo de propósito especial, no por quién es el titular de la deuda a favor de los vinculados económicos. Es decir, que la excepción no se limita a un sujeto en particular, sino que su aplicación depende del objeto y destino de los recursos.

En hilo con lo anterior, señaló que las normas reglamentarias tampoco imponen requisitos adicionales a los previstos por el legislador para aplicar la regla de subcapitalización, pues el artículo 1.2.1.18.60 del Decreto 1625 de 2016 se limita a definir lo que se entiende por infraestructura de transporte o infraestructura de servicios públicos.

En este orden, insistió en que la DIAN cometió un error al concluir que la excepción a la regla de subcapitalización solo es aplicable a la sociedad, entidad o vehículo de propósito especial que desarrolla el proyecto, cuando la ley solo establece como requisito que la deuda se haya contraído para financiar proyectos de infraestructura de transporte y de infraestructura de servicios públicos.

Indicó que el artículo 118-1 del Estatuto Tributario debe interpretarse desde el sentido natural y obvio de las palabras contenidas en él, según su uso general, salvo que el legislador haya dispuesto una definición legal. Entonces, consideró que la palabra «*financiación*» contenida en la norma, al no haber sido definida por la ley o el decreto reglamentario, debe entenderse derivada de «*financiar*», que se define por la Real Academia Española (RAE) como aportar el dinero necesario para el funcionamiento de una empresa. Así, afirmó que en los eventos en que un



contribuyente contraiga una deuda cuyos recursos son entregados a una entidad de propósito especial para que desarrolle un proyecto de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos, la deducibilidad de los intereses pagados por esa deuda debe exceptuarse de la regla de subcapitalización. Todo, porque mediante el crédito se está aportando dinero que se invertirá en el funcionamiento o ejecución del aludido proyecto de infraestructura a cargo de un vehículo de propósito especial.

La actora indicó que los párrafos 3° y 4° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario establecen otras excepciones a la regla de subcapitalización que operan solo frente a determinados sujetos. Pero esto no ocurre en el párrafo 5°, que supedita su ámbito de aplicación a una destinación calificada de la deuda y no al sujeto particular que adquiere la deuda.

De otro lado, la demandante sostuvo que el concepto acusado también desconoce la finalidad del artículo 118-1 del Estatuto Tributario, pues la regla de subcapitalización fue establecida para incentivar la financiación de las empresas con capital en lugar de deuda, pues la deducibilidad de los intereses hace más económico apalancar la operación con deuda. No obstante, hay sectores de la economía que necesitan disminuir los costos de financiación para priorizar su ejecución, como es el caso de la infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos, de allí la creación de la excepción del párrafo 5°.

Entonces, a juicio de la actora, al exceptuar este tipo de proyectos de la regla de subcapitalización se está incentivando su desarrollo, existiendo plena trazabilidad de los recursos que son ejecutados por una sociedad de propósito especial. Interpretación que también fue acogida por la Sentencia C-622 de 2015 y por la DIAN, en el Concepto Nro. 056282 del 26 de septiembre de 2014.

De esta forma, concluyó que el legislador no tuvo la finalidad de desincentivar el endeudamiento entre los vinculados económicos de las sociedades de propósito especial que desarrollan proyectos de infraestructura, sino que, por el contrario, como se precisa en la citada sentencia y concepto, el financiamiento vía deuda es esencial para desarrollar los proyectos de infraestructura que necesita el país. No permitirlo, supondría un encarecimiento de la obra que frustraría su realización.

Para finalizar este cargo de nulidad, adujo que el artículo 31 del Código Civil dispone que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. De esta forma, indicó que se debe aplicar la excepción para la financiación indirecta, sin que sea tenido en cuenta que la ampliación de la prohibición a la deducibilidad sea favorable para la administración y desfavorable para el contribuyente.

2. Violación de los principios de legalidad y de reserva de ley

La demandante aseguró que el concepto acusado es ilegal porque el legislador claramente estableció una excepción al límite de subcapitalización atendiendo al objeto, es decir, siempre y cuando los intereses pagados correspondan a una deuda utilizada para financiar un proyecto de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos desarrollado por un vehículo de propósito especial.

Señaló que, dado que solo la ley puede establecer los elementos del tributo, la DIAN



no podía limitar la aplicación de la disposición legal desatendiendo su tenor literal, lo que, a su juicio, confirma la invalidez del concepto acusado.

Oposición a la demanda

La DIAN controversió las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

La autoridad tributaria destacó que la consulta fue realizada preguntando si la excepción a la regla de subcapitalización del párrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario aplica a las deudas cuyos recursos se destinen a la financiación de proyectos de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos, «independientemente de las calidades del sujeto que las haya contraído»⁴.

De esta forma, en el concepto acusado se indicó que el legislador señaló que el proyecto debe ser desarrollado por un sujeto cualificado, por lo que concluyó que la norma invocada por los consultantes únicamente aplica respecto de los intereses pagados por las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que realizan el pago de intereses a su vinculado económico por el endeudamiento generado para desarrollar el proyecto y que no es posible extender la excepción a todos los niveles de la cadena de préstamos.

Así las cosas, la entidad demandada indicó que la interpretación contenida en el acto acusado atiende el contexto de la consulta que le fue formulada.

Insistió que el tenor literal de la norma, contrario a lo dicho por la actora, condicionó la excepción a la regla de subcapitalización a la calidad del sujeto, al señalar que opera «siempre que» el proyecto sea desarrollado por una sociedad, una entidad o un vehículo de propósito especial. Conclusión a la que también se llegó en el Oficio Nro. 025661 del 3 de septiembre de 2015, proferido por la DIAN.

Señaló que la Sentencia C-622 de 2015 analizó el párrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario y señaló que el régimen especial fue establecido para las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que desarrollan proyectos de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos, pues son contribuyentes que requieren de un alto nivel de endeudamiento.

Además, sostuvo que las excepciones en materia tributaria deben ser analizadas de forma restrictiva, como lo indicó la Sentencia C-029 de 2019 y la Sentencia C-602 de 2015.

Indicó que el Oficio Nro. 056282 de 2014, proferido por la DIAN, ha sido reiterado en otras ocasiones y consideró que el legislador estableció como condición para no aplicar la regla de subcapitalización a la financiación de proyectos de infraestructura que éstos estén a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.

Afirmó que las normas de subcapitalización fueron introducidas por recomendación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE) con un enfoque objetivo, que implica comparar los fondos propios con el endeudamiento externo y, así, rechazar la deducibilidad fiscal de los intereses que se generen por encima del límite del pasivo externo.

Manifestó que la Sentencia C-665 de 2014 declaró exequible el artículo 109 de la

⁴ SAMAI. Índice 21. PDF de la oposición a la demanda. Página 6.



Ley 1607 de 2012, que adicionó el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, y destacó la finalidad de limitar la deducibilidad de los intereses para evitar el endeudamiento excesivo que disminuya el capital como maniobra elusiva para reducir la carga fiscal.

Sostuvo que en la exposición de motivos del proyecto de ley que finalizó con la Ley 1943 de 2018, que fue declarada inexecutable y luego reproducida en el artículo 63 de la Ley 2010 de 2019, se indicó que el control fiscal de los costos por préstamos se realizaría mediante las reglas de subcapitalización.

Así las cosas, a juicio de la entidad demandada, la excepción planteada en el parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario opera para las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.

Reiteró que el acto acusado realizó una interpretación literal de la ley, de tal modo que no desconoció el artículo 338 de la Constitución, pues los elementos del tributo fueron determinados por el legislador.

Indicó que una interpretación contraria a la dispuesta en el acto acusado extendería la aplicación de la excepción a sujetos que no fueron contemplados por la norma, que es lo que pretende la demandante, con lo cual sí se desconocería los principios de legalidad y de reserva de ley.

Destacó que dentro de los varios mecanismos de financiación posible para proyectos de infraestructura están los vehículos de propósito especial, que puede ser una sociedad comercial o una fiducia mercantil, cuya finalidad es que los financiadores del proyecto obtengan el servicio de la deuda atendiendo los flujos futuros que genere el proyecto cuando se convierta en una obra en operación.

Afirmó que el Decreto 1625 de 2016 definió la estructura de servicios públicos y la infraestructura de transporte, con base en lo cual también se concluye que el parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario solo es aplicable a los vehículos de propósito especial encargados de desarrollar, ejecutar, administrar y operar el proyecto para el cual fue creado y que realiza el pago de intereses por el endeudamiento generado para desarrollar el proyecto de infraestructura.

Alegatos de conclusión

La demandante reiteró lo expuesto en la demanda y, además, indicó que: *i)* el hecho de que no se accediera a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado no impide que prosperen las pretensiones de la demanda, *ii)* la excepción a la regla de subcapitalización analizada en este litigio tiene como propósito retirar los límites generales de la deducción de intereses para financiar los proyectos de infraestructura de transporte y de infraestructura de servicios públicos, *iii)* la demanda no propone una interpretación extensiva de un beneficio tributario, sino la correcta determinación de los sujetos que pueden beneficiarse de ella, y *iv)* señaló que el parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario prevé que la excepción es aplicable para los proyectos de infraestructura, sin limitarlo a ningún sujeto de la cadena de créditos.

La DIAN reiteró lo expuesto en la oposición a la demanda y manifestó que la extensión de la excepción a la regla de subcapitalización a todos los niveles de la cadena de créditos permitiría la elusión en el pago de impuestos, lo que precisamente quiso evitar el legislador.



Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir sobre la legalidad del Oficio Nro. 100208221-1108 del 22 de julio de 2021 proferido por la DIAN, según el cual la excepción de la regla de subcapitalización contenida en el parágrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario solo es aplicable a las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que pagan los intereses a su vinculado económico por el endeudamiento generado para financiar el proyecto de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos.

Según la demandante, el oficio acusado es ilegal porque desconoce las interpretaciones literal y teleológica del artículo 118-1 del Estatuto Tributario, pues según estos criterios debe entenderse que la excepción a la regla de subcapitalización del parágrafo 5° aplica para la financiación mediante deuda con vinculados económicos de proyectos de infraestructura de transporte o de servicios públicos a cargo de vehículos de propósito especial, sin limitarse a un sujeto en particular, solo al objeto y destino de los recursos. En consecuencia, a su juicio, procede la excepción en todos los niveles de la cadena de créditos entre vinculados económicos, y no solo para el vehículo de propósito especial que ejecuta el proyecto, siempre que los recursos hayan sido destinados a la financiación de los proyectos indicados por el legislador.

Además, la actora sostuvo que lo favorable u odioso de la disposición no debe tomarse en cuenta para restringir su interpretación, y descartar la aplicación de la excepción a la regla de subcapitalización a todos los niveles de la cadena de préstamos entre vinculados económicos.

Finalmente, la demandante indicó que la interpretación de la autoridad tributaria, contenida en el concepto acusado, también supone la violación de los principios de legalidad y de reserva de ley.

En contraposición, la DIAN manifestó que la interpretación contenida en el acto acusado se ajusta a lo previsto en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, pues la excepción solo fue establecida por el legislador en favor de la sociedad, entidad o vehículo de propósito especial que ejecuta el proyecto de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos. De igual manera, indicó que, comoquiera que se trata de un beneficio tributario, debe realizarse una interpretación restrictiva, de tal forma que el entendimiento de la norma propuesto por la demandante es la que amenaza con desconocer los criterios fijados por la ley.

Para decidir los cargos de nulidad propuestos, debe tenerse en cuenta que el artículo 118-1 del Estatuto Tributario y el parágrafo 5° de dicha norma, modificado por el artículo 63 de la Ley 2010 de 2019 (norma vigente para el momento en que fue proferido el acto acusado), establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 118-1. SUBCAPITALIZACIÓN. *Son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la ley, los intereses por deudas durante el respectivo período gravable.*



Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción, cuando las deudas que generan intereses sean contraídas, directa o indirectamente, a favor de vinculados económicos nacionales o extranjeros, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo podrán deducir los intereses generados con ocasión de tales deudas en cuanto el monto total promedio de las mismas, durante el correspondiente año gravable, no exceda el resultado de multiplicar por dos (2) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

En virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, no será deducible la proporción de los intereses que exceda el límite a que se refiere este artículo.

PARÁGRAFO 1o. *En los demás casos, para efectos de la deducción de los intereses, el contribuyente deberá estar en capacidad de demostrar a la DIAN, mediante certificación de la entidad residente o no residente que obre como acreedora, que se entenderá prestada bajo la gravedad de juramento, que el crédito o los créditos no corresponden a operaciones de endeudamiento con entidades vinculadas mediante un aval, back-to-back, o cualquier otra operación en la que sustancialmente dichas vinculadas actúen como acreedoras. Las entidades del exterior o que se encuentren en el país que cohonesten cualquier operación que pretenda encubrir el acreedor real serán responsables solidarias con el deudor de la operación de crédito en relación con los mayores impuestos, sanciones e intereses a los que haya lugar con motivo del desconocimiento de la operación, sin perjuicio de las sanciones penales a que pueda haber lugar.*

PARÁGRAFO 2o. *Las deudas que se tendrán en cuenta para efectos del cálculo de la proporción a la que se refiere el inciso segundo son las deudas que generen intereses e incluyen aquellas que se hayan contraído con vinculados económicos por conducto de intermediarios no vinculados del exterior o que se encuentren en el país.*

PARÁGRAFO 3o. *Lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo y en los párrafos primero y segundo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni a los que realicen actividades de factoring, en los términos del Decreto 2669 de 2012, y siempre y cuando las actividades de la compañía de factoring no sean prestadas en más de un 50% a compañías con vinculación económica, en los términos del artículo 260-1 del Estatuto Tributario.*

PARÁGRAFO 4o. *Lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo y en los párrafos primero y segundo no se aplicará a las personas naturales o jurídicas, contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que desarrollen empresas en periodo improductivo. Para estos efectos, se tendrán en cuenta las disposiciones consagradas en los artículos 1.2.1.19.6 al 1.2.1.19.14 del Decreto 1625 de 2016 o las disposiciones que los modifiquen o sustituyan.*

PARÁGRAFO 5o. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos de financiación de proyectos de infraestructura de transporte, ni a la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial»* (subraya la Sala).

Como se observa, el segundo inciso del artículo 118-1 del Estatuto Tributario establece un límite cuantitativo a la deducibilidad de los intereses pagados por deudas directas e indirectas entre vinculados económicos. En efecto, dicha norma dispone que no procede la detracción del impuesto sobre la renta y complementarios, de los intereses pagados por créditos contraídos, de forma directa o indirecta, con vinculados económicos cuando el valor total promedio de las deudas del periodo gravado exceda dos veces el patrimonio líquido del contribuyente determinado al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Ahora bien, el párrafo 5° establece una excepción a la regla de subcapitalización que constituye un beneficio tributario, esto es un tratamiento más favorable al de la regla general, para los casos en que sea financiado un proyecto de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos a cargo de vehículos de



propósito especial, pues en estos eventos no es aplicable el límite cuantitativo a las deducciones de intereses por créditos contraídos con vinculados económicos.

En cuanto al beneficio fiscal, la excepción descrita debe ser interpretada en el sentido de que solo pueden ser favorecidos los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta y complementarios que se subsuman en la hipótesis prevista por el legislador.

Teniendo esto presente, se destaca que la norma bajo estudio no establece que la excepción a la regla de subcapitalización sea aplicable a todos los casos de financiación de proyectos de infraestructura de transporte o de servicios públicos, sino solo en aquellos casos en que dicho proyecto esté a cargo por una sociedad, entidad o vehículo de propósito especial.

Esta exigencia de la ley es importante porque significa que únicamente los sujetos determinados por el legislador pueden acceder al beneficio fiscal. En efecto, si la ley extendiera la excepción a todos los niveles de la cadena de créditos entre vinculados económicos, como lo asegura la actora, habría bastado con establecer que lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 118-1 no es aplicable en los casos de financiación de proyectos de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos. Empero, el legislador optó por precisar que la excepción opera «*siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial*», lo que claramente denota que el beneficio tributario solo fue previsto para estos sujetos pasivos.

Debe tenerse en cuenta que la excepción a la subcapitalización está contemplada de manera específica para la financiación de los proyectos de infraestructura (servicios públicos y transporte) a cargo de los vehículos de propósito especial, sin incluir dentro de ese supuesto las financiaciones indirectas, lo que sí fue precisado cuando se estableció la limitante de la deducción sobre las deudas directas e indirectas entre vinculados económicos.

Así, lo previsto en el párrafo 5° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario permite concluir que el legislador determinó los beneficiarios de la excepción a la regla de subcapitalización analizada, que son: las sociedades, las entidades y los vehículos de propósito especial que tienen a su cargo los proyectos de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos.

En consecuencia, atendiendo a la regulación prevista en la norma, resulta razonable y válido que la DIAN concluyera, en el concepto acusado, que la excepción a la regla de subcapitalización solo es aplicable a los sujetos identificados por el legislador (sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que tienen a su cargo el proyecto) y, por lo tanto, que no es extensible a los demás niveles de la cadena de créditos entre vinculados económicos.

De igual manera, al auscultar la intención del legislador, se observa que el artículo 118-1 del Estatuto Tributario determina con precisión cuáles son los sujetos pasivos que pueden favorecerse de las excepciones a la regla de subcapitalización. Así, el párrafo 3° señaló una primera excepción para «*los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni a los que realicen actividades de factoring*»; mientras que en el párrafo 4° dispuso otra excepción para «*las personas naturales o jurídicas, contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que desarrollen empresas en periodo improductivo*». Lo que en contraste a la excepción prevista en el artículo 5° «*financiación de proyectos*



de infraestructura de transporte, ni a la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial», lleva a considerar que la finalidad de la ley, fue establecer las excepciones a la regla de subcapitalización en función del sujeto, identificándolo con precisión.

De otro lado, para examinar la intención expresada por el legislador en los antecedentes de la norma interpretada, debe tenerse presente que el artículo 118-1 del Estatuto Tributario fue originalmente adicionado por el artículo 109 de la Ley 1607 de 2012⁵, dentro del capítulo «normas antievasión», estableciendo la regla de subcapitalización sobre todos los contribuyentes del impuesto de renta, salvo ciertas excepciones, entre las que se contemplaba la analizada en esta providencia. En la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional destacó lo siguiente:

«Con el objetivo de limitar las deducciones por pago de intereses a compañías vinculadas, por recomendación de la OCDE, se introducen a finales de los años 80, por primera vez, las reglas de subcapitalización. La filosofía que justifica las normas de subcapitalización consiste en incentivar la financiación de las empresas con capital en lugar de deuda, promoviendo así la solidez y liquidez de las empresas frente a terceros y limitando el costo fiscal de las deducciones por pago de intereses. Este tipo de normas tiende a crear, además, una mayor neutralidad frente a las opciones de capitalización de las empresas, que generalmente tienen el sesgo que favorece a la deuda sobre el capital, en razón de la deducibilidad de los intereses.

En Colombia existe el sesgo de la deducibilidad de los intereses frente a la no deducibilidad de los dividendos, por lo cual las empresas tienden a financiar la mayor parte de sus proyectos a través del crédito. Esto ocurre frecuentemente a través del uso de créditos subordinados con los socios o de colaterales prestados por partes vinculadas en el extranjero. Así, los socios reciben el retorno de la inversión a manera de intereses deducibles en Colombia, reduciendo a su vez el patrimonio de la empresa para fines fiscales»⁶ (subraya la Sala).

Luego del primer debate, el Congreso de la República precisó que:

«En la actualidad muchas personas jurídicas y entidades prefieren financiar sus operaciones mediante créditos (en muchas ocasiones otorgados por sus socios, accionistas o partes vinculadas), y no mediante capital, debido al carácter deducible que tienen los intereses generados con ocasión de dichos créditos. Así las cosas, el actual tratamiento tributario de intereses ha contribuido a la no capitalización de las personas jurídicas y entidades, lo que además de afectar la prenda general de los acreedores de dichas personas jurídicas y entidades, ha erosionado la base de tributación del impuesto sobre la renta, sobre todo cuando los acreedores son sociedades o entidades extranjeras, o personas residentes en el exterior, según el caso»⁷.

De acuerdo con lo anterior, la creación de la regla de subcapitalización en la Ley 1607 de 2012 respondió a dos objetivos del legislador: i) evitar la elusión fiscal, pues este tipo de normas tiende a crear una mayor neutralidad en las opciones de capitalización de las empresas, porque ante la deducibilidad de los intereses, las empresas prefieren financiar sus operaciones mediante créditos, y ii) fortalecer el patrimonio y la liquidez de las empresas, ya que esta medida propende por la financiación mediante la capitalización, reduciendo los niveles de deuda. Así lo

⁵ En esta norma la regla de subcapitalización estaba dispuesta sobre todos los contribuyentes del impuesto de renta, así: «Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable no exceda el resultado de multiplicar por tres (3) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior».

⁶ Gaceta del Congreso Nro. 666 del 5 de octubre de 2012.

⁷ Gaceta del Congreso Nro. 829 del 22 de noviembre de 2012.



reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-622 de 2015 que, al analizar los antecedentes de la Ley 1607 de 2012, concluyó lo siguiente:

«Tal como se expresó durante el trámite de aprobación parlamentaria, la medida no solo responde a este propósito antielusorio, sino también a la necesidad de promover la capitalización de las empresas, para impulsar su solidez patrimonial, y evitar que por vía del endeudamiento se ponga en riesgo el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por terceros, al no existir un respaldo patrimonial de las obligaciones».

Ahora bien, como se indicó, en el artículo 109 de la Ley 1607 de 2012 se estableció una excepción a la regla de subcapitalización en el parágrafo 4° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario, que es similar a la actualmente vigente en el parágrafo 5° *ibidem*, así:

«ARTÍCULO 109. Adiciónese el artículo 118-1 al Estatuto Tributario:

Artículo 118-1. Subcapitalización. (...)

PARÁGRAFO 4o. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos de financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial» (subraya la Sala).

La Sala evidencia que en los antecedentes legislativos no se expusieron los fundamentos por los cuales fue creada la excepción a la regla de subcapitalización transcrita. No obstante, esta norma fue declarada exequible por la Sentencia C-622 de 2015 porque concluyó que es acorde con la finalidad general del legislador al crear la regla de subcapitalización, para lo cual expuso las siguientes consideraciones:

«6.4.2. En segundo lugar, el parágrafo 4° del artículo 109 de la Ley 1607 de 2012 establece una excepción para las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial encargados de la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos.

Esta excepción es plenamente consistente con la circunstancia de que la infraestructura de servicios públicos requiere unos altos niveles de inversión que en condiciones regulares solo pueden materializarse mediante el endeudamiento. En efecto, la limitación a la deducibilidad de los intereses responde a la necesidad de evitar que el endeudamiento de los contribuyentes sea utilizado con fines elusivos, así como al propósito de promover la capitalización de las empresas. Sin embargo, la imposición del límite a la deducibilidad de los intereses no es funcional a estos propósitos en el escenario económico propuesto: de una parte, la realidad de la dinámica económica en este sector permite presumir razonablemente que el endeudamiento no es solo una opción de los contribuyentes sino una necesidad ineludible, por lo que el efecto probable de la limitación legal a la deducibilidad de los intereses sería, no la financiación de los proyectos de infraestructura por vía de la capitalización, sino el encarecimiento de las deudas por su alto costo fiscal; adicionalmente, como las particularidades del sector también permiten presumir razonablemente que la financiación por vía del endeudamiento no responde a fines elusivos, la imposición de la medida en esta hipótesis podría resultar superflua.

Así las cosas, la Corte encuentra que la excepción legal tiene fundamento en las especificidades constitucionalmente relevantes de los contribuyentes que son objeto del beneficio cuestionado, y que existe una relación de conexidad directa y estrecha entre estas particularidades, y la salvedad legal. Y en atención a estas diferencias empíricas, se descarta la violación de los principios de igualdad y equidad tributaria» (subraya la Sala).

De acuerdo con lo transcrito, la Corte Constitucional señaló, ante una norma similar a la actual, que la excepción a la regla de subcapitalización favorece a las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que tienen a su cargo proyectos de infraestructura de servicios, de tal modo que la sentencia analizada no contempla la extensión de dicho beneficio a otros sujetos.



Además, se evidencia que la Corte justificó la exequibilidad del entonces vigente parágrafo 4° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario en que los propósitos de la regla de subcapitalización no se cumplen ante las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que tienen a su cargo proyectos de infraestructura de servicios públicos porque la realidad económica del sector permite presumir que el endeudamiento es una necesidad ineludible en la ejecución de dichos proyectos, de tal modo que *i)* no se lograría la financiación del proyecto por capitalización y *ii)* la medida resulta superflua de cara a la elusión en el pago de impuestos.

Ahora, la regla de subcapitalización contenida en la Ley 1607 de 2012 fue modificada por el artículo 55 de la Ley 1943 de 2018. En dicha norma, el legislador conservó únicamente la regla de subcapitalización para las deudas con vinculados económicos, *«de manera que no se siga castigando el endeudamiento real que puedan necesitar las empresas para su fortalecimiento. En todo caso, en el caso del endeudamiento con entidades vinculadas se establecen límites a su deducibilidad, como una medida antielusiva que las disuade de sustituir capital por deuda más allá de ciertos límites»*⁸.

La Ley 1943 de 2018 fue declarada inconstitucional por la Sentencia C-481 de 2019 por motivos de forma. Sin embargo, fue replicada por el artículo 63 de la Ley 2010 de 2019, sin que el legislador expusiera alguna nueva motivación al respecto.

Sin embargo, en palabras de la Sentencia C-622 de 2015, la excepción a la regla de subcapitalización en los casos de financiación de proyectos de infraestructura de transporte y de infraestructura de servicios públicos que desarrollan los vehículos de propósito especial atiende esta finalidad del legislador porque las características de estos sectores económicos permiten concluir que *«el endeudamiento no es solo una opción de los contribuyentes sino una necesidad ineludible»* y que, comoquiera que *«la financiación por vía del endeudamiento no responde a fines elusivos, la imposición de la medida en esta hipótesis podría resultar superflua»*.

Así, para la Sala, la necesidad ineludible que tiene la sociedad, entidad o vehículo de propósito especial de endeudarse para financiar el proyecto no es predicable para otras empresas que pertenezcan al mismo grupo económico y que actúan como simples intermediarios del crédito o del capital con el vehículo de propósito especial que ejecuta el proyecto, lo que impediría extender el beneficio fiscal a los demás niveles de la cadena de créditos entre vinculados económicos.

En efecto, las características especiales de los sectores del transporte y de los servicios públicos no se presentan en los demás niveles de la cadena de créditos entre vinculados económicos, al menos en las condiciones expuestas por la actora en su demanda. Esto es así porque la subordinada que recibe el préstamo de la matriz y le otorga el crédito al vehículo de propósito especial únicamente actúa como una intermediaria financiera, de tal forma que su actividad no está expuesta a las características especiales de los sectores económicos del transporte y de los servicios públicos a los que alude la Corte Constitucional. Caso distinto al del vehículo de propósito especial que ejecuta el proyecto de infraestructura y que, atendiendo la jurisprudencia, requiere de la deuda para poder adelantar el proyecto de infraestructura.

Si bien resulta clara la necesidad de la financiación de los proyectos de infraestructura de transporte, este hecho en sí mismo no significa que el beneficio tributario previsto por el legislador sea extensible a todos los niveles de la cadena

⁸ Gaceta del Congreso Nro. 1047 del 28 de noviembre de 2018.



de préstamos entre vinculados económicos, pues las subordinadas que actúan como simples intermediarios de los créditos no están expuestos a los mismos mercados y circunstancias que la sociedad, entidad o vehículo de propósito especial que ejecuta el proyecto de infraestructura.

En este orden, resultaba razonable y válido que la DIAN concluyera que la excepción allí prevista para la regla de subcapitalización solo favorece a las sociedades, entidades y vehículos de propósito especial que tienen a su cargo el proyecto de infraestructura de transporte o de infraestructura de servicios públicos, y que dicho beneficio fiscal no es aplicable a los demás niveles de la cadena de créditos entre vinculados económicos.

Comoquiera que el acto acusado contiene una interpretación adecuada del artículo 118-1 del Estatuto Tributario, para la Sala tampoco está probado que la entidad demandada haya desconocido los artículos 150 y 338 de la Constitución Política, pues no se observa que la demandada haya usurpado competencias del Congreso de la República con relación a la creación y reglamentación de los tributos.

En este orden, la Sala negará las pretensiones de la demanda. Además, no impondrá condena en costas porque en el proceso de la referencia se ventiló un asunto de interés público, según lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, **el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **Negar** las pretensiones de la demanda.
2. Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen. **Cúmplase**.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO