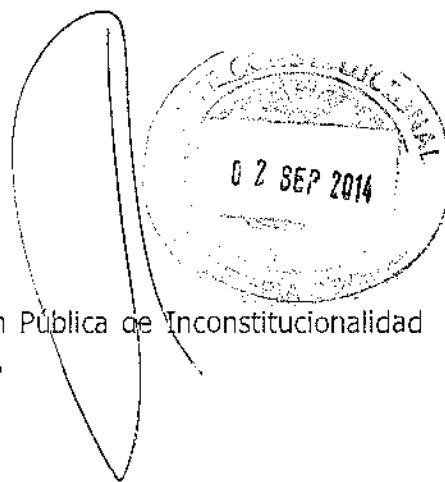


Honorable Magistrado
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.



Referencia: Escrito de subsanación de la Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el artículo 109 de la ley 1607.

Expediente: D-10392

Respetado Magistrado

CAMILO CORTÉS GUARÍN, ciudadano colombiano identificado con la cédula de ciudadanía número 80.413.850 de Usaquén y **JULIÁN NIÑO MEJÍA**, ciudadano colombiano identificado con la cédula de ciudadanía número 1.000.943.178 de Bogotá, con domicilio en la misma ciudad, también vecino de Bogotá; ambos en nuestra calidad de ciudadanos colombianos DEMANDANTES en la acción de inconstitucionalidad de la referencia, nos dirigimos a usted respetuosa y oportunamente para presentar el **ESCRITO DE SUBSANACIÓN** del texto de la demanda, en los términos exigidos por el Auto de fecha 26 de agosto de 2014, notificado el día 28 de agosto del mismo año. Así, nos permitimos presentar:

SUBSANACIÓN DEL CONCEPTO Y DE LOS FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

1. Subsanación frente a la vulneración del Principio de Certeza tributaria

- 1.1.** El auto de inadmisión establece, referido al Principio de Certeza tributaria, como primera deficiencia de la demanda:

"(i) las acusaciones parten de un entendimiento del principio de certeza que no corresponde a la exigencia constitucional; en efecto, los peticionarios consideran que en materia tributaria, el contenido de las disposiciones debe ser completamente determinado, y que no puede existir ningún grado de incertidumbre sobre su alcance; no obstante, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que este requerimiento apunta más a bien a que con fundamento en los protocolos ordinarios de interpretación, el contenido de las disposiciones debe ser claramente determinable en esta materia."

- 1.1.1.** El Principio de legalidad y de reserva de ley del tributo consagrado en el artículo 338 constitucional es una garantía para el contribuyente y en general para el Estado, pues otorga legitimidad a su tarea fiscal a través de la representación directa y por ende permite que el ente estatal, a través del legislativo, se encuentre facultado para fijar los elementos básicos del tributo.
- 1.1.2.** Por su parte, el Principio de Certeza -derivado del Principio constitucional de legalidad y reserva de ley del tributo- al erigirse como una garantía para el contribuyente, impone la obligación al Estado de que dicha determinación de los elementos que integran el tributo, sea cumplida de manera clara, específica y precisa.
- 1.1.3.** En este sentido, esa honorable corporación en sentencia C-594 de 2010, delimitó este principio al afirmar que:

Del principio de legalidad tributaria se deriva el de certeza del tributo, conforme al cual no basta con que sean los órganos colegiados de representación popular los que fijen directamente los elementos del tributo, sino que es necesario que al hacerlo determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de esos componentes esenciales. Esta exigencia adquiere relevancia a la hora de dar aplicación y cumplimiento a las disposiciones que fijan los gravámenes, pues su inobservancia puede dar lugar a diversas situaciones nocivas para la disciplina tributaria como son la generación de inseguridad jurídica; propiciar los abusos impositivos de los gobernantes; o el fomento de la evasión "pues los contribuyentes obligados a pagar los impuestos no podrían hacerlo, lo que repercute gravemente en las finanzas públicas y, por ende, en el cumplimiento de los fines del Estado. (Subrayado por fuera del texto original de la sentencia)

- 1.1.4. De igual manera, en sentencia C-913 de 2011 se recalcó la importancia del mismo y se reiteró la manera en que éste podía verse desconocido o vulnerado, al fallarse que:

En virtud del principio de certeza, la norma que establece el tributo debe fijar con claridad y de manera inequívoca los distintos elementos que lo integran, esto es, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los tributos; exigencia que solo admite como excepción, la posibilidad de que la ley permita a las autoridades administrativas fijar la tarifa de las tasas y contribuciones, siempre y cuando en los mismos actos se haya previsto el sistema y el método para establecer los costos y los beneficios de los que depende la tarifa. En torno a este principio, ha explicado la Corte que el mismo se desconoce cuando la ley, al llevar a cabo la descripción del tributo, incorpora elementos particularmente vagos u oscuros, que hacen imposible determinar su verdadero alcance. (Subrayas propias de los actores)

- 1.1.5. De esta manera, la jurisprudencia de esta corporación ha establecido que se violenta el Principio de Certeza cuando la descripción normativa incluye elementos vagos u oscuros, sin que sea posible su determinación.
- 1.1.6. Los actores no consideramos que la norma tributaria deba tener completamente definidos todos sus elementos, pero –como afirma el mismo magistrado sustanciador– es necesario que sí existan en la norma elementos que permitan la determinación de los conceptos de los cuales podría predicarse una oscuridad o vaguedad latentes que le impidan al contribuyente la liquidación del tributo.
- 1.1.7. Al respecto, si bien la honorable Corte ha establecido que dicha incertidumbre puede verse superada con criterios generales de interpretación, consideramos que en el presente caso dicho recurso no es suficiente, pues no garantizaría al contribuyente de ninguna manera una unicidad de conceptos.
- 1.1.8. Así las cosas, frente a esta primera deficiencia resuelta por el honorable magistrado sustanciador, consideramos los actores que es menester ampliar nuestra posición. Si bien consideramos que hay una vulneración del Principio de Certeza en materia tributaria, no es porque no se establezcan completamente los elementos del tributo, sino porque la delimitación de los mismos (específicamente la determinación de la base gravable traída con la inclusión de las "deudas") no es susceptible de ser determinable por los protocolos tradicionales de interpretación, lo cual a nuestro parecer, torna en insuperable la incertidumbre y tacha de inconstitucional la norma acusada.
- 1.1.9. En sentencia C-594 de 2010, esta Corporación estableció que:

*Según la jurisprudencia constitucional, el principio de certeza tributaria se vulnera no solamente con la omisión en la determinación de los elementos esenciales del tributo, sino también cuando en su definición se acude a expresiones ambiguas o confusas. No obstante, ha precisado esta corporación, que en tales eventos, la declaratoria de inexecutable solo es posible cuando la falta de claridad sea insuperable, es decir, cuando no sea posible establecer el sentido y alcance de las disposiciones, de conformidad con las reglas generales de hermenéutica jurídica. Sobre las dificultades interpretativas que pueden dar lugar a la declaración de inexecutable de las normas tributarias por falta de claridad de las mismas, la Corte puntualizó: "Las leyes tributarias, como cualesquiera otras, pueden suscitar variados problemas interpretativos en el momento de su ejecución y aplicación, lo cual no puede de suyo acarrear su inexecutable. **Sin embargo, si éstos se tornan irresolubles, por la oscuridad invencible del texto legal que no hace posible encontrar una interpretación razonable sobre cuáles puedan en definitiva ser los elementos esenciales del tributo, se impone concluir que los mismos no fueron fijados y que, en consecuencia, la norma vulnera la Constitución.** Toda persona está obligada a pagar los tributos que la ley le imponga, pero la ley no puede exigirlos si ella no atina a decir - en general - quién lo debe hacer y por qué.*

1.1.10. Así pues, para los actores, la inconstitucionalidad de la norma en virtud de su incertidumbre se genera no sólo por su indeterminación, sino por su indeterminabilidad. En el siguiente punto (1.2.) abordaremos el caso particular del concepto "deuda" y el porqué de la imposibilidad en su determinabilidad.

1.2. Siguiendo con el punto anterior, el auto inadmisión mencionó como segunda deficiencia relacionada con el Principio de Certeza Tributaria que:

"(ii) Los peticionarios indican que la expresión "deudas" no tiene un contenido claro, pero no señalan en qué consiste su indeterminación ni las razones por las que la misma es insuperable a partir de los criterios de interpretación en esta materia"

1.2.1. Es menester afirmar que la norma se refiere a la expresión "deudas", pero en la normativa tributaria no existe una definición clara y específica de lo que este término significa.

1.2.2. La indeterminación se basa principalmente en que el término "Deuda" puede entenderse de diferentes maneras, y según el criterio de interpretación que se utilice, el mismo supondrá una definición diferente, caso que supone una clara diferencia entre dos criterios de interpretación: La literal o exegética y la histórica o teleológica.

1.2.3. En cuanto a los antecedentes, en la Gaceta del Congreso No. 666 de 5 de octubre de 2012, Proyecto de Ley No. 166 de 2012 Cámara, se lee:

"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.

En la región se ha identificado la proporción de 3-1 como una razón adecuada de deuda frente a capital, en la medida en que permite a la empresa endeudarse hasta por el triple del monto del capital. En este sentido, cualquier deuda con vinculados económicos que exceda dicha proporción se considerará excesiva y dará lugar a la recalificación de los intereses como dividendos para fines fiscales, rechazando así la deducibilidad de todo pago relacionado con la deuda excesiva." (Resaltado y negrillas nuestras)

- 1.2.4. En la Gaceta del Congreso No. 829 de 22 de noviembre de 2012, Cámara de Representantes - Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No.166 Cámara, No. 134 del Senado, se establece:

"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 los 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."

- 1.2.5. Al respecto, es importante resaltar cómo el fundamento o justificación de la disposición que utilizó el legislador no corresponde con el texto finalmente aprobado, lo cual implica que las interpretaciones literales distan totalmente de las interpretaciones históricas o teleológicas.
- 1.2.6. Por un lado, una interpretación literal lleva a la conclusión que, independientemente de la calidad del acreedor, todas las deudas quedan sujetas a la limitación ordenada en la Ley.
- 1.2.7. Por otro lado, una interpretación teleológica, basada en los antecedentes legislativos, lleva a la conclusión que la restricción sólo aplica a las deudas cuyo acreedor sea un vinculado económico, caso en el cual es real el sesgo mencionado por el legislador sobre la tendencia a fondear las operaciones con endeudamiento, dando lugar a gasto financiero deducible, y no con capital, que origina el pago de dividendos no deducibles. Si el acreedor no es un vinculado, en estricto sentido jurídico el mencionado sesgo no existe, dado que el beneficiario del pago no es el mismo (accionista en el caso de dividendo y el tercero en caso de gasto financiero) lo que hace que se desaparezca cualquier parámetro de comparación como mecanismo de optimización fiscal.
- 1.2.8. Al respecto, resulta fundamental traer a colación el razonamiento de la Dra. Claudia Esperanza Rodríguez, presentado en la comunicación técnica presentada en las Jornadas de Derecho Tributario del Instituto Colombiano de



Derecho Tributario del año 2014, con las siguientes y acertadas palabras, que los actores se permiten transcribir:

"La distancia entre las dos interpretaciones parece obedecer al hecho de que el legislador, en el afán de evitar que la norma terminara desarticulada por la interposición de terceros en la operación de endeudamiento para "disfrazar" la vinculación, optó por no limitar la aplicación de la norma a vinculados económicos. Desconoció el legislador que existen técnicas normativas para generar el efecto pretendido, tales como las presunciones. En este punto debe indicarse que, en otras legislaciones, se incorporan presunciones de vinculación en ciertos casos (calificando las condiciones del acreedor), en cuyo caso el contribuyente deudor tiene la carga de probar que no se está ante una subcapitalización formal sino material (carencia real y efectiva de recursos que obliga ciertamente a recurrir a fuentes externas de financiación).

Este análisis tiene por fin señalar que, en condiciones normales, el debate no se debería centrar en definir el término "deuda", (...) sino en establecer (i) si el acreedor es un vinculado o (ii) si se está en presencia de una subcapitalización formal. Al haber cercenado el legislador el debate natural propio de las normas de subcapitalización, sometiendo todas las "deudas" a esta regla, es necesario establecer si se puede morigerar el alcance de la norma a través del alcance de la expresión "deuda".

Al acudir al sentido natural y obvio de la expresión e, incluso, apoyándose en otras áreas del conocimiento jurídico, se concluye que la expresión "deuda" es omnicomprendensiva de todas aquellas prestaciones a cargo de un sujeto denominado deudor (art. 1608 del Código Civil) y cubre todos los saldos de naturaleza crédito que impliquen un comportamiento activo de pago respecto de un tercero. Bajo este sistema interpretativo, toda operación que origine una contraprestación tasada en dinero, que deba contabilizarse como un crédito a cargo del contribuyente, quedaría sujeta a la norma de subcapitalización. No sería relevante el plazo o exigibilidad, ni el origen de la deuda o el carácter del acreedor.

Ahora bien, al consultar otras disposiciones que utilizan la misma expresión y la jurisprudencia sobre la materia, se observa que ni el legislador ni los jueces han identificado la expresión "deuda" con "operación de mutuo o préstamo", entendiendo que éste último es una especie de la deuda.

En efecto, en el caso de los intereses presuntivos (art. 35 ET), la norma se refiere expresamente a "deudas por préstamos de dinero". Dentro de tal tenor, cuando la DIAN pretendió que se reconocieran intereses presuntivos sobre todo tipo de saldo crédito, el Consejo de Estado señaló que tal interpretación era errada porque la norma se refería estrictamente a las deudas por "préstamos de dinero"; es decir, por operaciones de mutuo (Sentencia de noviembre 3 de 2011, exp.17348).

A su turno, en los artículos 145 y 146 del Estatuto Tributario se utiliza la expresión "deuda" como sinónimo de cuenta por cobrar; sin embargo, en el desarrollo de la norma se restringe el alcance al condicionar el tratamiento allí previsto a deudas originadas en "operaciones productoras de renta".

Todo lo anterior, lleva a la conclusión que bajo el método tradicional de interpretación conforme al texto literal no es posible deducir que la norma de subcapitalización sólo es aplicable a operaciones de mutuo o préstamo de dinero."

1.2.9. Así, de resultar que –producto de una interpretación literal- la acepción “deuda” se refiere a su concepto genérico (en la RAE se establece que corresponde a “Obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo, por lo común dinero.”) éste sería increíblemente contrario al concepto resultante de un análisis teleológico e histórico (presente en los motivos expuestos anteriormente), referente a que “deudas” se refiere a aquellas obligaciones “con vinculados económicos” y no con cualquier tercero. Es evidente que desde el momento de concepción de la ley, la norma fue concebida –como afirma la exposición de motivos- para evitar la elusión de las personas vinculadas, a través de la deducibilidad de los montos correspondientes a intereses generados por “deudas” con vinculados económicos y no para todas las personas en general, ni mucho menos para financiamientos reales con propósitos de negocio

1.2.10. En este sentido, la incertidumbre resulta insuperable, pues los métodos de interpretación (tales como la literal o exegética y la teleológica o histórica) que estarían encaminados a discernir la incertidumbre presente, resultarían contrarios o abiertamente diferentes, lo que a parecer de los peticionarios, resulta en una confusión insuperable, que –como mínimo- ameritaría una aclaración o una manifestación por parte de la Honorable Corte Constitucional.

1.3. Con relación al tercer aspecto encontrado como deficiencia, se menciona en el auto que:

“(iii) se argumenta que la norma tiene un alcance muy amplio, en tanto no distingue entre nacionales y extranjeros, y en tanto establece como destinatarios del límite al beneficio tributario de la deducción a todos los contribuyentes; sin embargo, la amplitud de la ley es un fenómeno sustancialmente distinto de la ausencia de certeza en su contenido, por lo que se debía explicar por qué tal amplitud implica también la indeterminación normativa alegada”

1.3.1. En este mismo sentido, cabe resaltar que la norma no distingue si las deudas son contraídas con colombianos o extranjeros, cuestión que a su vez no corresponde al propósito antievasión que debería tener la norma, pues en el caso hipotético en el que los créditos sean obtenidos con colombianos, la sociedad o persona que recibe los intereses producto de dicho préstamo (“deuda”) debe tributar por el impuesto sobre la renta en Colombia sobre los mismos, siendo de tal manera un tratamiento inexplicable, teniendo en cuenta que dichos ingresos serán tributados en el país.

1.3.2. Si bien la amplitud de la ley es un fenómeno completamente distinto al de la incertidumbre, resulta visible una relación causal entre ambos conceptos, pues la amplitud resulta en una falta de concreción individual y particular sobre un fenómeno, que en el fondo termina siendo una acepción de la indeterminación.

1.3.3. Así, la amplitud del fenómeno se convierte en una falta de certeza, cuando la misma es tan amplia que cubre cualquier tipo de situación, incluso cuando las mismas resultan ilógicas o incoherentes, como es el caso del tratamiento entre nacionales y extranjeros.

1.3.4. La indeterminación propia de la amplitud, además, resulta de la interpretación sistemática¹ de la norma, pues la misma debe resultar armónica con el resto de disposiciones normativas.

¹ El método sistemático corresponde a la interpretación contextualizada de una disposición dentro de la totalidad racional del ordenamiento jurídico. Así pues, el enunciado normativo debe ser definido conforme al sistema jurídico que él mismo compone. En el Código Civil colombiano, el artículo 30 establece: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”

1.3.5. Al respecto, al existir una tributación por parte del nacional colombiano, a través del impuesto sobre la renta de dichos intereses, resulta un tanto incomprensible que otra norma del ordenamiento parta del hecho de que dichas sumas no son objeto de fiscalización. Así, la amplitud resulta cobijando situaciones que a la luz del ordenamiento se tornan innecesarias o incluso exageradas y en ellas radica su indeterminación, pues resulta inconcebible que en la delimitación de la norma se incluyan presupuestos fácticos abiertamente irrazonables y en esa medida surge la duda en el contribuyente acerca del alcance de la norma y en ella, la indeterminación y la violación del principio de certeza.

1.4. Igualmente, con relación a la violación del Principio de certeza, encuentra el honorable magistrado que:

"(iv) los actores afirman que la disposición contraviene el propósito del legislador de restringir el alcance de la medida a los vinculados económicos, pero tal deficiencia por sí misma no resulta lesiva del principio de certeza, por lo que los peticionarios debían indicar de qué modo esta circunstancia genera alguna incertidumbre en el contenido y alcance de la disposición controvertida"

1.4.1. La argumentación referida a la indeterminación del término "deuda" resulta plenamente aplicable a la situación bajo estudio.

1.4.2. Como se mencionó, la discusión no debería versar en la indeterminación e indeterminabilidad del concepto "deuda", sino en la clarificación de la delimitación para vinculados económicos.

1.4.3. No obstante lo anterior, con base en la oscuridad de la norma y en la clara afrenta a los sistemas normativos internacionales e incluso al espíritu de la norma presente en la motivación de la misma, la pregunta de la delimitación de dicho concepto resulta importante.

1.4.4. Ahora bien, más allá de dicha vaguedad en el concepto de "deuda", el punto fundamental de la incertidumbre del artículo 109 de la ley 1607 de 2012, radica en que no realiza una diferenciación entre vinculados económicos y sujetos que no se encuentran vinculados.

1.4.5. En opinión de los peticionarios dicha ausencia sí constituye por sí misma una ausencia de certeza, pues, como se evidenció en el punto (1.1), el fin de la norma evidenciado en la exposición de motivos de la ley se refería única y exclusivamente a vinculados económicos y por lo tanto, la existencia per se de la discordancia entre lo finalmente aprobado y lo argumentado en la exposición de motivos induce al contribuyente al error y a la confusión, generando así un vacío y una falta de certeza.

1.4.6. Y aunado a lo expresado en la exposición de motivos del Ministerio, la ponencia presentada en primer debate del proyecto de ley N° 166 de 2012 Cámara, 134 de 2012 Senado, expresó en el mismo sentido:

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 los 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, sobretudo cuando los acreedores son sociedades o entidades extranjeras, o personas residentes en el exterior, según el caso."
(Texto resaltado por los actores)

- 1.4.7. Además de lo mencionado anteriormente, para los peticionarios es claro que la falta de certeza es latente, pues como se evidenció en el texto de la demanda, no sólo la exposición de motivos realiza la distinción y la necesidad de control entre "vinculados económicos", sino que además los ordenamientos jurídicos en el mundo que contemplan esta limitación normativa, lo hacen para vinculados económicos. (Punto 3.3.10. de la demanda).

- 1.5. Así mismo, encuentra el magistrado sustanciador que:

"(v) la inconsistencia de la ley con otros preceptos legales, y su reglamentación ulterior, tampoco es constitutiva ni demostrativa de su indeterminación insuperable."

- 1.5.1. Al respecto, si bien la inconsistencia de la ley con otros preceptos legales no es per se constitutiva de una indeterminación *insuperable* definitiva, o al menos prima facie, la misma sí es demostrativa de una incertidumbre real y objetiva, que despierta una duda en los contribuyentes.
- 1.5.2. Así pues, si bien al analizar la constitucionalidad de la norma no es necesario mencionar que contradice otra norma de carácter legal (inferior al constitucional), dicha afirmación sí reafirma lo expresado por los actores en la demanda, en el sentido de que la concepción de la norma es tan vaga, precaria y oscura, que incluso establece reglas diferentes a las expresadas en el artículo 114 de la misma Ley.
- 1.5.3. Si bien la Corte podrá advertir que ambos artículos (tanto el aquí acusado como el 114 mencionado y transcrito en el texto de la demanda) hacen referencia a supuestos de hecho diferentes, en el sentido de que uno hace referencia al régimen de precios de transferencia y el otro a cualquier endeudamiento general; la norma de precios de transferencia trae consigo una regla muy estricta en el sentido de que considera dichas operaciones no como préstamos ni intereses, sino como dividendos y por ende, no son deducibles.
- 1.5.4. De tal suerte que cabría preguntarnos qué pasa con aquellas *deudas* que se encuadren dentro del artículo 109 sub-judice, y que además cumplan con los criterios de comparabilidad del 114. Evidentemente al ser tratados especialmente por el régimen de precios de transferencia, no sería relevante la relación de 3 a 1 establecida en el artículo aquí demandado, sino el límite traído a colación por el 114 de la Ley.
- 1.5.5. Legislaciones en el mundo, tales como la Alemana o la del Reino Unido, han prescindido de normas de subcapitalización, en la medida en que las regulaciones han sido tratadas de manera extensiva y clara a través del régimen de precios de transferencia, pues tratándose de límites a la deducibilidad, ya existen normas que efectivamente tratan el tema, haciendo no sólo innecesario, sino ineficaz el tratamiento a través de otras disposiciones normativas (como es el caso colombiano).
- 1.5.6. Así las cosas, si en el nuevo 260-4 del Estatuto Tributario se establece una regla clara para tratar a los intereses generados por créditos entre vinculados económicos, no se entiende el motivo de establecer una norma específica sobre "subcapitalización" que, por demás, es imprecisa, inequitativa y desigual, toda vez que con lo consagrado en el régimen de precios de transferencia, se logra llegar a la finalidad expuesta en la exposición de motivos.

- 1.5.7. Pero además de lo dicho anteriormente, resulta que la falta de claridad y certeza de la norma no sólo resulta contraria a lo establecido en el artículo 114 de la misma, sino que además resulta particularmente oscura en cuanto a lo establecido en el artículo 121 del Estatuto Tributario. Dicho artículo consagra la deducibilidad de los gastos en el exterior de la manera en que ésta fue abordada en el texto presentado inicialmente.
- 1.5.8. En esta medida, es válido que el contribuyente se pregunte cómo se manejarán en la práctica las deducibilidades concurrentes que contienen el artículo 121 y el artículo 109 de la ley 1607 de 2012, modificatoria del artículo 118-1 del Estatuto Tributario.
- 1.5.9. Resulta a todas luces extraño que, por un lado, el 15% de esos intereses (de acuerdo con el artículo 122 del Estatuto Tributario) sea deducible, pero que de acuerdo con la norma aquí demandada, sólo una parte podría llegar a ser tenida en cuenta. De la oscuridad de la norma surge la pregunta: ¿Aquellos Intereses sobre créditos a corto plazo derivados de la importación o exportación de mercancías o de sobregiros o descubiertos bancarios serán tenidos en cuenta como "deuda" en los términos de la norma acusada?
- 1.5.10. En este sentido es importante recalcar que la norma demandada, al no profundizar en las definiciones y delimitaciones, tampoco establece criterios para el respeto de los derechos de los contribuyentes. Con la redacción del artículo como está, no le es posible al contribuyente invocar algún punto o delimitación en su defensa, para discutir ante la administración la verdadera naturaleza o fin de la *deuda* y por lo tanto la realidad y necesidad de adquirir el crédito cuyos intereses pretenden ser deducidos.
- 1.5.11. Siguiendo con la oscuridad y falta de certeza, el Decreto 2037 del 27 de diciembre de 2013, en virtud del cual se reglamentó el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, tampoco se clarificó qué se entiende por deudas y se limitó a establecer que "el monto total promedio de las *deudas* se determinará de la siguiente manera:...", pero nuevamente la definición de "deuda" —a pesar de ser un concepto reiterado y fundamental dentro de la reglamentación— brilló por su ausencia.
- 1.5.12. En esta medida, es de suma importancia que el contribuyente tenga certeza acerca de la obligación tributaria que existe a su cargo. De ninguna manera puede ser aceptable una definición insuficiente u oscura que de cualquier manera le impida al sujeto pasivo del impuesto conocer la realidad de su situación frente a la administración. En opinión de los demandantes, dicha incertidumbre e inconsistencia con otras disposiciones del mismo cuerpo normativo es una clara demostración de una afrenta al principio bajo estudio y por ende amerita un estudio o un pronunciamiento sobre cuál debería ser la aplicación o interpretación correcta de la misma.
- 1.6. Igualmente, aunque no haya sido objeto de pronunciamiento por parte del Magistrado sustanciador en el auto de inadmisión, y a pesar de que los actores consideren que los argumentos expuestos demuestran suficientemente el panorama incierto de la norma —ameritando así un estudio de constitucionalidad—, es importante recalcar lo que se mencionó en el texto de la demanda frente a la tardanza injustificada en la reglamentación de la materia y la evidente confusión interna de la norma, pues el mismo Gobierno Nacional tardó más de un año en expedir el Decreto reglamentario de la materia y del artículo particular, pero además fue necesaria la expedición de otro Decreto aclaratorio que corrigió el primero, puesto que el contenido del inicialmente proferido contenía errores materiales y jurídicos, precisamente por ser reglamentario de una norma con las falencias señaladas.



- 1.6.1. Así las cosas, el Decreto 3027 de 2013, encargado de reglamentar la norma de subcapitalización consagrada en la ley 1607 de 2012, tan sólo fue expedido hasta el 27 de diciembre de 2013, un poco más de un año después a la promulgación de la ley en comento.
- 1.6.2. Ahora bien, el Decreto reglamentario 3027 de 2013 no sólo demostró –en virtud de su tardía expedición- falta de claridad por parte del Gobierno, sino que también su contenido fue equívoco e incongruente, pues proponía en su artículo tercero, numeral tercero que el denominador para obtener la proporción de intereses no deducibles correspondía al “monto máximo de endeudamiento”, situación que contrariaba lo establecido en el artículo 118-1, el cual se refiere expresamente al “monto total promedio de las deudas”.
- 1.6.3. Así pues, mientras el nuevo artículo 118-1 del Estatuto Tributario afirmaba que *“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.”* El Decreto reglamentario se refería a la expresión “monto máximo de endeudamiento”, de la siguiente manera: *“La proporción de intereses no deducibles se determinará dividiendo el exceso de endeudamiento, determinado en el numeral anterior, por el monto máximo de endeudamiento.”* (Resaltado nuestro).
- 1.6.4. En esta medida y partiendo de la falta de certeza que contenía el artículo y más aún el Decreto Reglamentario, fue necesaria la expedición de un nuevo Decreto modificador que corrigiera el error, y es por eso que el 26 de marzo de 2014 (15 meses después a la promulgación de la ley 1607 de 2012) se expidió el Decreto 627, cambiando de ésta manera el numeral tercero del artículo tercero del Decreto 3027 de 2013 y aceptando el error de falta de precisión y certeza a través de sus considerandos:

“(…) Que el numeral 3 del artículo 3 del Decreto 3027 del 27 de diciembre de 2013 estableció que el denominador de la fórmula para obtenerla proporción de intereses no deducibles sería el monto máximo de endeudamiento; sin embargo, para que esta fórmula guarde conformidad con lo dispuesto en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, el denominador debe ser el monto total promedio de las deudas.”

- 1.7 Los accionantes consideramos que la norma aquí demandada vulnera el principio de certeza tributaria, por cuanto contiene vacíos y oscuridades insuperables y amerita el estudio profundo de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que (i) no incluye definiciones claras de conceptos fundamentales dentro de la misma norma, tales como “deuda” y los criterios de interpretación tradicionales tales como el método literal o exegético y el método histórico o teleológico arrojan conceptos claramente disímiles; (ii) contradice lo establecido en otras normas de la misma ley y genera duda en el contribuyente acerca de cuál debe ser la norma a aplicar en situaciones particulares; (iii) no establece clara ni precisamente quién es el destinatario real y final de la norma, puesto que la exposición de motivos y la realidad normativa en el Derecho Comparado demuestran otra cosa muy diferente al texto finalmente aprobado; (iv) no establece ningún mecanismo de defensa para el contribuyente en caso de adquirir créditos reales requeridos para su actividad en Colombia y -como si fuera poco- (v) demostró en el proceso de reglamentación que el mismo Gobierno no entiende cómo llevar a cabo su aplicación, presentando demoras injustificadas en la expedición del Decreto Reglamentario y presentando incongruencias que después tuvieron que ser corregidas en un tercer Decreto.



2. Subsanación frente a la vulneración del Principio de Igualdad en materia tributaria

- 2.1. Con relación a la vulneración del Principio de Igualdad mencionado en el cuerpo de la demanda, el honorable magistrado sustanciador encontró la siguiente deficiencia:

"(i) los actores sostienen que la disposición impugnada establece un régimen especial para ciertos actores económicos, como las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y las que se dedican a la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, pero no señala por qué este régimen especial resulta lesivo del principio de igualdad"

- 2.1.1. La Corte consideró en la sentencia C-183 de 1998 que, con ocasión del Principio de igualdad en materia tributaria que:

"(t)oda subvención, exoneración o beneficio fiscal, en cuanto abarca sólo a un grupo de contribuyentes actuales o potenciales, en cierta medida afecta el principio de igualdad, el cual representa el más importante límite del poder tributario estatal. Sin embargo, la afectación de la igualdad traspasa el umbral de la normalidad cuando dicha subvención, exoneración o beneficio se niega a un contribuyente que se encuentra en la misma situación formal que la de los destinatarios de la norma favorable. Aquí puede aludirse a un indicio de trato discriminatorio." (Subrayas nuestras)

- 2.1.2. En esta medida, es posible afirmar que cuando un beneficio tributario o fiscal se niega injustificadamente a un contribuyente que se encuentra en una situación objetiva igual a la de aquellos destinatarios o beneficiarios de la norma, existe un tratamiento desigual y por ende dicha discriminación resultaría inconstitucional.
- 2.1.3. En el caso particular de la norma demandada, en la medida en que la posibilidad de deducir más allá del límite traído por el artículo 109 de la ley 1607 es un beneficio fiscal, es nuestra preocupación observar cómo tal beneficio le es aplicable –de manera especial y desigual- a unos sujetos (aquellos que se encuentran vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia² o a los casos de financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos³) pero no al resto de contribuyentes.
- 2.1.4. Así, para ampliar la argumentación presentada en la demanda, la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional⁴ ha establecido que las demandas de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, deben como mínimo indicar: (i) los grupos involucrados; (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del principio; y (iii) el análisis de la justificación o injustificación para ese tratamiento distinto.
- 2.1.4.1. Frente a los **grupos implicados** en el cargo, los mismos están claramente establecidos en la norma demandada:
- a. Por un lado, aquellos que reciben el tratamiento preferencial, estos son: Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a Inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y los casos de financiación

² Acorde con el párrafo tercero del artículo 109 de la ley 1607 de 2012

³ De acuerdo con el párrafo cuarto de la norma precitada.

⁴ Entre otras, las Sentencias C-115 de 2004, C-101 de 2011, C-913 de 2004.

de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.

- b. Por otro lado, el resto de contribuyentes o contribuyentes en general, a quienes sí les aplica la disposición en particular.

- 2.1.4.2. Frente al **trato introducido por la norma que comporta la violación del principio**, es claro que la norma trae en sus parágrafos 3 y 4 un tratamiento preferencial y más beneficioso para estos dos grupos. Dicho tratamiento permite que estas personas no vean ningún límite de deducibilidad en sus intereses. Así las cosas, mientras el artículo le aplica a unos contribuyentes (la mayoría), por disposición de la norma, no le es aplicable a otros.

De esta manera, mientras la gran mayoría de contribuyentes 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, para los Bancos, por ejemplo, dicho límite será inexistente.

- 2.1.4.3. Frente a la **justificación (o su ausencia) para el tratamiento distinto**, quisieran recalcar los actores que no encontraron en el texto de la exposición de motivos, ni del debate en la instancia parlamentaria, discusión alguna que ejemplificara la razón por la cual a algunos sujetos (literal a, numeral 2.1.4.1) no les es aplicable el límite de deducibilidad.

Al respecto, consideramos que la situación de vigilancia y control de la Superintendencia financiera no es motivo suficiente que justifique el tratamiento desigual, pues dicho control no garantiza que el endeudamiento de dichas entidades no sea utilizado para evadir al fisco.

Igualmente, si el argumento que justificara el tratamiento preferencial se refiriera a las actividades económicas de dicho sector, encuentran los contribuyentes que no existe tampoco razón válida para inaplicar el artículo mencionado, más, teniendo en cuenta que la capacidad contributiva de los contribuyentes dedicados, por ejemplo, a la actividad bancaria y financiera, es muchísimo mayor que la del resto de contribuyentes.

- 2.1.5. Así las cosas, delimitados y analizados los grupos involucrados, el tratamiento diferente y la carencia de justificación del mismo, consideramos los actores que es evidente la vulneración del principio de igualdad en materia tributaria, en cuanto a la diferenciación injustificada de aplicación subjetiva (inherente a los sujetos) que consagra la norma.
- 2.1.6. Así, siguiendo lo anteriormente dicho, la honorable Corte Constitucional declaró inexecutable, mediante sentencia C-766 del 6 de noviembre de 2013, varias expresiones del artículo 132 de la ley 1607 de 2012, el cual incluye nuevas exenciones para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) consagradas en el artículo 879 del Estatuto Tributario.
- 2.1.7. En este sentido, afirmó la corte:

Tanto el texto aquí demandado, como el declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante [sentencia] C-1021 de 2012, son prácticamente idénticos, ya que se refieren a la exoneración del GMF a las actividades de

factoring, teniendo en cuenta la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades que recae sobre las sociedades comerciales dedicadas a esta actividad, es decir, [en] ambos textos se exonera del GMF a las empresas de factoring que se encuentren vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, y no se otorga este beneficio a las empresas de factoring NO vigiladas por la Superintendencia.

(...)

Visto lo anterior la Sala advierte que la decisión del legislador, en el sentido de excluir del beneficio tributario las operaciones de factoring de las entidades y personas que no son vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, en realidad no obedeció a ningún criterio fundado en la racionalidad; más bien parece el resultado de una inconsciente omisión, que se tradujo en un tratamiento injustificado y, por lo mismo, contrario al derecho a la igualdad (art. 13 CP). // En consecuencia, al no superarse la primera etapa del test –ya que el tratamiento diferencial previsto en la norma no persigue ningún fin constitucionalmente valioso– no queda alternativa distinta que declarar inexecutable las expresiones acusadas.

- 2.1.8. Así las cosas, si bien en dicha sentencia se declaró la inexecutable principalmente por la reproducción de un texto declarado anteriormente inexecutable, es importante mencionar que de acuerdo con la sentencia C-1021 de 2012, la diferenciación en el tratamiento fiscal entre las sociedades vigiladas y no vigiladas por la Superintendencia Financiera, resultaba completamente injustificada.
- 2.1.9. Para el caso particular, es evidente que la diferenciación propuesta por los párrafos 3 y 4 de la norma sub examine, resultan desiguales y a juicio de los demandantes, abiertamente inconstitucionales. Por ello, y por los antecedentes mencionados, consideramos que deberían ser declarados inconstitucionales.
- 2.1.10. Y es que los actores no comprendemos el porqué de la diferenciación en el tratamiento fiscal entre *aquellos contribuyentes sometidos a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia* y aquellos que no lo están; puesto que a los primeros, como lo menciona el párrafo tercero de la norma aquí demandada, no les es aplicable el límite consagrado en la ley. Produciendo así un claro trato desigual que significa, para aquellos, la completa y absoluta posibilidad de deducibilidad de los montos correspondientes a intereses generados por sus "deudas". Situación que a la luz de este artículo no es posible para los segundos, es decir para cualquier otro sujeto que no se encuentre bajo la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia Financiera. ¿Qué pasaría, por ejemplo, con aquellas sociedades las cuales tienen por objeto principal el otorgamiento de microcréditos y que por concepto mismo de la Superintendencia Bancaria⁵, hoy Superintendencia Financiera, no se encuentran sometidas a la inspección, vigilancia y control de dicha entidad? ¿No supondría un tratamiento injustificadamente desigual?
- 2.1.11. Caso igual al anterior, es el que sucede con aquellos dedicados a la *Financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos*, de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo cuestionado. Donde se presenta un tratamiento desigual entre los sujetos pasivos que se dediquen a estas actividades y aquellos que no.

⁵ La Superintendencia Bancaria se pronunció sobre el tema mediante oficio 2004027809-0 del 20 de mayo de 2005 de la Subdirección de Consultas, el cual ha sido reiterado e incluso citado por la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220-117841 Del 28 de Septiembre de 2009.

2.1.12. En este orden de ideas, los suscritos se preguntan qué pasa con la gran cantidad de modelos de negocio que, sin estar en los tratamientos especiales de los parágrafos 3 y 4 del artículo demandado, basan gran parte de su capital en el endeudamiento real con terceros no vinculados económicos y, en esa medida, la deducibilidad de los intereses producto de dichos montos resulta de una importancia primordial.

2.1.13. Por último, frente a la exclusión injustificada del artículo 109 de la ley 1607 de 2012, resulta relevante mencionar que en el Concepto No. 5768, radicado por la Procuraduría General de la Nación el día 5 de mayo de 2014 a la demanda de inconstitucionalidad expediente No. D-10069, el Ministerio Público aceptó que dicha norma vulnera el Principio de igualdad en materia tributaria. Al respecto afirmó:

"Ahora bien, en lo que puede tener algo de razón el demandante es en la presunta violación del derecho de igualdad de trato legal porque la legislación sobre subcapitalización excluye de la limitación de deducción de intereses por deudas, sin justificación alguna, a los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios que estén sometidos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia". (Página 17 del Concepto 5768 del 5 de mayo de 2014)

2.1.14. De la anterior violación a la carta fundamental, el Ministerio Público concluye que la norma debe ser entendida como constitucional, bajo el entendido que los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios que estén sometidos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, también se encuentran sometidos a la misma medida de limitación de deducción de intereses que rige para el resto de contribuyentes del mismo impuesto, "cuando las deudas que adquieran y que generen intereses respondan a posición propia y no en función de garantizar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público".

2.1.15. Si bien consideramos que dicha modulación podría subsanar en parte la desigualdad inconstitucional consagrada en la norma acusada, también es importante resaltar que dicho condicionamiento de ninguna manera supondría un resultado completamente equitativo, por cuanto subsistiría la ausencia de justificación en el tratamiento desigual; siendo así la razón de la cual habla el Ministerio Público de "garantizar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público" un tanto oscura y poco clara, generando así de igual manera una falta de certeza en el contribuyente y vulnerando el Principio de Certeza Tributaria.

2.2. Así mismo, considera el honorable Magistrado en su auto de inadmisión que:

(ii) los actores señalan que la norma asimila de manera injustificada a los vinculados económicos y a los demás que no tienen este carácter, pero no explica por qué un régimen unificado para ambas categorías de sujetos carece de todo principio de razonabilidad, y por qué deberían, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, tener un tratamiento diferenciado

2.2.1. Como se mencionó anteriormente, la aplicación de la normatividad de la subcapitalización ha sido pensada como una figura de control de endeudamiento y de deducibilidad del mismo, entre sujetos vinculados, pues son estas maniobras las que permitirían a algunos contribuyentes evadir las obligaciones con el fisco a través del "auto-endeudamiento", mas no las realizadas con terceros no vinculados, pues estos son endeudamientos

verdaderos, que suponen situaciones particulares, entre patrimonios diferentes y con efectos contables y fiscales claramente diferentes.

- 2.2.2. Y es que frente a la subcapitalización pueden producirse dos hipótesis cuya naturaleza particular difiere en gran medida la una de la otra: (a) Por un lado, nos podríamos encontrar frente a una subcapitalización producto de un verdadero endeudamiento con terceros no vinculados; y por otro lado, (b) podríamos hablar de una subcapitalización -más relacionada con el financiamiento- entre sujetos que son vinculados económicos.
- 2.2.3. Bajo este panorama, consideramos que la norma cobija no sólo a las operaciones entre vinculados económicos sino que además limita la posibilidad de deducir los montos de los intereses producto de verdaderas deudas con terceros no vinculados; situación que podría desencadenar situaciones de por sí injustas y carentes de una justificación económica.
- 2.2.4. La limitación para entidades del mismo grupo económico o para deudas entre vinculadas económicas ha sido renombrada en el mundo, por cuanto el endeudamiento entre vinculados económicos con el único fin de deducir los intereses, permite que el dinero se mantenga en la globalidad del grupo económico, es decir, corresponda a transacciones endógenas que de manera universal no significarán una disminución del patrimonio del grupo ni de los activos del mismo, pero sí un beneficio a través de la deducibilidad de los intereses. Así, si bien son transacciones que podrían involucrar diferentes patrimonios, al considerarse todos ellos en conjunto (por tratarse de vinculados económicos), estaríamos en presencia de deudas irreales, pues los activos seguirían siendo los mismos.
- 2.2.5. Sin embargo, dicha situación es completamente diferente para el caso de deudas (obligaciones monetarias) con terceros no vinculados. Dichas deudas suponen transacciones exógenas e involucran patrimonios completamente independientes que al analizarse conjuntamente significarán deudas reales para las partes, con movimientos de dinero de un patrimonio a otro y constitución real de las calidades de deudor y acreedor, con intereses completamente diferentes y efectos definitivamente contrarios.
- 2.2.6. En esta medida, no puede el legislador equiparar dos situaciones completamente diferentes y castigar (y utilizamos éste término sancionatorio en la medida en que la norma se encuentra en el capítulo de normas anti-evasión) con un límite de deducibilidad, dos situaciones completamente diferentes; más cuando en la misma exposición de motivos es evidente que el grupo perseguido era el de vinculados económicos y no todos los contribuyentes en general.
- 2.2.7. Es nuestro sentir que tanto el trato referido comporta una flagrante violación al principio de Igualdad en la carga tributaria, sin encontrarse justificado de ninguna manera, pues más allá de evitar la elusión y dirigirse en contra de una conducta específica, tal como el financiamiento entre vinculados, termina afectando de igual forma dos conductas completamente diferentes y beneficiando -sin mayor explicación y desigualmente- a unos sujetos específicos (destacados en los párrafos 3 y 4 del artículo acusado).
- 2.2.8. Ahora bien, quisieran los actores presentar dos ejemplos diferentes, a través de los cuales se ilustre la situación particular. Resulta un tanto irónico e inexplicable que un emprendedor que no tiene ningún interés en subcapitalizar, ni erosionar su base gravable, tenga que ver su endeudamiento sometido a esta medida. Y es que si bien no es prima facie injusto que se vean sometidos a ello, sí lo es al analizarse la norma en su integridad y descubrir que existen otras entidades, por ejemplo las sometidas a la vigilancia y el control de la



Superintendencia Financiera, que no se ven sometidas a ningún tipo de límite o control. A continuación presentaremos dos ejemplos que ilustren la situación. Uno (en el numeral 2.2.9) referido a un emprendedor que se endeuda para crear empresa, con terceros no vinculados; y otro (en el numeral 2.2.10) referido a un empresario que aporta dinero en efectivo a un vinculado económico para erosionar la base gravable. Siendo este segundo ejemplo, el caso de un contribuyente con una capacidad contributiva mayor.

2.2.9. Veamos el ejemplo con números para analizar la situación detenidamente:

EJEMPLO 1

- 2.2.9.1. Un emprendedor tiene un capital de veinte millones de pesos (COP\$20.000.000) al 31 de diciembre del año 2013.
 - 2.2.9.2. El contribuyente en atención a su idea de negocio solicita y le son otorgados (por parte de terceros no vinculados) créditos que suponen un Total Promedio de Deudas⁶ de cien millones de pesos (COP\$100.000.000).
 - 2.2.9.3. Partamos del hecho de que los créditos otorgados le facilitan el pago al empresario y le permiten empezar a abonar a capital un año después y para tal caso, sólo deberá cancelar los intereses durante ese primer año, avaluados en COP\$29.000.000, a la tasa del 29% efectiva anual de créditos de libre inversión.
 - 2.2.9.4. Con el dinero de los créditos adquiere activos para prestar su servicio y por ende su patrimonio bruto, al tratarse de una suma entre capital y activos es de ciento diez millones de pesos (COP\$120.000.000).
 - 2.2.9.5. Pero por su parte, su Patrimonio Líquido sería únicamente de veinte millones de pesos (COP\$20.000.000)
 - 2.2.9.6. Así, el contribuyente calculó y obtuvo ingresos de cuarenta millones de pesos (COP\$40.000.000) por el año que correspondía al periodo de gracia, para cumplir con los intereses de la deuda y obtener una utilidad del ejercicio, la cual correspondería a once millones de pesos (COP\$11.000.000).
 - 2.2.9.7. Así las cosas, si la tributación fuera equitativa, ésta debería ser únicamente sobre las utilidades (de COP\$11.000.000).
 - 2.2.9.8. La proporción de intereses no deducibles para el caso propuesto, de acuerdo con la normal del 109 de la ley 1607 (reglamentada en el Decreto 3027 de 2013 y corregido en el Decreto 627 de 2014) corresponde al 40%.
 - 2.2.9.9. Teniendo en cuenta lo anterior, el contribuyente sólo podría deducir de su renta, por concepto de intereses deducibles del respectivo periodo, un total de COP\$17.400.000 (quedando así por fuera, COP\$11.600.000)⁷
 - 2.2.9.10. De esta manera, la renta del contribuyente pasaría de COP\$11.000.000 (lo que realmente correspondieron a utilidades) a COP\$22.600.000.⁸
 - 2.2.9.11. Nótese cómo habría un aumento de la base gravable para la tributación del increíble 205,45%.
- 2.2.10. En el caso anterior, se presenta un ejemplo simplemente ilustrativo que muestra una situación particular en la que no se intenta evadir, ni erosionar la base gravable. Ahora bien, véase cómo la situación sería completamente diferente si el crédito es otorgado a un contribuyente con una mayor capacidad contributiva y un capital más alto:

⁶ De acuerdo con el artículo 2 y 3 del Decreto 3027 de 2013.

⁷ De acuerdo con el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 3027 de 2013, los gastos por concepto de intereses no deducibles del respectivo periodo se determinan aplicando la proporción de intereses no deducible al total de intereses pagados o abonados en cuenta durante el año o periodo fiscal objeto de determinación.

⁸ Restando de los ingresos obtenidos en el periodo (COP\$40.000.000), los únicos posibles de deducirse (COP\$17.400.000), y no los que usualmente tendría derecho a deducir (la totalidad, es decir COP\$29.000.000).



EJEMPLO 2

- 2.2.10.1. Un empresario tiene un capital de sesenta millones de pesos (COP\$60.000.000) al 31 de diciembre del año 2013.
- 2.2.10.2. Recibe dineros en efectivo de un vinculado económico que supone un Total Promedio de Deudas⁹ de sesenta millones de pesos (COP\$60.000.000).
- 2.2.10.3. Partamos del hecho de que los créditos otorgados le facilitan el pago al miembro del grupo empresarial y sólo será necesario empezar a abonar a capital un año después y para tal caso, sólo deberá cancelar los intereses durante ese primer año, avaluados en COP\$17.400.000, a la tasa del 29% efectiva anual de créditos de libre inversión.
- 2.2.10.4. Por su parte, su Patrimonio Líquido, al tener una capacidad contributiva más alta que la del ejemplo 1, será de sesenta millones de pesos (COP\$60.000.000)
- 2.2.10.5. Así, el miembro del grupo empresarial calculó y obtuvo ingresos de cuarenta millones de pesos (COP\$40.000.000) por el año que correspondía al período de gracia, para cumplir con los intereses de la deuda y obtener una utilidad del ejercicio, la cual correspondería a veintidós millones seiscientos mil pesos (COP\$22.600.000).
- 2.2.10.6. Hoy en día, la proporción de intereses no deducibles para el caso propuesto, de acuerdo con la normal del 109 de la ley 1607 (reglamentada en el Decreto 3027 de 2013 y corregido en el Decreto 627 de 2014) correspondería al 0%. Es decir, que podría deducir la totalidad (100%) de la deuda en efectivo de sesenta millones de pesos (COP\$60.000.000).
- 2.2.10.7. Nótese cómo el empresario que tiene dinero, puede disminuir la totalidad de los intereses aplicables deuda.
- 2.2.11. Es así como, resulta completamente increíble, que se castigue a quienes definitivamente necesitan el endeudamiento o a los emprendedores y se pierda de vista el objeto final de la norma, cual es el de controlar la "subcapitalización" (que valga decirse es una figura real de vinculados económicos y no de terceros ajenos e independientes).
- 2.2.12. Para el caso de los dos ejemplos, véase cómo en el Ejemplo 2, un contribuyente con mayor capacidad contributiva (pues tiene sesenta millones de pesos de capital), puede deducir la totalidad de los intereses de su deuda, pero un contribuyente con menor capacidad contributiva (en el ejemplo 1, quien tiene un capital de veinte millones de pesos), tiene un 40% de intereses no deducibles.
- 2.2.13. Si bien históricamente las reformas o legislaciones en aspectos tributarios impactan de manera positiva o negativa diferentes sectores de la población, consideramos que dicho impacto debe ser limitado y en ningún caso puede afectar de manera radical y fundamental derechos de los ciudadanos. En este sentido, en la sentencia C-183 de 1998 se afirmó que:

Si del análisis preliminar de una ley tributaria surge un indicio de inequidad o arbitrariedad, derivado de un reparto desigual de la carga tributaria, el examen de constitucionalidad no podrá ser débil. La exacción fiscal normalmente significa un detrimento patrimonial y una mengua de la libertad que, sin embargo, deben soportar las personas a título de deber constitucional y legal. Por esta razón, ya que esta suerte de restricciones o reducciones son conaturales a las leyes impositivas, salvo que las regulaciones sean en sí mismas manifestamente irrazonables o desproporcionadas, no cabe por esta circunstancia predicar su inconstitucionalidad. La situación es diferente cuando la ley prima facie afecta un derecho o garantía constitucionales más allá de lo que pueda históricamente considerarse como efecto normal de la medida tributaria,

⁹ De acuerdo con el artículo 2 y 3 del Decreto 3027 de 2013.

hasta el punto de que sea posible afirmar que existe un indicio de inequidad o arbitrariedad. En este caso, se torna necesario ensayar un test intermedio que, si bien no comprende el estudio de la proporcionalidad estricta de la norma, si incluye el examen de las razones que la avalan, de modo que la misma será constitucional siempre que se identifique un motivo suficiente para haberla expedido y que permita desvirtuar el señalado indicio.
(Subrayas nuestras)

2.2.14. Y es que sea del caso resaltar que un aumento del 205% de la base gravable es un aumento realmente considerable y dramático, que raya con la inequidad y/o arbitrariedad.

2.3. De igual manera considera el honorable magistrado, como tercera deficiencia relacionada con el principio de Igualdad en materia tributaria, que:

"(iii) como según los peticionarios los límites a la deducibilidad de los intereses pretende evitar las prácticas evasivas que se presentan en el contexto de las empresas vinculadas, y cómo en principio este objetivo se puede obtener mediante una restricción de alcance general que comprenda a todos los contribuyentes, incluyendo a ese sector específico, correspondía a los demandantes indicar las razones por las que una medida semejante carece de la idoneidad para el logro de este propósito, y por qué resulta lesiva del principio de igualdad"

2.3.1. Sea lo primero mencionar que si bien la norma establece una aplicación general que de contera incluiría al grupo de los vinculados económicos, sea también necesario mencionar que dicha aplicación general, supondría una vulneración a la igualdad, en los términos anteriormente estudiados.

2.3.2. Ahora bien, podría pensarse que dicha inclusión general incluiría incluso al grupo de sujetos para el cual iba inicialmente dirigido (vinculados económicos), pero cabría preguntarse qué pasaría con los vinculados económicos sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera.

2.3.3. Para el caso particular de los vinculados económicos, sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, sencillamente el límite no aplicaría, rayando no sólo con el fin de la norma, sino con la justicia y equidad del sistema tributario.

2.3.4. Nótese cómo, curiosamente, un sector de los sujetos a los que iría inicialmente dirigida la norma (y a quienes realmente va dirigida en las legislaciones del mundo), podría verse por fuera de la aplicación del mismo; incluso cuando la aplicación ha sido establecida de manera genérica, oscura e imprecisamente amplia.

2.3.5. Los actores quisiéramos recalcar que la generalidad de la aplicación de una norma no puede predicarse para la defensa de la misma, en cuanto a la aplicación de un grupo en particular. Nótese cómo un grupo de sujetos, a quienes en principio debería ir dirigida la norma, podría incluso verse eximido de su aplicación.

2.3.6. Además de lo anterior, la norma que teleológicamente busque controlar un grupo específico de sujetos y contribuyentes, no puede -bajo la luz del principio de eficiencia y certeza- encontrarse dirigida a todos los contribuyentes, pues para el sistema tributario y fiscal de un Estado resulta completamente ineficiente un control de todos los contribuyentes en general, cuando lo que realmente se está buscando es un control de un grupo en

particular, como se evidenció en la exposición de motivos ya citados en el presente escrito de subsanación y en el libelo demandatorio.

3. Ampliación de la vulneración del principio de equidad en materia tributaria

- 3.1. Afirmó el Magistrado, en el auto de inadmisión, como primera deficiencia encontrada frente al principio de equidad en materia tributaria, que:

"(i) como la disposición acusada establece límites a un beneficio tributario, y no sobre el tributo como tal, correspondía a los actores señalar las razones por las que en este caso particular la medida controvertida afecta la proporcionalidad entre la capacidad económica y el tributo"

- 3.1.1. El Principio de equidad en materia tributaria fue delimitado en la Sentencia C-734 de 2002 (Magistrado Ponente el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa) por la honorable Corte Constitucional como "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." (Subrayas nuestras).

- 3.1.2. De igual manera, en la misma sentencia se estableció que las cargas tributarias deben estar encaminadas a la concreción de fines constitucionales, para lo cual es necesario observar la capacidad contributiva del contribuyente. Así, se manifestó:

"Este criterio, en virtud del cual tanto el sistema tributario en su conjunto como cada una de las cargas tributarias deben ser razonables y deben estar justificados en la persecución de objetivos constitucionalmente relevantes, muestra que la equidad se predica también de cada uno de los impuestos. En efecto, "[l]a 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."

Por vía jurisprudencial se ha reconocido que el principio de equidad también se predica del recaudo tributario. Por ello, "en consideración a que el principio de equidad es una pauta de conducta para la actuación tributaria, el legislador tributario está obligado precisamente a considerar las distintas hipótesis susceptibles de regulación para dar a cada una de ellas adecuada respuesta y, las autoridades administrativas y judiciales que aplican las normas tributarias, dentro del debido proceso administrativo, deben examinar las circunstancias particularizadas del contribuyente, tales como las situaciones de quien incumple la obligación de firmar y presentar la declaración tributaria en el lugar establecido para el efecto, por razones ajenas a la culpa; pues de lo contrario se establecería una diferenciación irrazonablemente gravosa para quienes objetivamente no pueden cumplir con ese deber tributario." (Subrayado por fuera del texto original).

- 3.1.3. Entendida la imposibilidad de deducir más allá del límite propuesto por el artículo demandado (cual es la proporción de gastos por concepto de intereses que exceda la suma resultado de multiplicar por tres el patrimonio líquido del contribuyente) como una clara carga tributaria, los actores consideramos que el artículo sub-examine vulnera el principio de equidad en materia tributaria, por

cuanto establece una carga excesiva para el contribuyente, sin consultar en ningún momento su capacidad contributiva.

- 3.1.4. Al respecto es importante mencionar que, si bien no todos los impuestos deben consultar la capacidad contributiva del contribuyente, el no hacerlo sí es un índice de inequidad que debe ser analizado cuidadosamente a la luz de la carta política y de los principios de equidad y progresividad.
- 3.1.5. Para los actores la norma acusada no analiza en ningún momento la capacidad contributiva de los contribuyentes y, más aún, establece inaplicaciones a los límites, para personas que, prima facie, parecieran tener una capacidad contributiva muchísimo mayor que el resto de contribuyentes.
- 3.1.6. Así, podemos evidenciar que la norma sub-examine, al no realizar ningún tipo de análisis ni distinción en cuanto a la capacidad contributiva de aquellos sujetos a los que afecta ni de su vinculación económica o de su situación particular, es inequitativa. El conjunto de actividades gravadas –con naturaleza claramente diferente- son objeto de un mismo tratamiento y podría resultar en una gran afectación de diversos escenarios que nada tienen que ver con la evasión, sino con el normal funcionamiento y financiamiento de sus negocios.
- 3.1.7. Por último, al relacionar el Principio de Equidad tributario con el denominado Principio de Generalidad, la Corte afirmó en sentencia C-913 de 2011¹⁰ que, desde la perspectiva vertical de la equidad, la mayor carga tributaria debería ser soportada por quien tiene mayor capacidad contributiva. Veamos:

En este sentido, ha dicho la Corte que "[e]l tributo deber ser aplicado a todos aquellos sujetos que tengan capacidad contributiva y que se hallen bajo las mismas circunstancias de hecho, lo cual garantiza el mantenimiento del equilibrio frente a las cargas públicas". Tal planteamiento, a su vez, ha sido recogido en el denominado principio de generalidad, "cuyo enunciado implica que el universo de los sujetos pasivos del tributo debe comprender a todas las personas que tengan capacidad contributiva (criterio subjetivo) y desarrollen la actividad o conjunto de actividades gravadas (criterio objetivo)". Conforme con ello, a través del principio de equidad, se busca que "quienes se encuentran en situaciones similares, con capacidad económica similar, soporten una carga tributaria igual (art. 363 C.P.)". Según lo ha explicado esta Corporación, la equidad se proyecta no sólo desde un punto de vista horizontal, es decir, que a igual capacidad de pago, igual sea la contribución, sino también desde una perspectiva vertical, en la medida en que el mayor peso en cuanto a la obligación de contribuir debe recaer sobre aquellos sujetos que cuentan con más capacidad económica.
(Subrayado por fuera del texto original)

- 3.1.8. Sin embargo, en el presente caso al no haber justificación alguna -ni en la ley ni en la exposición de motivos de la misma- para la diferenciación de los sujetos, no entendemos por qué la mayor carga la deben soportar contribuyentes que incluso pueden llegar a tener menor capacidad económica que aquellos vigilados por Superintendencia Financiera de Colombia o aquellos dedicados a la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos.
- 3.1.9. A juicio de los actores, la excepción establecida en el párrafo segundo del artículo 109 de la ley 1607 de 2012 contraviene el Principio de Equidad, pues no corresponde ni observa la capacidad contributiva de sus mismos destinatarios. Resulta irónico que quien tenga la posibilidad de deducir intereses, sin importar los montos y la ratio, sea un actor económico con

¹⁰ Reiterado en la reciente sentencia C-198 de 2012. Magistrado Ponente el Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

reconocida capacidad económica contributiva (pues así lo ordena el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero); pero que por el contrario quien tenga que soportar la limitación de la deducibilidad sea un grueso de contribuyentes que seguramente tendrán una capacidad contributiva menor.

3.2. De igual manera, consideró el honorable Magistrado Sustanciador que:

(ii) como la medida cuestionada se refiere a los límites a un beneficio tributario, materia en la cual el legislador detenta un amplio margen de discrecionalidad, correspondía a los actores señalar las razones por las que en este caso el legislador estaría constitucionalmente obligado a tener en cuenta los motivos comerciales que dan lugar a las transacciones económicas objeto de la medida, y fijar el beneficio o los límites al mismo en función de tales motivaciones;

- 3.2.1. Al respecto, si bien el legislador cuenta con una clara y amplia libertad configurativa legislativa y un amplio margen de discrecionalidad, dicho margen no puede ser de ninguna manera ilimitado o excesivo, pues el legislador debe siempre respetar los mandatos constitucionales de los artículos 338 y 363 entre otros, en los que se impone la necesidad de observar los principios de justicia y equidad tributarias.
- 3.2.2. De acuerdo con lo expuesto en el numeral 2.2., especialmente en los numerales 2.2.4 y 2.2.5, el tratamiento inexistente de la subcapitalización efectivamente podía ser aprovechada en detrimento del fisco, al erosionar la base gravable a través de la deducibilidad de intereses producto de deudas entre vinculados económicos.
- 3.2.3. Sin embargo, es evidente que dicha situación es tan solo una parte puntual y precisa, muy diferente a otras situaciones económicas en las que existe un endeudamiento real y la deducibilidad de los intereses cobra una vital importancia a la hora de analizar la supervivencia y el futuro de la actividad económica.
- 3.2.4. Como bien se enunció en la demanda y se reiteró en el presente escrito de subsanación, existen diferentes ejemplos que dependen del empréstito y endeudamiento para la supervivencia del negocio, como el caso de las actividades de microcrédito.
- 3.2.5. El legislador está constitucionalmente obligado a observar los principios que muy bien hemos expuesto en la demanda y reiterado en el presente escrito, cuales son: El principio de certeza, el principio de equidad, el principio de igualdad y el principio de justicia y progresividad.
- 3.2.6. Sea también del caso necesario mencionar que las deducciones de los intereses, contrario a lo manifestado por el Magistrado sustanciador, no corresponden a "beneficios tributarios", pues de aceptarlo así, también tendría que aceptarse que cualquier procedimiento de depuración de la renta lo es.
- 3.2.7. Al respecto, manifestó la honorable Corte Constitucional que los beneficios tributarios corresponden a disminuciones en la carga tributaria, con fines extrafiscales, situación diferente a la estudiada actualmente. Así, afirmó la corte:

Para que una determinada disposición se pueda considerar como un beneficio tributario, debe tener esencialmente el propósito de colocar al sujeto o actividad destinataria de la misma, en una situación preferencial o de privilegio, con fines esencialmente



extrafiscales, razón por la cual no todas las disposiciones que consagran disminuciones de la carga tributaria constituyen beneficios tributarios pues no todas ellas tienen el propósito de estimular, incentivar o preferenciar determinados sujetos o actividades, sino que simplemente pretenden no perjudicar o hacer efectivos los principios de justicia, equidad y progresividad. (Negritas y subrayas nuestras)

3.2.8. Siendo así, no cualquier disminución de la carga tributaria supone un beneficio, y los actores no compartimos las afirmaciones en el auto inadmisorio al suponer que el amplio margen de discrecionalidad del legislador, al referirse al establecimiento de beneficios tributarios, es aplicable al caso particular de la deducción por concepto de intereses. Bajo este mismo criterio también tendría el legislador amplio margen de discrecionalidad para limitar la deducción por salarios? Esto en realidad corresponde a un beneficio?

3.2.9. En conclusión, consideramos que el artículo demandado vulnera el principio de equidad, por cuanto (i) no consulta la capacidad contributiva del contribuyente; (ii) podría generar situaciones injustas en las que, o se limita a alguien que en realidad ha adquirido deudas reales y pretende la deducibilidad de los Intereses generados por ellas como se estableció también en el cargo relativo a la vulneración del principio de igualdad, o (iii) podría imponer una mayor carga a quien en realidad tiene una menor capacidad contributiva, como resultado de no estudiarla o analizarla.

3.3. Por último, frente al principio de equidad en la carga tributaria, afirmó el magistrado sustanciador que:

(iii) los actores no explican por qué el efecto de la disposición es el de imponer una mayor carga tributaria a quienes tienen menor capacidad económica.

3.3.1. Para el efecto, solicitamos atentamente referirse a los numerales 3.1.9. y siguientes del presente escrito de subsanación.

4. Subsanación y ampliación frente a la vulneración del principio de justicia y progresividad en materia tributaria

4.1. Afirmó el magistrado sustanciador al respecto, que:

Con respecto al cargo por la presunta infracción del principio de justicia, los actores se limitan a afirmar que los límites a la deducibilidad de los intereses es indiscriminada, injustificada y desigual, y que por tal motivo afecta la situación de los actores económicos destinatarios de la medida. Como esta afirmación se sustenta en los cargos anteriores, adolece de sus mismas deficiencias, y además, tampoco sustenta la afirmación de que repercute negativa y significativamente en la situación de los actores económicos

4.1.1. Como se afirmó en la demanda, íntimamente relacionado con el principio de equidad, encontramos el principio de progresividad, el cual fue establecido por la Corte en su temprana jurisprudencia. En sentencia C-364 de 1993 se afirmó:

El deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del estado debe, en principio, consultar la capacidad real de pago de los contribuyentes, a fin de garantizar la justicia y equidad fiscales. La progresividad responde precisamente a este mandato constitucional. El sistema tributario, en su conjunto, ciertamente debe traducir esta exigencia constitucional. También cada tributo, en particular, debe, en lo posible, y

BOG

dependiendo de su estructura técnica, orientarse en el mismo sentido. Es claro que algunos tributos -particularmente los indirectos-, por la mencionada conformación técnica y la necesidad de su administración eficiente, no son susceptibles de ser creados y recaudados atendiendo el criterio de la progresividad, sin que por ello dejen de tener fundamento constitucional y figurar entre las fuentes de ingresos fiscales.

- 4.1.2. De esta manera, es evidente cómo los principios de justicia y equidad fiscales imponen la obligación de observar la capacidad contributiva del contribuyente. Al respecto, solicitamos muy atentamente remitirse al numeral 3 del presente escrito de subsanación, en el que los accionantes nos referimos a la capacidad contributiva del contribuyente y el tratamiento eximente frente a contribuyentes que tienen una alta capacidad de contribuir y que generalmente es mayor al de los demás contribuyentes¹¹.
- 4.1.3. Si bien los principios de equidad y progresividad confluyen en diversos aspectos y podrían considerarse como afines, sí existen diferencias entre ellos. Al respecto, la Corte sentenció en el fallo C-776 de 2003 que:

Hay una concurrencia entre los principios de progresividad y equidad -en la medida en que ambos se refieren a la distribución de las cargas que impone el sistema tributario y los beneficios que éste genera-, una diferencia importante entre ellos consiste en que el principio de equidad es un criterio más amplio e indeterminado de ponderación, relativo a la forma como una disposición tributaria afecta a los diferentes obligados o beneficiarios a la luz de ciertos valores constitucionales, mientras que el principio de progresividad mide cómo una carga o un beneficio tributario modifica la situación económica de un grupo de personas en comparación con los demás.

- 4.1.4. Así pues, los suscritos consideramos que se ha violado el principio de progresividad, en la medida en que, además de que la limitación de la deducibilidad de los intereses, consagrada en la norma sub-judice, es indiscriminada, injustificada y desigual; modifica gravosamente la situación económica de aquellos que no están cobijados por el régimen especial introducido por los parágrafos de la misma norma, en comparación con quienes sí lo están.
- 4.1.5. En atención a la correlación entre los principios de equidad y progresividad en materia tributaria, consideramos que la ampliación de los anteriores argumentos es materia suficiente para considerar que el principio de justicia y progresividad ha sido violentado.
- 4.1.6. Es importante mencionar que el magistrado sustanciador en la solicitud del auto que inadmite no realiza ninguna solicitud concreta, sino que se limita a afirmar que "Como esta afirmación se sustenta en los cargos anteriores, adolece de sus mismas deficiencias". Los actores no reconocemos

¹¹ También se citó en la demanda la sentencia de la honorable Corte, C-913 de 2011, en la que se dijo:

Frente al principio de progresividad, cabe anotar que éste viene a constituirse en una manifestación de la equidad vertical, en el sentido que con él se persigue que el sistema tributario sea justo, lo cual se materializa en la exigencia al legislador para que tenga en cuenta, al momento de reglamentar el tributo, la capacidad contributiva de las personas, de forma tal, que quienes tienen mayor capacidad deben asumir obligaciones mayores y la cuantía del tributo será proporcional a esa mayor capacidad. En ese sentido, lo ha dicho esta Corporación, el citado principio hace referencia "al reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de que disponen, y permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados"



puntualmente a cuáles mismas deficiencias se refiere, pero quisiéramos agregar que los tributos deben, en la medida de lo posible, observar la capacidad económica del contribuyente y en esa medida, respetar los principios de justicia y equidad tributarias.

- 4.1.7. En el presente caso pareciera que dicha condición no se cumple y por ende para los actores la norma adolece de inconstitucionalidad.
- 4.1.8. Es importante resaltar también que la norma repercute definitivamente de manera negativa en los actores económicos que realizan endeudamientos reales, pues no sólo parte del supuesto de que los mismos son evasores, sino que impide la deducibilidad de los intereses que deben ser pagados a terceros, lo que a todas luces significará en un mayor valor a pagar, situación que de ninguna manera per se es perjudicial, pero que sí lo es al evaluar la falta de evaluación de la capacidad contributiva.

5. Vulneración del Principio de Buena Fe en materia tributaria

- 5.1.1. Frente a la latente vulneración del principio de buena fe en materia tributaria el honorable Magistrado Ponente no realizó ninguna solicitud de ampliación o subsanación y por ende entendemos que la misma se realizó cumpliendo los requisitos que los cargos de una demanda de inconstitucionalidad deben tener.
- 5.1.2. Quisiéramos llamar la atención de la Honorable Corte a fin de mencionar que antes de la Ley 1607 de 2012, no existía en Colombia ningún tipo de normativa relacionada con la subcapitalización y en esa medida ha existido un trato relativamente indiferente al respecto.
- 5.1.3. En la medida en que en Colombia no existía ningún tratamiento al respecto, es menester analizar qué se ha dicho en otras instancias internacionales. Así pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante "TJUE"), en sentencia C-524/05 del 27 de marzo de 2007 afirmó que no puede existir una presunción general de prácticas abusivas que actúe en detrimento de libertades de los individuos:

"La mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de una sociedad vinculada establecida en otro Estado miembro no puede invocarse para justificar una presunción general de prácticas abusivas y servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado." (Parágrafo 73)

- 5.1.4. Así pues, derivándose de la jurisprudencia propia del TJUE es importante mencionar que existe una deficiente, por no decir inexistente, justificación de la norma demandada, la cual resulta además desproporcionada, pues no existe la posibilidad de prueba de los posibles motivos comerciales por los que se realizó la transacción o la operación y en esta medida, la capacidad contributiva del contribuyente nunca es tenida en cuenta, suponiendo así una imposición objetiva que no observa la realidad económica del sujeto pasivo del impuesto.
- 5.1.5. Es importante mencionar que el TJUE ha dicho¹² que en todo caso la recalificación de los intereses abonados como *beneficios distribuidos* debe limitarse a la fracción de estos intereses que supere lo que se habría acordado entre partes independientes¹³. Lo que supondría que en todo caso el ratio

¹² Sentencia C-524/04 del TJUE del 13 de marzo de 2007. Parágrafo 83. Doctrina que ha sido confirmada y reiterada recientemente en la Sentencia C-282/12 del 3 de octubre de 2013.

¹³ Teniendo en cuenta que la norma sub examine partía del supuesto de operaciones entre vinculados, caso muy diferente al colombiano que no hace distinción alguna



objetivamente propuesto podría resultar violatorio de las libertades comerciales de los contribuyentes que se vean sometidos a la imposición de la norma.

- 5.1.6. Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos al respetado magistrado ponente, referirse a los argumentos claramente establecidos en el cuerpo de la demanda, en el numeral 3.5. y lo referenciado en las páginas 16 a 19 de la misma.

6. Violación del Principio Democrático y de pertinente y adecuada motivación de la ley

- 6.1. Por último, frente al cargo del Principio democrático y de pertinente y adecuada motivación de la ley, afirmó el Magistrado sustanciador que:

Finalmente, el actor no individualiza las presuntas irregularidades en el proceso de aprobación parlamentaria, sino que únicamente afirma que la disposición fue adoptada sin el debido cuidado, acusación genérica y global que no puede dar lugar al juicio de constitucionalidad. Por lo demás, el actor señala una falencia de orden procedimental, que debió ser alegada dentro del año siguiente a la expedición de la Ley 1607 de 2012

- 6.1.1. A pesar de que las irregularidades se encuentran establecidas en el texto de la demanda, quisieran los actores recalcar que las mismas se pueden individualizar en: (i) La no correspondencia de la motivación con lo finalmente legislado y (ii) la falta de la adecuada motivación de la norma, pues no existe en los antecedentes ni en la exposición de motivos ningún estudio o argumento relacionado con la aplicación general del límite impuesto.
- 6.1.2. Frente a lo primero, ya se afirmó en varias ocasiones, tanto en el presente escrito de subsanación, como en el texto de la demanda, que la exposición de motivos de la norma habla de vinculados económicos, pero increíblemente no fue ese el resultado.
- 6.1.3. Frente a lo segundo y contrario a lo afirmado por el honorable sustanciador, la acusación no es genérica ni global, sino que se refiere puntualmente a la falta de motivación de la ley, pero especialmente del artículo acusado en particular.
- 6.1.4. Así es como ningún estudio o documento fue presentado en la exposición de motivos ni en los debates de la ley, que permitiera encontrar justificada la proporción consagrada en la ley de 3 a 1. Cabría preguntarse, ¿Cuál es la razón de fondo que justifique semejante medida de 3 a 1 y no una de 4 a 1 o de 6 a 1?
- 6.1.5. Si bien el proyecto de ley N° 166 de 2012 Cámara, 134 de 2012 Senado (lo que después correspondería con la ley 1607 de 2012) habría sido someramente debatido, los actores consideramos que el artículo demandado no lo fue, como se evidencia en las discusiones de los diferentes debates.
- 6.1.6. En síntesis y teniendo en cuenta que no existe una solicitud concreta del cargo, los accionantes solicitan respetuosamente tener en cuenta la argumentación presentada en el texto de la demanda.

7. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS JURISPRUDENCIALES

- 7.1. En reiterada jurisprudencia, esa Corporación ha resaltado la importancia de requerir del ciudadano el cumplimiento de unas mínimas cargas de



comunicación y argumentación. Así, es menester la utilización y exposición de razones:

*(i) **claras**, cuando la acusación formulada por el actor es comprensible y de fácil entendimiento, (ii) **ciertas**, si la acusación recae directamente sobre el contenido de la disposición demandada y no sobre una proposición jurídica inferida o deducida por el actor, (iii) **específicas**, en cuanto se defina o se muestre en forma diáfana la manera como la norma vulnera la Carta Política, (iv) **pertinentes**, cuando se utilizan argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia, y (v) **suficientes**, en la medida en que contengan todos los elementos fácticos y probatorios que son necesarios para adelantar el juicio de inconstitucionalidad, de forma que exista por lo menos una sospecha o duda mínima sobre la constitucionalidad del precepto impugnado.* (Sentencias C-743 de 2012, C-913 de 2011, C-540 de 2011, C-942 de 2010, C-713 de 2009, entre otras)

- 7.2. Si bien los actores consideramos que hemos cumplido con dichos requisitos y a sabiendas que no es obligatoria su expresa mención en el cuerpo de la demanda, quisiéramos sintetizar y concretar brevemente estas cargas atribuibles a los demandantes, para demostrar así su adecuado cumplimiento.
- 7.3. A nuestro parecer, la presente demanda expone razones (i) *claras* porque se abordan los argumentos y las diferentes violaciones que el artículo 109 de la ley 1607 de 2012 hace de normas superiores, tales como el artículo 95-9 de la CN, en su representación del principio de justicia y equidad del tributo; el artículo 338 de la CN, respecto de su consagración del principio de legalidad y de reserva de ley del tributo, el cual se deriva en el principio de Certeza del mismo; así como de la violación del artículo 363 de la CN, el cual consagra los principios de justicia y progresividad del sistema tributario.
- 7.4. De igual manera, consideramos haber expuesto razones (ii) *ciertas*, por cuanto es el texto propio y objetivamente considerado del artículo 109 de la ley 1607 el atacado y del cual –además de su trato desigual, inconveniente e inequitativo– propugnamos incluso su insuficiencia, oscuridad y falta de desarrollo.
- 7.5. Así mismo consideramos haber aportado razones (iii) *específicas* referidas ampliamente en la argumentación expuesta en el aparte tercero de la presente acción pública de inconstitucionalidad. Relacionadas con la vulneración de los principios de (1) Igualdad, (2) Equidad, (3) Progresividad en materia tributaria, (4) Certeza del tributo, (5) Buena fe, y el que denominamos (6) Principio Democrático y de pertinente y adecuada motivación de la ley
- 7.6. Por su parte, calificamos dichos razonamientos como (iv) *pertinentes*, en la medida en que se aludió a argumentos propios de la Norma Fundamental y de los pronunciamientos propios de la Corte constitucional, de los cuales es posible predicar su naturaleza superior.
- 7.7. Igualmente, quisiéramos afirmar que consideramos (v) *suficientes* los argumentos expuestos en la presente demanda, para –como mínimo– poner en duda su constitucionalidad y en esa medida recibir un fallo de fondo por parte de esta Honorable Corporación sobre la norma aquí acusada.
- 7.8. Por último, frente a algunas solicitudes y afirmaciones del Honorable Magistrado Sustanciador, quisiéramos recalcar que varias de ellas –como se afirmó en el numeral 1.7. del presente escrito de subsanación– son situaciones y evaluaciones que, a juicio de los demandantes, debe realizar el magistrado en el fallo, mas no en la admisión o inadmisión de la demanda, como es el caso



de la insuperabilidad de la falta de certeza en la violación del principio de certeza.

8. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Conforme a los artículos 241-4 de la Constitución Política y 43 de la Ley 270 de 1996, corresponde a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y con tal fin, cumplirá la función de *"decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación"*.

9. SOLICITUD

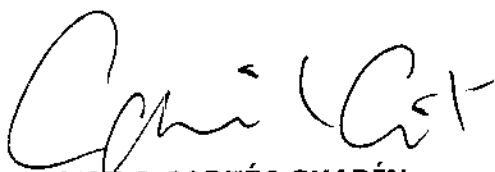
En consideración de los argumentos expuestos en la sección tercera de la presente acción pública, especialmente aquellos no revisados por esta corporación en la demanda radicada bajo el número D-10069, y el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales enunciados en la sección cuarta de la presente acción pública de inconstitucionalidad; los ciudadanos firmantes solicitamos respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional declarar INEXEQUIBLE, por contrariar la constitución nacional, el artículo 109 de la ley 1607 de 2012 modificadorio del artículo 118-1 del Estatuto Tributario Nacional.

10. NOTIFICACIONES

Los suscritos reciben notificaciones en la Carrera 7 No. 71-52. Torre B, Piso 9 de la ciudad de Bogotá.

Correos electrónicos: jnino@cardenasycardenas.com y ccortes@cardenasycardenas.com

De los Honorables Magistrados,



CAMILO CORTÉS GUARÍN
CC 80.413.850 de Usaquén



JULIÁN NIÑO MEJÍA
CC. 1.000.943.178 de Bogotá

