

Hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana. Reflexiones acerca de su construcción y análisis de sus objetivos desde el Derecho Tributario comparado

Hypertrophy of the Colombian thin Capitalization Rule. Examination of its Assembly and Analysis of its Objectives from the Comparative Tax Law

Hipertrofia da norma de subcapitalização colombiana. Reflexões acerca de sua construção e análise de seus objetivos desde o Direito Tributário comparado

JUAN SEBASTIÁN TORRES-RICHOUX¹

Gerente Senior de la sublínea de International Tax Services de EY - Bogotá, Colombia

PABLO ANDRÉS PÉREZ GARCÍA²

Investigador y profesor asistente de la Intensificación en Derecho Tributario Internacional en la Universidad Externado de Colombia - Bogotá, Colombia

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 22 de diciembre de 2015

Página inicial: 205

Página final: 244

Resumen

En la reforma tributaria del año 2012, el legislador insertó en el ordenamiento tributario colombiano una norma de subcapitalización por primera vez. Si bien en la

1 Abogado javeriano (2003) especializado en Derecho Tributario de la misma universidad (2005). Magíster en Derecho Tributario Internacional de la Universidad de Economía y Administración de Viena - Wirtschaftsuniversität Wien (2013). Gerente Senior de la sublínea de International Tax Services de EY. Las opiniones expresadas en este escrito son personales y no comprometen a ninguna de las instituciones con las que al autor está vinculado. Correo electrónico: juan.s.torres@co.ey.com.

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2015). Investigador y profesor asistente de la Intensificación en Derecho Tributario Internacional de misma universidad (2015). Diplomado, Tratados Internacionales para evitar a dupla tributação, Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), Sao Paulo, Brasil (2012). Staff de la sublínea de International Tax Services de EY (2016). Las opiniones expresadas en este escrito son personales y no comprometen a ninguna de las instituciones con las que al autor está vinculado. Correo electrónico: pabloandresperez@icloud.com

* Este artículo puede citarse de la siguiente forma: Juan Sebastián Torres-Richoux & Pablo Andrés Pérez García. *Hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana. Reflexiones acerca de su construcción y análisis de sus objetivos desde el Derecho Tributario comparado*, Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, núm. 74, pág. 205, Bogotá D.C., mayo 2016.

exposición de motivos se indica que la norma tiene por objeto evitar abusos que conduzcan a erosión de la base gravable para efectos del cálculo del impuesto sobre la renta, la norma, en opinión de los autores, rebasa estos objetivos. Es así como sale de la órbita de lo que la doctrina internacional considera como una norma de subcapitalización (“*thin capitalization rules*” en inglés), para ser simplemente una regla que limita la deducibilidad de una expensa puntual, esto es los intereses. Al cubrir deuda contraída entre contribuyentes con terceros no vinculados ni relacionados, ubicados en Colombia o en el exterior, la norma de subcapitalización colombiana no solo desborda la orientación primigenia acorde con lo indicado en la exposición de motivos de la reforma tributaria, sino que además se deslinda de las reglas que tienen similar propósito en Latinoamérica. Conforme con lo anterior, los autores desarrollan las ideas tendientes a demostrar que el artículo 118-1 del Estatuto Tributario excede los fines naturales de las normas de subcapitalización en general, y por esta vía viola varios preceptos de estirpe constitucional.

Palabras clave

Subcapitalización, Aportes de capital, Deducibilidad de intereses, Principios constitucionales de derecho a la igualdad, debido proceso, buena fe, libertad de empresa, equidad y progresividad.

Abstract

In the 2012 tax reform (Ley 1607 of 2012), the legislator included in the Colombian tax law a thin capitalization rule for the first time. Albeit that, in accordance with the reasons provided by the National Government at the time of the filing of the tax bill, the Colombian thin capitalization rule was to be established in order to avoid abuse situations, the authors are of the opinion that the rule overextended those rationales. This brings as a consequence that the rule exceeded the limits proposed by the international scholars, and can be deemed as a regulation that limits the deductibility of certain expense, this is interest payment. Covering debt incurred by taxpayers with a third non-related party, both domiciled in Colombia or abroad, the Colombian thin capitalization rule not only exceeds the intention initially posed by the National Government on the tax bill, but rather isolates such regulation from the Latin thin capitalization regulation. Based on the above, the authors develop their opinion so as to demonstrate that the rule subject to analysis surpasses the objectives of the thin capitalization regulation, and consequently violates several constitutional principles.

Keywords

Thin capitalization, Capital contributions, Interest deductibility, Constitutional principles of equality, due process, good faith, freedom of enterprise and progressivity.

Resumo

Na reforma tributária do ano de 2012, o legislador inseriu no ordenamento tributário colombiano uma norma de subcapitalização pela primeira vez. Ainda que na exposição de motivos indica-se que a norma tem por objetivo evitar abusos que conduzam a erosão da base fiscal para efeitos do cálculo do imposto sobre a renda, a norma, segundo a doutrina, ultrapassa estes objetivos. É assim que a doutrina internacional deixa de considerar como uma norma de subcapitalização (“thin capitalization rules” em inglês), para ser simplesmente uma regra que limita a dedutibilidade de uma despesa pontual, que são os juros. Ao cobrir a dívida contraída entre contribuintes com terceiros não vinculados nem relacionados, localizados na Colômbia ou no exterior, a norma de subcapitalização colombiana não só desborda a orientação primigênia acorde com o indicado na exposição de motivos da reforma tributária, senão que, além disso, desvincula-se das regras que têm propósito similar na Americana Latina. Desse modo, os autores desenvolvem as ideias tendentes a demonstrar que o artigo 118-1 do Estatuto Tributário excede os fins naturais das normas de subcapitalização em geral, e, por esta via, viola vários preceitos de estirpe constitucional.

Palavras-chave

Subcapitalização, Aportes de capital, Dedutibilidade de juros, Princípios constitucionais de direitos à igualdade, devido processo, boa-fé, liberdade de empresa, equidade e progressividade.

Sumario

Introducción, Marco conceptual, ¿Para qué normas que castigan la subcapitalización?; 1. Reglas de subcapitalización y sus diferentes expresiones, 1.1. Mecanismos “*Arm’s length*”, 1.2. Mecanismos “Ratio”; 2. Proyecto BEPS/OCDE; 3. Experiencia latinoamericana en materia de subcapitalización; 4. La norma de subcapitalización en el caso colombiano, 4.1. Exposición de motivos de la norma de subcapitalización, 4.2. Norma de subcapitalización contenida en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario y decretos reglamentarios que la complementan; 5. Análisis jurisprudencial de la Sentencia C-665 de 2014, 5.1. Análisis de los derechos constitucionales presuntamente violados por la norma de subcapitalización,

5.1.1. *Derecho a la igualdad*, 5.1.2. *Debido proceso*, 5.1.3. *Buena Fe*, 5.1.4. *Libertad de empresa*, 5.1.5. *Principio de equidad y progresividad*; 6. Críticas a la hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana, 6.1. Cálculo del monto promedio de deuda, 6.2. Aplicación de la norma a deuda entre entidades no relacionadas ni vinculadas, 6.3. Aplicación de la norma a deuda entre entidades domésticas; 7. Conclusiones y recomendaciones; 8. Bibliografía.

Introducción

Marco conceptual

En la actualidad, las estructuras fiscales de los países desarrollados están diseñadas para que las utilidades generadas por las compañías multinacionales sean gravadas en el país de su domicilio. Así las cosas, la tributación internacional de las transacciones intragrupo crea para dichas multinacionales la oportunidad para tomar ventaja tanto de la legítima economía de opción de tributos³, como del diferimiento en la causación de los tributos⁴.

De otro lado, en el marco de las cada vez más recurrentes crisis financieras, los gobiernos se ven en la obligación de proteger sus ingresos fiscales. Consecuencia de esto, es frecuente que las operaciones de planeación tributaria que se desarrollan con observancia de la regulación tributaria sean señaladas como “abusivas” o “elusivas” al, muchas veces, no poder ser tildadas de “evasivas”. Por la misma causa, las financiaciones intragrupo son objeto de cuidadoso escrutinio por ser “sospechosas”, sin perjuicio de que las condiciones de las mismas hayan sido pactadas en el marco del régimen de precios de transferencia y atendiendo a las condiciones de mercado y plena competencia (i.e. “*arm’s length principle*”) vigentes a la fecha de la transacción.

Sin perjuicio de que las condiciones de mercado actúan como cota de referencia en lo referente a deuda, patrimonio y cuantificación de los intereses a pagar, en materia de subcapitalización, entre otras, las circunstancias y los hechos hacen evidente que no es fácil ubicar transacciones entre no relacionadas que tengan un contenido análogo o siquiera similar para efectos del análisis

3 Este concepto (*least taxed road* en inglés), que tiene origen en la jurisprudencia belga (Supreme Court of Belgium/Court de Cassation/Hof van Cassatie. Pas. 1961, I. p. 1082. (june 6 of 1961)) y desarrollo pleno en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU. Halifax plc et alia. C-255/02. (febrero 21 de 2006); TJEU. Part Service Srl plc et alia. C-425/06. (febrero 21 de 2006), entre otros), propugna por la libertad con que cuenta el contribuyente para estructurar sus negocios de manera tal que se cause el menor impuesto posible siempre que las operaciones tenga pleno sustento económico.

4 A. Storck. The financing of multinational companies and taxes: An overview of the issues and suggestions for solutions and improvements. 65 Bull. Int. Tax. 1, 27. (2011).

de comparabilidad⁵. Esto ha conllevado a que dicho principio, y de paso la normatividad de precios de transferencia, deba tener unas connotaciones especiales y un desarrollo específico en materia de subcapitalización para que pueda tener vigencia y pueda servir de instrumento de política fiscal para proteger los ingresos de determinado país.

La tendencia mundial en materia de subcapitalización, entendida esta como una especie de norma antiabuso de carácter particular, reconoce las deficiencias del régimen de precios de transferencia (i.e. falta de seguridad jurídica y ausencia de objetividad y comparabilidad) y entonces opta por preparar unas normas específicas que atiendan de manera puntual los retos que dicha materia presenta.

¿Para qué normas que castigan la subcapitalización?

Por regla general, los entes económicos para efectos de llevar a cabo su objeto social se financian con una mezcla compuesta de deuda y patrimonio. La subcapitalización se refiere entonces a la situación bajo la cual una compañía se financia con un alto nivel de endeudamiento si éste es comparado con el monto de su patrimonio⁶.

El modo en el cual una compañía es financiada tiene un importante impacto en las utilidades que genera y que declara para efectos de impuestos sobre la renta. El retorno de un capital invertido en una compañía se recibe a título de dividendo; éste procede de los ingresos (por regla general gravados) de la compañía que los distribuye e incluso pueden estar gravados en cabeza del accionista que los recibe. De otro lado, el costo pagado por la financiación, a título de intereses, no hace parte de los ingresos gravados de la compañía y solo lo será, eventualmente, en cabeza de quien presta los fondos para dicha financiación⁷.

Generalmente las regulaciones tributarias domésticas permiten que se deduzcan, para efectos del cálculo del impuesto a cargo, los intereses pagados o causados y por pagar⁸. Así las cosas, por una parte entre más alto sea el nivel de endeudamiento de una compañía, y por ende de los intereses que paga por el servicio de la deuda, más baja será la base gravable sobre la cual se recauda

5 Van der Breggen. Intercompany loans: Observation from a transfer pricing perspective. ITPJ, 295. (2006).

6 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Thin Capitalization Legislation. A background paper for country tax administrations. (http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20Thin_Capitalization_Background.pdf). (2012).

7 M. Lang. International group financing and taxes. Institute for Austrian and International Tax Law. Ed. Linde, Vienna, Austria. p. 85. (2012).

8 Entre otros Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, República de Irlanda, Italia, Japón, República de Corea, Lituania, Letonia, Luxemburgo, Malta, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y EE.UU. Fuente: S. Baersch. Taxation of hybrid financial instruments and the reumeration derived therefrom in an international and cross-border context. Universitat Mannheim. p. 29. (2012).

el impuesto sobre la renta; de otra, dichos intereses podrán ser gravados para el prestamista dejando como consecuencia un mayor recaudo para el Estado receptor del interés⁹. Bajo estas consideraciones, la deuda es usualmente un camino más eficiente desde el punto de vista tributario si se compara con la capitalización que hagan socios o accionistas en tanto que los dividendos pagados no serán, en ningún caso, deducibles de la renta producida por el ente económico.

Las entidades multinacionales a menudo tienen la capacidad de estructurar sus financiaciones de manera tal que los beneficios tributarios en comento son maximizados. No solo cuentan con la capacidad de organizar combinaciones de deuda y patrimonio que resulten atractivas desde la perspectiva tributaria, sino que también puede afectar la manera como es gravado el ente que presta el dinero y, a cambio, recibe como pago los intereses causados. Es así como estas entidades multinacionales tienen la facultad de estructurar la operación para que dichos intereses sean recibidos en una jurisdicción que o bien no grave dicho ingreso, o que si son gravados sea a una tarifa reducida¹⁰.

La capacidad de ubicar las utilidades en jurisdicciones que pueden favorecerles más desde el punto de vista tributario les genera a las compañías multinacionales una ventaja en comparación con las compañías que tienen presencia exclusivamente local. En efecto, las compañías locales deberán tributar sobre las utilidades generadas por su actividad, sin tener la posibilidad de deducir los intereses pagados a vinculadas en el extranjero, como si lo hacen las entidades multinacionales.

En el siguiente cuadro se resumen las diferentes características de los métodos de financiación con los que cuentan los entes económicos:

	PATRIMONIO	DEUDA
	Recursos propios	Recursos de terceros
Quién entrega los fondos	Accionistas o socios. El pago es una contribución de capital.	Acreedor. El pago es un préstamo. Por regla general deducibles en el impuesto sobre la renta
Quién recibe los fondos	Ente económico. El retorno pagado es dividendo o participación o incremento en el valor de la acción o de la cuota. No deducible en el impuesto sobre la renta.	Ente económico. El retorno pagado son intereses, por regla general deducibles en materia de impuesto sobre la renta.

Fuente: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Thin capitalization legislation. A background paper for country tax administrations. (2012).

9 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Thin capitalisation legislation. A Background Paper for Country Tax Administrations. (http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20Thin_Capitalization_Background.pdf). (2012)).

10 *Ibid.*

De esta manera podemos concluir que las medidas de política fiscal deben ser tomadas por parte de los gobiernos no solamente para corregir estas situaciones que pueden ser denominadas como “abusivas”, y así proteger sus propios ingresos tributarios, sino también para evitar que las compañías que solamente cuentan con presencia local, pero que compiten con empresas multinacionales en determinados mercados nacionales, puedan verse perjudicadas al no estar en capacidad de estructurar operaciones con las características descritas.

1. Reglas de subcapitalización y sus diferentes expresiones

Acorde con lo revisado, tenemos que las empresas multinacionales pueden reducir su carga fiscal al pagar préstamos intragrupo a sus subsidiarias ubicadas en el exterior en donde pueden existir regímenes más beneficiosos en materia fiscal, bien por bajas o nulas tasas de imposición o porque el ingreso derivado de préstamo tiene un trato preferencial y no es gravado.

Las reglas de subcapitalización son normas que típicamente tienen por objeto restringir la deducibilidad de los intereses pagados, si el monto de los préstamos otorgados por socios o accionistas, o alguna entidad vinculada o relacionada, se entiende como excesivo en concordancia con ciertos parámetros contenidos en la norma¹¹. Así las cosas, el objeto de esta norma no es otro que combatir la salida de utilidades, vía el giro de intereses excesivos, a compañías ubicadas en el exterior y de esta manera proteger la base gravable de la cual hace el recaudo del impuesto correspondiente.

Existe una serie de mecanismos para efectos de restringir los beneficios fiscales que se pretenda obtener por esta vía tales como: la implementación de índices fijos de relación entre patrimonio y deuda¹² cuyo exceso no podrá ser tomado como deducible; regímenes de excepción¹³ en los cuales se permite la posibilidad al contribuyente de demostrar que otro índice patrimonio-deuda podría ser más apropiado a su realidad económica; limitación de cierto porcentaje de los intereses pagados, calculado este límite teniendo en consideración los ingresos producidos¹⁴; y; la aplicación del principio de plena competencia¹⁵ aplicado al préstamo para efectos de calcular la parte de los intereses que podría ser deducible¹⁶.

11 En los términos de la normatividad, una entidad se encuentra “subcapitalizada” en el caso en que el grueso de su financiación se obtenga por deuda y no por capitalización realizada a sus socios.

12 “*Debt-equity ratios*” en inglés.

13 “*Safe haven rules*” en inglés.

14 “*Earning stripping*” en inglés.

15 “*Arm’s length principle*” en inglés.

16 M. Lang. Op. cit., p. 85.

Si bien es cierto que regularmente las reglas de subcapitalización tienen como fin limitar la deducibilidad de los intereses, se pueden identificar también otras consecuencias de estas reglas, a saber: determinación de una porción de los intereses que no podrá ser deducible; reclasificación de intereses como dividendos, y; reclasificación de un aporte de capital de un acreedor como una financiación que genera el pago de intereses¹⁷.

1.1. Mecanismos “*Arm’s length*”

En este grupo de regulaciones encontramos las normas que tienen por objeto marcar un límite al monto de la deuda para efectos de determinar que parte de los intereses pagados puede ser tenido como deducible. Parte de la doctrina internacional entiende que esta modalidad de normas de subcapitalización es la rama de los precios de transferencia cuyo objetivo es la aplicación del principio “*arm’s length*” a la financiación del ente económico. De esta suerte, en muchas legislaciones que adoptan este sistema las normas de subcapitalización son un apéndice de las normas de precios de transferencia.

Bajo este mecanismo, es el contribuyente quien debe establecer el monto de la deuda que un tercero independiente estaría dispuesto a entregarle en calidad de préstamo, puesto que cualquier exceso a dicho monto tendrá indefectiblemente la condición de no deducible. Dicho de otro modo, bajo esta clase de regulación el contribuyente, sobre quien pesa la carga de la prueba, es el encargado de preparar un estudio que contenga todas las variables económicas y jurídicas necesarias para demostrar que el monto recibido del vinculado o relacionado es el que cualquier tercero no vinculado (e. g. entidad financiera) le prestaría.

Como aspecto positivo de este mecanismo se puede resaltar que tiene en cuenta la “real” capacidad de endeudamiento de cada contribuyente sujeto al régimen, en tanto las diferentes condiciones del préstamo entre relacionados se pactan de la misma manera como lo haría otra entidad que no tiene la posibilidad de recibir una financiación intragrupo¹⁸. De esta manera, tanto entidades multinacionales como las que solamente tienen presencia local están en igualdad de condiciones en materia tributaria, toda vez que el monto de endeudamiento está atado a la realidad de cada empresa, independientemente de la capacidad de financiación interna que pueda tener el conglomerado económico al cual pertenecen.

17 Ibid.

18 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Thin capitalization legislation. A Background Paper for Country Tax Administrations. (http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20Thin_Capitalization_Background.pdf). (2012).

Sin perjuicio de lo anterior, una de las desventajas del método recae en que las autoridades tributarias deben dedicar importantes recursos en la capacitación de sus funcionarios para que estos se encuentren en posición de establecer la cantidad de dinero que determinada entidad estaría en posición de recibir en calidad de préstamo de parte de terceros independientes. Esto necesariamente implica que las oficinas de impuestos deben entender bien los procedimientos y análisis llevados a cabo por entidades que en el giro ordinario de sus negocios se dedican a entregar dineros en préstamo, pero adicionalmente, deben tener la capacidad de observar las condiciones especiales de contribuyentes cuyos negocios merecen un trato diferencial¹⁹.

Dentro de los diferentes países que aplican este método mencionaremos en este estudio el caso de las normas de subcapitalización del Reino Unido y de Suráfrica. Veamos los casos:

- El Reino Unido implementó una serie de normas²⁰ bajo las cuales las entidades contribuyentes vinculadas entre sí deben tener como límite para sus préstamos internos el monto de deuda que hubieran podido obtener en el mercado bajo el principio “*arm’s length*”²¹. Es de anotarse que, en todo caso, la deuda que podrá ser deducible será aquella que el ente económico necesite realmente para su operación.

Dicho en otras palabras, las autoridades tributarias del Reino Unido pueden negar la deducibilidad de unos intereses que tengan fuente en una deuda que se justifica en razones de eficiencias tributarias y no en necesidades financieras de endeudamiento después que así lo demuestre un análisis de toda la transacción de apalancamiento. Así, no solo se castiga el “excesivo” endeudamiento, sino también la “excesiva” tasa de interés pactada entre los vinculados económicos.

- En Suráfrica las normas de subcapitalización hacen parte de la regulación de precios de transferencia. Los ajustes que pueden efectuar las autoridades tributarias bajo el principio “*arm’s length*”, se refieren a desconocimiento de intereses pagados a vinculados económicos y, residualmente, a entender que ciertas transacciones son préstamos que causan intereses.

Esta regulación fue fruto de discusiones adelantadas por parte del gobierno con entidades financieras pues quisieron entender los criterios de estas para entregar préstamos a sus clientes. Después del estudio del comportamien-

19 L. Claessens. A reader in international corporate finance. A multinational perspective on capital structure choice and internal capital market. vol. 2. pp. 243 - 281. World Bank Publications, Washington. (2006).

20 “*Would have*” approach en inglés. Incluidas en Taxation (International and Other Provisions) Act 2010. Parte 4. (2006).

21 M. Lang. Op. cit., p. 76.

to del tema del endeudamiento, las autoridades fiscales llegaron a la conclusión que los índices patrimonio-deuda no son siquiera factores que las entidades financieras tienen en cuenta al momento de otorgar un préstamo²².

1.2. Mecanismos “Ratio”

En esta categoría de normas se utilizan índices o razones financieras para determinar qué proporción de los intereses pagados por un contribuyente a su vinculado económico puede ser tomada como deducible. Los índices varían dependiendo las regulaciones de cada país que utiliza este mecanismo, a saber pueden estar contruidos con diferentes variables financieras (e. g. deuda-patrimonio, deuda-ebitda²³), pueden tener diferentes índices (e. g. 2:1, 5:1), pueden tener diferentes conceptos de deuda (e. g. deuda entre vinculados, deuda total del contribuyente), puede tener diferente concepto de patrimonio (e. g. patrimonio del contribuyente en determinado país, patrimonio global de la entidad multinacional).

Sin perjuicio de que, por su propia naturaleza, el mecanismo de los índices es inflexible, existen legislaciones que permiten que ciertos contribuyentes estén por fuera de los límites. En efecto, la entidad sujeta a las normas de subcapitalización debe demostrar que existen razones económicas y de mercado que hacen que los índices fijos no estén de acuerdo con su propia realidad y, por lo tanto, no les sean aplicables. Estas normas son conocidas en el derecho tributario comparado como “*safe haven rules*”.

Habida consideración de que los términos deuda y patrimonio son conceptos contenidos en esta clase de normatividad, es forzoso revisarlos para efectos de tener claro sus límites y condicionamientos.

- Deuda. Por regla general, las entidades que se dedican a realizar préstamos a terceros no relacionados (e. g. entidades financieras), incluyen dentro de los instrumentos generados de deuda, además de los préstamos, los leasings financieros, los derivados (i. e. deuda sintética), algunos contratos de *factoring* y las acciones con dividendos preferenciales.

Las legislaciones que contienen este tipo de regulación, para estos efectos no se limitan a incluir como deuda a los instrumentos financieros clasificados como tal desde la perspectiva contable. De hecho, y para evitar las complicaciones que surgen en determinar si un instrumento complejo es deuda o patrimonio, las normas se enfocan en si dicho instrumento genera la obligación de pagar una suma de dinero la cual posteriormente es tomada como deducible en el cómputo de la renta líquida del contribuyente²⁴.

22 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Op. cit.

23 Earnings before interests, taxes, depreciation and amortizations, en inglés.

24 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Op. cit.

Para evitar prácticas abusivas relativas a la manipulación del nivel de deuda²⁵, algunos países decidieron incluir en la regulación promedios o niveles máximos de deuda que deben ser cumplidos a lo largo de determinado período gravable.

- Patrimonio. Esta noción recoge el concepto eminentemente contable del mismo y, en ese sentido, incluye las cuentas del patrimonio que la componen tales como capital, superávit de capital, dividendos retenidos, reservas, etc.

La doctrina internacional reconoce ciertas bondades en este sistema, todas ellas relacionadas con la seguridad jurídica que brindan los índices fijos en el sentido de que sí la entidad tiene su nivel de deuda intercompañía dentro de los rangos previamente establecidos no tiene ninguna clase de limitaciones. Esto, sin duda, le reduce costos al contribuyente en lo tocante a la preparación de complicados informes; de otro lado, no requiere que las autoridades tributarias tengan extensos conocimientos en el tema pues les basta un rápido cotejo entre los datos de las razones para concluir si se cumple o no.

No obstante lo anterior, el mecanismo también tiene consecuencias negativas que deben ser objeto de revisión. La fijación de índices, que en muchos casos no tienen justificación en estudios que analicen el impacto de las medidas sino en necesidades recaudatorias, trae como consecuencia general efectos de distorsión en la economía con un especial énfasis en las finanzas de las entidades multinacionales. En este sentido, la fijación de índices fijos basados en razones de política fiscal cuya ausencia de sustancia económica es evidente, hace que las normas de subcapitalización sean arbitrarias y causen impacto en las decisiones financieras que toman día a día los diferentes contribuyentes. Aunado a lo anterior, la doctrina internacional les crítica a esta clase de normas su redacción vaga y equívoca que conduce a actitudes arbitrarias desplegadas por parte de las autoridades tributarias²⁶, en tanto el tratamiento entre entidades multinacionales e independientes es diferenciado e inconsistente.

Pasaremos ahora a revisar el caso de algunos países que utilizan el mecanismo de los índices fijo en su normatividad de subcapitalización.

- Canadá limita, en sus normas de subcapitalización, la deducibilidad de gastos por concepto de intereses incurridos por parte de entidades domiciliadas en Canadá cuando el monto de la deuda a ciertas entidades no domiciliadas en Canadá supere el índice 1,5:1 (deuda-patrimonio). Es de anotar

25 Conocido en la doctrina internacional como “*bed and breakfast*”, bajo este mecanismo el nivel de deuda de la entidad contribuyente es reducido a la fecha en que se mide para efectos de la limitación de la deducibilidad de los intereses pagados, para ser posteriormente aumentado a los niveles previos.

26 L. Claessens. Op. cit.

que las normas que fueran objeto de reciente actualización²⁷ aplican para las entidades domiciliadas en Canadá que reciben préstamos de entidades no domiciliadas en Canadá pero relacionadas o vinculadas con aquellas.

- En China las normas de subcapitalización operan para efectos de desconocer el pago de intereses a entidades relacionadas o vinculadas que superen el índice deuda-patrimonio 5:1 para entidades financieras y 2:1 para el resto de las empresas. Es importante destacar que los intereses podrían ser deducibles en caso de superar los índices indicados si el contribuyente logra demostrarle a las autoridades tributarias que la tasa de intereses pactada entre las empresas relacionadas es la misma que obtendría la entidad domiciliada en China en el mercado financiero local.
- En principio, Italia no cuenta con normas de subcapitalización. No obstante, se desconoce la deducibilidad de los intereses pagados por encima del 30% del Ebitda generado por parte de la entidad contribuyente en determinado período gravable. Los intereses pagados por encima del monto indicado pueden ser tomados como deducibles en el siguiente año, por cualquiera de los miembros del grupo que consolida para efectos del impuesto sobre la renta, sin que se pueda superar la restricción indicada.
- Dichos contribuyentes pueden deducir de su renta los gastos por intereses hasta por el 30% de su Ebitda y los excesos pueden ser tomados en los siguientes ejercicios fiscales de manera indefinida.

Como nota particular, la limitación contenida en la regulación alemana aplica a los intereses pagados tanto a terceros independientes como a partes relacionadas.

2. Proyecto BEPS/OCDE

El 5 de octubre de 2015, la OCDE publicó los 15 reportes finales en las áreas de estudio sobre los cuales se enfocan los Planes de Acción de la iniciativa BEPS²⁸, una de sus iniciativas más audaces desde su creación. Por considerarlo relevante para este análisis, vamos a hacer referencia al Plan de Acción 4²⁹, atinente a las limitaciones de la base gravable usando deducción de intereses y otros pagos de índole financiera³⁰.

27 La reforma de abril de 2013 hizo más estricta la regulación, habida cuenta que el índice deuda-patrimonio pasó de 2-1 a 1.5-1.

28 *Base erosion profit shifting* en inglés.

29 OECD. Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments. Action 4 - 2015 Final report. OECD/G20 Base erosion and profit shifting project. OECD Publishing, Paris. (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. (2015)).

30 Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments, en inglés.

Señala el estudio que el dinero, por ser móvil y fungible, permite que las entidades multinacionales obtengan resultados tributarios favorables ajustando el monto de la deuda que se contrae entre las mismas entidades pertenecientes al grupo. En líneas generales, el Plan de Acción propone mejores prácticas para atacar este fenómeno y en su punto de vista la más recomendable es la creación de una norma de carácter objetivo (“*fixed ratio*”) atada al Ebitda del contribuyente pero en las deudas incurridas por entidades multinacionales. Reconoce, además, que en casos especiales debe atenderse a las situaciones particulares, como los eventos en que el sector demanda un alto nivel de deuda (i.e. inversiones públicas, entidades pertenecientes al sector financiero).

Con el ánimo de referirnos de manera puntual a quienes deberían estar cobijados por la norma cuya creación propone el informe, los destinatarios de la restricción a la limitación de los intereses, recomienda el citado Plan de Acción como mínimo deben ser las entidades con presencia multinacional. Si bien es cierto que pudiera existir el caso que la norma tenga además una aplicación local, esta se limita a casos especiales como los citados en el Anexo A, esto es cuando normas supranacionales como las existentes en el marco de la Comunidad Europea den pie a la existencia de factores que permitan que se viole el espíritu de la limitación mencionada. Del mismo modo, reconocen que la norma debe ser aplicada a entidades que no pertenezcan a grupo multinacionales (“*standalone entities*”) en casos en los cuales puedan existir estructuras complejas de posesión de la propiedad accionaria, tales como los que implican la existencia de fiducias y *partnerships*.

3. Experiencia latinoamericana en materia de subcapitalización

La reacción de los ordenamientos tributarios frente a la subcapitalización parte de la base de que país direcciona su política fiscal a partir su realidad económica, ajustando sus disposiciones anti-abuso a los distintos supuestos de hecho que puede envolver la capitalización a través de la modalidad de endeudamiento. Por tal razón, a continuación analizamos la regla de subcapitalización para algunos países de América Latina, identificando la estructura de la norma y la racionalidad legislativa detrás de la misma. Con esto queremos verificar si el fundamento del cual se parte para fijar la regla en Colombia efectivamente corresponde a la experiencia latinoamericana, toda vez que en la exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012³¹, el legislador identificó que en la región la proporción del 3:1 es una razón adecuada de deuda frente a capital.

31 Gaceta del Congreso 666 de 2012. p. 57 (Colombia).

Cuadro
Muestra de países en América Latina que regulan la subcapitalización

País	Referencia normativa	Ratio	Destinatarios	Enfoque
Perú	Reglas escritas sobre subcapitalización encubierta, específicamente en los Art. 37 a) de la ley del IR y 21 a 6) de su reglamento. "Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con partes vinculadas cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles". El límite máximo de endeudamiento y su forma de cálculo es importante tener en cuenta el Informe N° 005-2002 SUNAT/K00000, donde se ha señalado que tal endeudamiento es un límite constante que el contribuyente debe tener en cuenta durante el transcurso del ejercicio gravable. De este modo, la suma equivalente a tres (3) veces el patrimonio neto del contribuyente debe tomarse como parámetro para establecer la procedencia de la deducción de los intereses, tanto al inicio del ejercicio como en cualquier otro momento posterior.	3 a 1	Sujetos o partes vinculadas	La norma de subcapitalización en la legislación peruana solo es aplicable en aquellas operaciones de financiamiento efectuadas entre partes vinculadas y cuando se verifica que un sobre endeudamiento determinado mediante una ratio fija, es decir, superior a la relación 3:1
Venezuela	Ley de Impuesto Sobre la Renta "Artículo 118. Los intereses pagados directamente a personas que se consideren partes vinculadas en los términos de la Sección Segunda del Capítulo III del	1 a 1	Deudas contraídas directamente con partes vinculadas	En Venezuela, si el cociente es igual o mayor a uno, el contribuyente podrá deducir el monto total de los intereses pagados, directa o indirectamente a partes vinculadas.

País	Referencia normativa	Ratio	Destinatarios	Enfoque
	<p>Título VII de la presente Ley, serán deducibles solo en la medida en que el monto de las deudas contraídas directa o indirectamente con partes vinculadas, adicionadas con el monto de las deudas contraídas con partes independientes, no exceda del patrimonio neto del contribuyente. (...).</p> <p>El monto de los intereses deducibles a que se refiere el primer párrafo de este artículo se determinará restando el saldo promedio anual de las deudas del contribuyente con partes independientes del saldo promedio anual del patrimonio neto y el resultado, de ser positivo, se dividirá entre el saldo anual de las deudas del contribuyente contraídas directa o indirectamente con personas que se consideren partes vinculadas. Si el cociente es igual o mayor a uno, el contribuyente podrá deducir el monto total de los intereses pagados, directa o indirectamente a partes vinculadas. Si el cociente es menor que uno, el contribuyente únicamente podrá deducir el monto que resulte de multiplicar dicho cociente por el monto total de los intereses pagados directa o indirectamente a personas que se consideren partes vinculadas."</p>	N/A	Sujetos o partes vinculadas (pres-tamo efectuado a la empresa por los dueños o socios de la misma)	La porción del monto de las deudas contraídas por la contribuyente, directa o indirectamente con partes vinculadas que exceda del saldo promedio anual del patrimonio neto del contribuyente tendrá el tratamiento de patrimonio neto.
Bolivia	<p>GONZALO SÁNCHEZ DE LOZADA PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA ARTÍCULO 18.- (Conceptos no deducibles).- No son deducibles para la determinación de la utilidad neta imponible los conceptos establecidos en el Artículo 47° de la Ley N° 843 (Texto Ordenado en 1995), ni los que se indican a continuación:</p>			Para el caso de Bolivia, describe en cuanto a la subcapitalización que solo son admitidas las deducciones de intereses pagados a socios o dueños que cumplan criterios objetivos, con diferentes indicadores dependiendo si la deuda es local o es con una entidad domiciliada en el exterior.

País	Referencia normativa	Ratio	Destinatarios	Enfoque
Chile	<p>(...).</p> <p>DECRETO SUPREMO N° 24051</p> <p>k. Los intereses pagados por los capitales invertidos en préstamo a la empresa por los dueños o socios de la misma, en la porción que dichos intereses excedan el valor de la Tasa LIBOR más tres por ciento (LIBOR + 3%) en operaciones con el exterior y, en operaciones locales, en la porción que dichos intereses excedan el valor de la tasa bancaria activa publicada por el Banco Central de Bolivia vigente en cada fecha de pago. Los intereses deducibles no podrán superar el treinta por ciento (30%) del total de intereses pagados por la empresa a terceros en la misma gestión.</p> <p>Los intereses pagados no deducibles conforme a la regla establecida en el párrafo anterior, se agregarán al monto imponible para la liquidación de este impuesto, sin perjuicio de que quienes los perciban los añadan a sus ingresos personales a efectos de la liquidación de los tributos a que se hallen sujetos.</p>	3 a 1	Sujetos o partes vinculadas y establecimiento permanente	La norma de subcapitalización chilena con tiene un criterio objetivo aplicable de manera exclusiva a los contribuyentes que contraigan deudas con sus partes relacionadas. El exceso de deuda no deducible debe ser objeto de retención en la fuente por parte del deudor, con ciertas restricciones (entidades financieras del exterior y organismos financieros internacionales multilaterales).
	<p>Ley N° 20.727 de 31 de enero de 2014; Ley N° 20.780 de 29 de septiembre de 2014; y Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1°, del Decreto Ley N° 824 de 1974.</p> <p>Inciso 1°, del artículo 41 F de la LIR</p> <p>Exceso de endeudamiento.</p> <p>“Respecto de intereses pagados o abonados en cuenta a personas relacionadas, que originalmente se encuentran gravados con una tasa de un 4%, devengados en créditos</p>			

País	Referencia normativa	Ratio	Destinatarios	Enfoque
	<p>otorgados en un ejercicio en que exista exceso de endeudamiento (deuda superior a tres veces el patrimonio), la tasa aplicable será de un 35% sobre el exceso de endeudamiento. La diferencia de tasa entre el 35% y el 4% retenido será de cargo de la sociedad. Chile entiende por endeudamiento cuando la deuda es superior a tres veces el patrimonio; sin embargo, no aplicará cuando el deudor sea una entidad cuya actividad haya sido calificada de carácter financiero por el Ministerio de Hacienda a través de una resolución fundada y tampoco se aplicará respecto de deudas con organismos financieros internacionales multilaterales”.</p>	2 a 1	Sujetos o partes vinculadas	La norma de subcapitalización argentina establece que los intereses no resulten deducibles con respecto de la ratio 2:1, serán tenidos como dividendos. No obstante, la limitación del 2:1 será inaplicable cuando la actividad logre justificarse, es decir, que la norma permite al contribuyente probar un límite de endeudamiento superior.
Argentina	<p>LIG Art. 81 - De la ganancia del año fiscal, cualquiera fuese la fuente de ganancia y con las limitaciones contenidas en esta ley, se podrá deducir: a) Los intereses de deudas, sus respectivas actualizaciones y los gastos originados por la constitución, renovación y cancelación de las mismas. (...) En el caso de sujetos comprendidos en el artículo 49, excluidas las entidades regidas por la Ley 21.526 y sus modificaciones, los intereses de deudas —con excepción de los originados en los préstamos comprendidos en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93— contraídos con personas no residentes que los controlen, según los criterios previstos en el artículo incorporado a continuación del artículo 15 de la presente ley, no serán deducibles del balance impositivo al que corresponda su imputación en la proporción correspondiente al monto del pasivo que los</p>			

País	Referencia normativa	Ratio	Destinatarios	Enfoque
Ecuador	<p>origina, existente al cierre del ejercicio, que exceda a dos (2) veces el importe del patrimonio neto a la misma fecha, debiéndose considerar como tal lo que al respecto defina la reglamentación.</p> <p>Los intereses que de conformidad a lo establecido en el párrafo anterior no resulten deducibles, tendrán el tratamiento previsto en la presente ley para los dividendos.</p> <p>La reglamentación podrá determinar la inaplicabilidad de la limitación prevista en los dos párrafos anteriores cuando el tipo de actividad que desarrolle el sujeto lo justifique. Cuando los sujetos a que se refiere el cuarto párrafo de este inciso, paguen intereses de deudas —incluidos los correspondientes a obligaciones negociables emitidas conforme a las disposiciones de la Ley 23.576 y sus modificaciones — cuyos beneficiarios sean también sujetos comprendidos en dicha norma, deberán practicar sobre los mismos, en la forma, plazo y condiciones que al respecto establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos una retención del treinta y cinco por ciento (35%), la que tendrá para los titulares de dicha renta el carácter de pago a cuenta del impuesto de la presente ley.</p> <p>CONGRESO NACIONAL LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN Resuelve: EXPEDIR LA SIGUIENTE CODIFICACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO Art. 10.- Deduciones.- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito</p>	La relación deuda / activos no puede superar el 60%.	Deudas contraídas directamente con partes vinculadas	La norma de subcapitalización ecuatoriana establece que los créditos externos no deben ser mayores al 300% con respecto al patrimonio de la sociedad.

País	Referencia normativa	Ratio	Destinatarios	Enfoque
	<p>de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones:</p> <p>2. (...).</p> <p>Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de estos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales</p>	2 a 1	Sujetos o partes vinculadas	El sistema de subcapitalización en Brasil contiene una diferenciación basada en quien es el deudor del contribuyente que pretende tomar como deducibles los intereses pagados. Así, existe un enfoque para cuando los intereses son pagados a una entidad extranjera que tiene participaciones en entidades jurídicas residentes en Brasil y otro para las entidades que no tienen las anteriores participaciones.
Brasil	<p>Ley N ° 12.249, de 11 de junio de 2010 - DOU DE 14/6/2010 enmendada por la Ley N ° 12.409, de 25 de mayo 2011 - DOU DE 05/26/2011</p> <p>Art. 24. Sin perjuicio de art. 22 de la Ley N ° 9.430, de 27 de diciembre, 1996, el interés pagado o acreditado por la fuente situada en Brasil para personas físicas o jurídicas, vinculadas de conformidad con el art. 23 de la Ley N ° 9.430, de 27 de diciembre de 1996, el residente o domiciliado en el exterior, el país no incorporada o dependencia con la tributación favorecida o bajo régimen fiscal privilegiado, solo será deducible para efectos de determinar la base imponible y la base imponible Contribución Social sobre la Utilidad Neta, si aparecen gastos necesarios constituyen la actividad, tal como se define por el art. 47 de la Ley N ° 4506, de 30 de noviembre de 1964, durante el período de evaluación, el cumplimiento de los siguientes requisitos:</p>			

País	Referencia normativa	Ratio	Destinatarios	Enfoque
	<p>I - en el caso de la deuda con la persona jurídica con destino al extranjero que tiene participaciones en entidades jurídicas residentes en Brasil, el importe de la deuda con la persona con destino en el extranjero, comprobado durante la participación en la propiedad, no exceda de dos (2) veces el valor de la participación vinculada a la equidad de la persona jurídica en el Brasil;</p> <p>II - en el caso de la deuda con la persona jurídica con destino en el extranjero que no tiene participación accionaria en la entidad legal en Brasil, el monto de la deuda con la persona con destino en el extranjero, comprobado durante la participación en la propiedad, no exceda de dos (2) veces el patrimonio neto de la entidad legal en Brasil;</p> <p>III - en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos I y II, el valor de la suma de las deudas con las personas relacionadas en el exterior, controladas durante la participación en la propiedad, no exceda de dos (2) veces la suma de las acciones de todos los vinculados en el patrimonio de la persona jurídica en Brasil.</p>			

Si bien es cierto que en los casos arriba analizados existen normas de subcapitalización con índices fijos, es decir atienden criterios objetivos (salvo Argentina, que aunque el límite de endeudamiento se encuentra dado en una ratio de 2:1, este resultaría inaplicable cuando la actividad logre justificar el monto de deuda que sobrepase dicho umbral), en ningún caso los límites de endeudamiento se extienden a deudas contraídas con entidades locales no vinculadas.

Así las cosas, tenemos que la tendencia de la región es limitar el campo de aplicación de las normas de subcapitalización a las deudas contraídas por los contribuyentes con sus partes vinculadas domiciliadas en el exterior. Esta cuestión no deja de llamarnos la atención habida cuenta que la norma colombiana, como se verá más adelante, se separa de la mencionada corriente al incluir cualquier tipo de deuda generadora de intereses dentro de la limitación para su deducibilidad.

4. La norma de subcapitalización en el caso colombiano

4.1. Exposición de motivos de la norma de subcapitalización

En la exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012 (Gaceta del Congreso No. 666 del 5 de octubre de 2012), el Gobierno Nacional, como ponente del proyecto de reforma tributaria señaló lo siguiente:

“A finales de los años 80, por recomendación de la OCDE, se introducen por primera vez las reglas de subcapitalización, con el objetivo de limitar las deducciones por pago de intereses a compañías vinculadas. La filosofía detrás de las normas de subcapitalización, consiste en incentivar la financiación de las empresas con capital en lugar de deuda, con el fin de promover la solidez y liquidez de las empresas frente a terceros y limitando el costo fiscal de las deducciones por pago de intereses. Así las cosas, este tipo de normas tienden a crear, 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.

Por su parte, 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 frecuentemente se da 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 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 ese sentido, cualquier deuda con vinculados económicos que exceda dicha proporción se considera excesiva y da lugar a la re-calificación de los intereses como dividendos para fines fiscales, rechazando así la deducibilidad de todo pago relacionado con la deuda excesiva” (se resalta).

Conforme con lo anterior, vemos como es reiterativo el Gobierno Nacional en indicar que la norma tiene como objeto frenar posibles abusos cometidos usando deuda intercompañía como distorsionadora de la base gravable del ente económico.

En el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley (Gaceta Congreso No. 869 del 22 de noviembre de 2012) se reitera lo anterior, en los siguientes términos:

“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” (se resalta).

En este informe de ponencia, el Gobierno insiste en que la deuda contraída con vinculados del exterior tiene como consecuencia la erosión de la base gravable del impuesto sobre la renta.

Acorde con los apartes reproducidos, queremos relieves como la intención del Gobierno Nacional, posteriormente no materializada en la norma que fuera objeto de aprobación en la Ley 1607 de 2012, era limitar la norma de subcapitalización a los casos de deuda contraída con vinculados económicos del exterior, pues era en esos casos en que podría haber abuso por parte de los contribuyentes.

4.2. Norma de subcapitalización contenida en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario y decretos reglamentarios que la complementan

Con ocasión de la reforma tributaria introducida por el Congreso de la República en diciembre del año 2012 (Ley 1607 de 2012), el Estatuto Tributario incluyó en su artículo 118-1, por primera vez en su historia, una norma directa y abiertamente encaminada a desestimular subcapitalización. Vale la pena recordar que en el pasado esta clase de situaciones eran controladas por la normativa tributaria con otro tipo de herramientas; tales como el sistema de ajustes integrales por inflación, la limitación a la deducibilidad de los rendimientos financieros y la reclasificación de deuda en patrimonio para los contribuyentes que obtenían créditos de sus entidades vinculadas domiciliadas en el exterior (artículo 287 del Estatuto Tributario), entre otros.

La norma de subcapitalización es del siguiente tenor:

“Artículo 118-1. Subcapitalización. Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo 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.

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

Parágrafo 1°. Las deudas que se tendrán en cuenta para efectos del cálculo de la proporción a la que se refiere este artículo son las deudas que generen intereses.

Parágrafo 2°. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que se constituyan como sociedades, entidades o vehículos de propósito especial para la construcción de proyectos de vivienda a los que se refiere la Ley 1537 de 2012 solo 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 cuatro (4) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

Parágrafo 3°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo 4°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos de financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial”.

Valga decir que el Decreto Reglamentario 3027 del 2013 emitido por parte del Gobierno Nacional para regular la materia, indicó como debía ser calculada la deuda para efectos del cálculo de la norma. El valor promedio de la deuda es el resultado de la suma individual de la deuda en pesos del contribuyente de cada uno de los días del período gravable, dividido por 365.

De otro lado, la fórmula contenida en el decreto reglamentario definió que la proporción de intereses no deducibles debía ser determinada dividiendo el exceso de endeudamiento entre el monto máximo de endeudamiento. Habida cuenta que si se seguía al pie de la letra la indicación de la norma se podía llegar a la conclusión que no eran deducibles los intereses pagados, en ningún caso y en ninguna proporción, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 627 del 2014. Este decreto tuvo por objeto la modificación del numeral 3 del artículo 3 del citado Decreto 3027 y solucionó la falencia antes reseñada, en tanto señaló que la proporción de intereses no deducibles se determina dividiendo el exceso de endeudamiento, por el monto total promedio de las deudas.

5. Análisis jurisprudencial de la Sentencia C-665 de 2014

Bajo el contexto de la expedición de la norma de subcapitalización arriba señalada, la Sentencia C-665 de 2014 se pronunció respecto de la presunta violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, del principio de buena fe, de la libertad de empresa y de los principios de equidad y progresividad en materia tributaria, toda vez que un ciudadano interpuso acción de inconstitucionalidad en contra de dicha norma.

A juicio del actor, la regla de subcapitalización vulnera el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 13 la Constitución Política, en concordancia con los principios de equidad y justicia tributaria comprendidos en los artículos 95 y 363 del mismo ordenamiento. Para el actor la norma analizada viola la Constitución Política, pues la limitación de la deducibilidad de los intereses generados con ocasión de deudas no diferencia en cuáles casos la situación de subcapitalización obedece a fraudes a la ley o a maniobras de encubrimiento a través del endeudamiento y en cuáles las operaciones son el resultado de un uso legítimo de

instrumentos y figuras legales, necesarias y comunes en de la praxis financiera y el tráfico económico.

En este sentido, en la sentencia a la Corte le correspondió determinar si:

- El establecimiento de un límite, por encima del cual los contribuyentes que en ejercicio legítimo de figuras necesarias y usuales en el tráfico económico, como las de crédito, deban tributar, sin que proceda la deducción de los gastos por concepto de intereses que excedan el límite fijado, supone una equiparación injustificada al asimilar aquellos contribuyentes cuyo propósito fiscal es disminuir la base imponible a través de capitalizaciones encubiertas por medio de préstamos, y los que tienen una razón real de negocio, violándose así los derechos a la igualdad, debido proceso, buena fe, libertad de empresa, y de los principios de equidad y progresividad en materia tributaria.
- La norma se construye como una presunción *iuris et de iure* dentro de la cual, *ope legis*, se deniega la deducibilidad de los intereses que provengan de endeudamiento que superen la ratio 1:3, y en consecuencia, resultaría una violación a los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, al impedir probar que alguna situación de endeudamiento superior a la ratio establecida por la norma, no es evasión o fraude fiscal.

5.1. Análisis de los derechos constitucionales presuntamente violados por la norma de subcapitalización

5.1.1. Derecho a la igualdad

Como quiera que ya enunciamos los principales problemas jurídicos que la Corte Constitucional analizó en aras de dilucidar la constitucionalidad de la norma, examinaremos si para esta efectivamente la disposición viola el principio de igualdad, bajo la premisa de que la deducción de los gastos por concepto de intereses que excedan el límite fijado, asume entre evasores y no evasores, una equiparación injustificada que infringe el derecho a la igualdad.

Para tal fin, la Corte consideró en primer lugar si las finalidades que buscaba el legislador mediante la adopción del artículo demandado, efectivamente corresponden a un fin constitucional y legítimo. De ahí que, en la exposición de motivo de la Ley 1607 de 2012, se consignaran las razones que condujeron a la adopción de la subcapitalización, habiéndose indicado que la filosofía de esta figura: “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 intereses³².

Dado lo anterior, la Corte determinó la norma de subcapitalización no busca una distinción entre contribuyentes evasores y no evasores, pues se circunscribe a fijar un límite que, tratándose de la deducción tributaria de los gastos por pago de intereses, tiene una consecuencia en relación con las deudas que no lo superan y otra, distinta, respecto de las deudas que lo rebasan.

En este sentido, la Corte citó su propia jurisprudencia de la siguiente manera:

“(…) las modificaciones que se hacen a las normas tributarias y, en general, las políticas de intervención económica que se adelantan, afectan directa o indirectamente, a algunos individuos y benefician, directa o indirectamente, a otros”, dado que “en un Estado social de derecho, las políticas de intervención, incluidas las tributarias, no son económicamente neutrales; por el contrario, ellas persiguen fines particulares, para lo cual se alteran las condiciones económicas de los particulares”, de donde se desprende que el análisis de constitucionalidad de estas leyes “no puede realizarse a partir de los beneficios o de las dificultades que generen en un individuo o en un sector en particular, salvo que se desconozcan o se vulneren sus derechos constitucionales o que el Congreso transgreda con ellas el marco establecido en la Constitución Política”³³.

Así las cosas, la Corte concluyó que no existe una violación al derecho a la igualdad toda vez que: (i) en virtud de la gran amplitud del margen de configuración legislativa en materia tributaria, el Congreso de la República puede definir de entre varias políticas tributarias cuál adoptar y de entre una pluralidad de medios para lograr los objetivos propuestos escoger los que estime adecuados, (ii) el actor no ha logrado comprobar que en la disposición acusada tiene asidero una distinción palmaria entre evasores y no evasores, tampoco que el medio para enfrentar las conductas evasoras sea la amenaza de una sanción (por el hecho de no permitir la deducibilidad) y menos aún que dispense un tratamiento injustificado a quienes se endeudan por encima del límite, sin tener la intención de erosionar la base del impuesto sobre la renta y complementarios³⁴.

5.1.2. Debido proceso

En opinión del demandante, la norma de subcapitalización “se construye como una presunción iuris et de iure dentro de la cual, *ope legis*, se deniega la dedu-

32 Gaceta del Congreso. Op. cit., pp. 56 y 57.

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-007 de 2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-665 de 2014. (M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo).

cibilidad de los intereses que provengan de endeudamiento que superen la ratio 1:3”. Lo anterior genera, para el demandante, una flagrante violación a los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, puesto que al contribuyente no se le da oportunidad de demostrar que el monto de su endeudamiento no obedece al propósito de defraudar al fisco.

La legislación colombiana en materia de subcapitalización consiste en el establecimiento de un límite único y general, basado en una presunción que el legislador formula a partir de un juicio que él mismo ha realizado y que cumple su efecto cuando el límite resultante de esa apreciación queda establecido en el precepto legal. La norma toma como criterio la experiencia de la región, tal y como se afirma en su exposición de motivos, en donde se indica que en “(la) región se ha identificado la proporción de 3:1 como una razón adecuada de deuda frente a capital”³⁵. Siendo esto así, la Corte precisó que cuando el legislador se vale de un fundamento empírico para formular alguna regla, si en sede de control de constitucionalidad se demuestra fehacientemente que ese fundamento empírico falla, puede verse comprometida la validez del precepto que contiene la regla.

En este sentido, toda vez que el sistema adoptado por Colombia es un sistema objetivo, indicó la Corte Constitucional que “(...) *resulta claro que los destinatarios del mandato, aun cuando pudieran verse afectados, no pueden desplegar una actividad probatoria orientada a cuestionar el límite legalmente establecido, o las razones que condujeron al legislador a formular la regla de derecho, lo que, en otros términos, implica que no procede admitirlos a demostrar que, a pesar de haber superado el límite de endeudamiento, no lo hicieron para incurrir en prácticas de evasión o que, por ello, merecen la deducción tributaria también en lo referente al exceso*”³⁶.

Siendo esto así, en la sentencia se determinó que el cargo del demandante no era procedente ya que el establecimiento de presunciones obedece a “índices externos y globales de actividades económicas o de frecuencia en la verificación de un hecho, socialmente consolidado” los cuales según la naturaleza de la presunción y de la política fiscal que la anime, puede o no admitir prueba en contrario. Sin embargo, según la Corte Constitucional en muchas ocasiones pasadas las presunciones han demostrado ser efectivas “*para abarcar en el universo de contribuyentes y rentas, categorías de contribuyentes y tipos de rentas esquivas a su inclusión con grave desmedro de la equidad tributaria*”³⁷.

35 Gaceta del Congreso. Op. cit., p. 57.

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-665 de 2014. (M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo).

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-015 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Por tanto, si el sistema adoptado por el legislador fue el de índole objetivo, y no uno subjetivo que imponga el análisis de cada operación o que, así sea excepcionalmente admita la prueba en contrario, lo cierto es que *“el control de constitucionalidad no puede ser el escenario ni el pretexto para cambiar o remodelar el sistema o los medios que el legislador prefirió a otros, por razones que tienen que ver, exempli gratia, con la mayor o menor dificultad que entrañe la implementación de alguna medida o la mayor o menor seguridad jurídica que brinde uno u otro sistema”*³⁸.

5.1.3. Buena Fe

En lo que respecta a la violación del artículo 83 de la Constitución Política, en opinión del demandante el hecho de que el legislador hubiera establecido que los gastos por concepto de intereses no serán deducibles, equivale a decir que el exceso en el límite siempre va a obedecer a una razón de evasión, cuestión que la Corte no comparte. Esto en la medida en que el *“(…) alcance de la presunción de buena fe no excluye que el legislador adopte medidas correctivas de situaciones que puedan generar abusos”*³⁹, ni que adopte medidas como la regla de subcapitalización para evitarlos.

En consecuencia, el hecho de que en la disposición demandada se hubieran establecido límites como el de 3:1, a juicio de la Corte Constitucional “no viola el principio de la buena fe, pues no presume nada en contra de ella, no parte del supuesto de la mala fe del gobernado; simplemente se limita a cumplir su función de salvaguarda del interés general y de ordenamiento mínimo en lo que respecta al servicio público y al funcionamiento de los entes estatales”⁴⁰. Así, para la Corte, la subcapitalización pareciera ser una norma diseñada en aras de la protección del interés público como postulado fundamental del Estado Social de Derecho.

5.1.4. Libertad de empresa

Otra de las acusaciones planteadas por el demandante, se refiere a la presunta violación de la libertad de empresa, toda vez que el artículo 333 de la Constitución Política establece que la “actividad económica y la iniciativa privada son libres”, no obstante, líneas seguidas la disposición añade que lo son “dentro de los límites del bien común”. En igual sentido, el artículo 334 de la Constitución Política establece que: “el Estado es el encargado de la dirección general de la economía, y por tal, se encuentra autorizando para intervenir en la misma”⁴¹.

Así las cosas, le corresponde la Corte Constitucional determinar si por el hecho de fijar un límite que impida deducir los gastos por intereses, orientado tal

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-665 de 2014. (M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo).

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Ibid.

y como se señaló en la exposición de motivos a evitar prácticas abusivas, se estaría violando el derecho a la libertad de empresa.

Al respecto, a pesar de que el precepto demandado pueda llegar a ser un “desestímulo” a la capitalización por endeudamiento, este se encuentra justificado, toda vez que *“resguardar ciertas condiciones que le imprimen solidez a la economía, evitando la generalización del endeudamiento excesivo como mecanismo de financiación y procurando, a la vez, un manejo económico sano, como resultado de una asunción responsable de créditos, que tienda a consultar la situación real de las empresas y a prevenir eventuales crisis”*.

En este sentido, la Corte precisó que no encuentra inconstitucionalidad manifiesta, pues aun “cuando no existe en la Constitución un límite referente a la financiación de empresas”⁴² y que, por lo tanto, es posible, en principio, recurrir al endeudamiento hasta el tope límite, “no es menos cierto que pueden ser establecidas restricciones en ejercicio de las facultades de intervención y mediante la ley”⁴³, según se trate de finalidades razonables.

5.1.5. Principio de equidad y progresividad

Respecto a este punto, opina el demandante, el hecho de que los contribuyentes que trabajan con crédito se castiguen con más impuestos (con ocasión a la subcapitalización) que las personas con mayor capacidad económica, estaría violando el principio de equidad y transparencia.

Establece la Corte Constitucional que por el hecho de que algunos contribuyentes tuvieran que recurrir con mayor frecuencia al crédito *“no implica, por sí mismo, que deban pagar más por concepto de impuesto sobre la renta”* pues la regla prevista en el artículo se aplica a la totalidad de quienes hayan financiado sus operaciones valiéndose del crédito, *“(…) lo que de ninguna manera significa que los contribuyentes cuyas actividades se financien mediante el crédito inexorablemente deban pagar más por concepto de impuesto sobre la renta, ni se revela contrario a la Constitución”*⁴⁴.

Por tal motivo, para la Corte Constitucional la apreciación general del actor carece de la contundencia necesaria para desvirtuar los motivos que el legislador tuvo al introducir en el ordenamiento la disposición cuestionada y, por lo tanto, no tiene suficiente fuerza para desvirtuar lo que el Congreso plasmó normativamente en ejercicio de su amplísima facultad de configuración⁴⁵.

42 Ibíd.

43 Ibíd.

44 Ibíd.

45 Ibíd.

6. Críticas a la hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana

6.1. Cálculo del monto promedio de deuda

El artículo 118-1 del Estatuto Tributario establece que no serán deducibles los intereses generados en 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”*.

Tenemos que la deuda debe ser calculada utilizando el promedio durante el correspondiente año gravable. Vemos cómo la intención del legislador al incluir un promedio en el punto tocante al cálculo de la deuda, fue evitar que el contribuyente realizara maniobras tendientes a reducir la deuda antes del punto de medición de la misma, para inmediatamente después aumentarla a los niveles previos.

De otro lado podemos observar cómo la norma contrasta la deuda promedio de una vigencia fiscal contra el patrimonio del “año gravable inmediatamente anterior”. En este aspecto la norma también se separa de la gran mayoría de regulaciones sobre subcapitalización, en tanto la norma colombiana compara dos factores de dos ejercicios fiscales diferentes y entonces parece que tuviera un ámbito de aplicación retroactiva. Huelga indicar que poca o ninguna relación tiene el promedio de deuda del año gravable 01, si se compara con el patrimonio líquido de un contribuyente del año gravable 00. Esta disparidad puede hacer que la norma o en algunos casos sea benevolente con determinado contribuyente o en otros sea severa; en cualquiera de los dos casos arbitraria y por ello injusta.

Por cuenta de esta nota particular de la norma de subcapitalización, hace carrera lo posición según la cual los contribuyentes, durante su primer año de vida, no tienen límite en materia de deuda y tienen la posibilidad de deducir el 100% de los intereses pagados, siempre que cumplan los requisitos generales.

A quienes defienden esta posición habrá que recordarles que la norma general anti-abuso⁴⁶ podría dar las herramientas necesarias a la DIAN para perseguir actos que puedan ser considerados como abusivos, en tanto la financiación no tenga sustento de negocios. En efecto consideramos que si el contribuyente obtiene una deuda de un nivel tan excesivo, contrastada frente a su patrimonio en su primer año de existencia, la DIAN podría concluir que dicho contribuyente erosiona su base gravable pues, en los términos de la norma, altera, desfigura o modifica los efectos tributarios que una capitalización le hubiera creado como

46 Estatuto Tributario de Colombia. Artículo 869.

ente económico. En suma, y aceptando que la norma contiene en sí mismo una serie de elementos que dificultan su aplicación, en nuestra opinión, el operador de la norma anti-abuso podría consultar las circunstancias fácticas del préstamo que se realiza, para concluir, que la transacción no encuentra justificación en ninguna realidad económica. Si un préstamo es llevado a cabo exclusivamente para obtener un provecho de índole tributaria, y brilla por su ausencia cualquier otra justificación económica que lo soporte, cumple con las condiciones para ser considerado como abusivo.

Resaltamos también situaciones en que la norma no consulta, para nada, la realidad económica de los contribuyentes como cuando existen actos de reorganización empresarial. Este podría ser el caso de una empresa que escinde parte de su patrimonio durante cierto año gravable. Al tener como cifra de referencia el valor de su patrimonio al último día del año gravable previo, es decir antes de la escisión, va a tener un campo más amplio para la generación de deuda deducible en tanto dicho patrimonio es, en principio, más alto que el resultante después de la escisión. Caso contrario ocurre cuando existe una fusión, en tanto el dato del patrimonio antes de la fusión va a ser inferior al resultante después de dicho proceso de reorganización.

Así las cosas, consideramos que la norma desconoce la prohibición de aplicar de forma retroactiva la ley tributaria, ya que no se tuvo en cuenta el artículo 363 de la Constitución Política, que establece que: “las leyes tributarias no se aplicaran con retroactividad”. Lo anterior va en línea con lo expresado por Mauricio Plazas en su intervención por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario en Sentencia de C-665 de 2014, habida cuenta que no se tomó en consideración un régimen de transición para los contribuyentes que adquirieron créditos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1607 de 2012, pues la ley no dio un plazo razonable a los contribuyentes que a la fecha de entrada en vigencia de la ley tuvieron una capitalización insuficiente, violándose así el principio de seguridad jurídica.

Colegimos de lo anterior, que para que el índice patrimonio-deuda sea ajustado a la realidad económica del ente objeto del escrutinio, en nuestro concepto debe cotejar siempre los conceptos de patrimonio y deuda de un mismo ejercicio fiscal. De otro modo, como lo indicamos, se va a llegar siempre a un cálculo desacertado y, repetimos, retroactivo. En suma consideramos que la pretendida finalidad extra-fiscal de la norma, utiliza “medios demasiado gravosos y a todas luces desproporcionados, innecesarios y contrarios a la capacidad contributiva”⁴⁷.

47 Corte Constitucional de Colombia. Concepto de la Universidad Externado. Sentencia C-665 de 2014.

6.2. Aplicación de la norma a deuda entre entidades no relacionadas ni vinculadas

En este punto debemos afirmar que la ausencia de técnica en la redacción de la regla es perjudicial y grave, porque a la norma que tuvo origen en el derecho comparado como una regulación anti-abuso, se le desnaturaliza al punto que difícilmente se le puede tener como un criterio de subcapitalización. No podemos perder de vista que su inclusión debería tener como norte la limitación del pago de intereses cuando a través de ellos se erosiona la base gravable. Por dicha razón, a estas alturas del análisis nos debemos preguntar si la obtención de deuda con un tercero independiente puede generar abuso, o puede entenderse que por esta vía se manipulan la posición tributaria de un contribuyente que poco y nada determina las condiciones de un préstamo que recibe, para indicar un ejemplo, de una entidad financiera no vinculada.

La norma de subcapitalización colombiana aplica tanto a la deuda obtenida por los contribuyentes del impuesto sobre la renta con vinculados económicos como a la deuda con terceros no relacionados. Podríamos pensar que esta particularidad se trasplantó del régimen de limitaciones de los intereses alemán, que no de su norma de subcapitalización, porque como indicamos tal categoría de normas no existe en dicha jurisdicción al ser éste uno de los únicos en el mundo en tener dichas especificaciones.

En nuestro concepto la explicación para la existencia de esta norma con las condiciones descritas no es otro que tratar de evitar que, vía préstamos indirectos⁴⁸, los contribuyentes eludan la aplicación de las normas de subcapitalización. Las empresas multinacionales cuentan con la capacidad de estructurar sus operaciones de financiación utilizando instituciones bancarias independientes como intermediarios. Por esta razón países tales como Alemania han incluido en sus normas que los límites de la deducibilidad de intereses sean aplicables, incluso, a deudas del contribuyente con terceros independientes.

Creemos que incluir esta versión radicalizada o “hipertrófica”, si se quiere, de las normas de subcapitalización en Colombia no es beneficiosa para la inversión ni para el crecimiento de la economía. Partir de la base de que todos los préstamos obtenidos por los contribuyentes colombianos son indirectos, y que por lo mismo deben ser objeto de limitación pues se prestan para abusos, hace que la norma sea perversa en términos generales, toda vez que encarece la fuente de financiación obtenida vía deuda.

48 Conocidos en inglés como “*back-to-back*” o “*garantees*”.

Opinamos que en un país como Colombia, con un mercado de capital frágil aún en construcción, no es sano introducir una norma de este estilo. En países desarrollados, como la misma Alemania, las empresas inclusive de mediano tamaño pueden contar con el mercado de capital como fuente de financiación alternativa al sistema bancario. Las empresas colombianas definitivamente no cuentan con dicha opción, luego la deuda con entidades financieras se erige como la única fuente de recursos para iniciar un proyecto nuevo o expandir uno existente. Si a esto le sumamos condicionamientos que eventualmente pueden reflejarse en no deducibilidad de cierta porción de los intereses pagados a ese tercero independiente, sin duda se le pondrá freno no solo a las inversiones de multinacionales en Colombia sino también a la inversión eminentemente colombiana en el mismo país.

Ahora bien, teniendo como marco de referencia la experiencia latinoamericana analizada arriba, podemos concluir que tanto la ratio definida por la norma de subcapitalización como sus destinatarios, no obedece a una técnica legislativa consistente que tome como referencia un análisis económico cimentado en realidad de los diferentes sectores e industrias de la economía del país. Por el contrario, en nuestro concepto parece que la norma resulta producto de una errónea interpretación de la legislación comparada, y en consecuencia, débil en términos de razonabilidad y racionalidad legislativa.

En los países en los cuales se incluye este tipo de normas reinan realidades económicas distintas en materia de financiación de la iniciativa privada y promover su aplicación en Colombia tendría efectos económicos nocivos a mediano y largo plazo. Creemos que en el caso colombiano hubiera sido suficiente incluir una genuina norma de subcapitalización y entonces limitar la deuda cuando se obtiene de vinculado económicos o partes relacionadas domiciliados en el exterior, como veremos más adelante, en concordancia con las definiciones contenidas en el régimen de precios de transferencia. Anotamos que con esto se hubiera obtenido el fin último de este tipo de regulaciones, esto es “castigar” las financiaciones abusivas que hacen las multinacionales escogiendo deuda excesiva, deducible y no gravada, sobre los dividendos.

Finalmente hacemos referencia al Plan de Acción 4 de la iniciativa BEPS, que como vimos, se refiere a las limitaciones de la base gravable por intermedio de deducción de intereses y otros pagos de índole financiera. Si bien es cierto que recomienda la existencia de la limitación aplicable a entidades no pertenecientes a grupos multinacionales (“*standalone entities*”), está limitada a casos muy particulares.

Como lo reconoce el informe, las oportunidades de erosionar la base gravable con deuda son limitadas para este tipo de entidades, y por lo tanto los

eventuales riesgos, fundamentalmente atados a la capacidad de poseer la propiedad a través de fiducias y entidades transparentes como *partnerships*, deben ser atacados con normas especiales diseñadas para estos casos. Lo anterior habida cuenta que normas que cobijen de forma indiscriminada a todas las entidades que no pertenezcan a grupos multinacionales pueden generar impactos negativos⁴⁹.

Conforme con lo dicho, tenemos entonces que es la misma OCDE quien recomienda ser cuidadosos con la aplicación general de las normas de limitación de intereses, puesto que pueden tener como destinatarios entidades que no obtengan ninguna clase de provecho de índole fiscal en la obtención de financiación vía deuda.

6.3. Aplicación de la norma a deuda entre entidades domésticas

Con relación a esta característica de la norma de la mal llamada, subcapitalización colombiana nos debemos declarar sorprendidos. En contravía de lo indicado en la misma exposición de motivos, el legislador colombiano decidió que la norma fuera aplicable inclusive entre contribuyentes residentes o domiciliados en Colombia. Si a este hecho se le suma lo revisado en el punto anterior, esto es, que la norma es aplicable a transacciones de financiación llevadas a cabo entre terceros no relacionados, es forzoso concluir que la regulación analizada limita la deducibilidad de la deuda local, toda ella, incluso la obtenida por los contribuyentes en el sistema financiero colombiano, incluso cuando es obtenida de un tercero independiente.

Para buscarle una explicación a lo inexplicable, debemos entender que la norma se trasplantó de países en donde su existencia encuentra sentido por haber cargas fiscales ligadas a los ingresos de orden federal (e. g. EE.UU., Suiza, Alemania). No se puede perder de vista que, por regla general, las normas de subcapitalización tienen por objeto evitar que los contribuyentes disminuyan la base gravable de su impuesto sobre la renta generando “excesiva” deuda con algún vinculado suyo, que casi siempre está ubicado en una jurisdicción del exterior que grava menos dicho ingreso. Como lo comentábamos, esto puede también ocurrir internamente en países que cuentan con impuestos sobre la renta de origen federal, y el objetivo de la norma es evitar que se movilicen artificialmente, vía deuda, recursos a estados con tarifas menores o preferenciales. Esta es la finalidad de la norma, y por esta razón no hay ninguna explicación para que la misma sea trasplantada a la normatividad tributaria colombiana.

49 OECD. Op. cit.

La aplicación de la norma en un contexto puramente doméstico, y en donde la transacción se está llevando a cabo entre partes independientes, llega al absurdo de limitar una deducibilidad que, en cualquier caso, va a generar en la otra punta de la operación un ingreso gravado con el impuesto sobre la renta en Colombia. Dicho en otras palabras, se está limitándole la deducibilidad a un costo sin que correlativamente dicho ingreso se esté “escapando” del impuesto en Colombia, pues para quien lo recibe, indefectiblemente, es un ingreso que estará sujeto al impuesto sobre la renta en Colombia.

La redacción de la norma excede por completo el propósito de la misma a tal punto que, como lo hemos mencionado, además de desnaturalizarla, la aleja del contexto del derecho comparado. No podemos olvidar que esta regulación fue concebida para frenar la elusión y el abuso, pero no para castigar empresas que prefieran/requieran financiación vía interés que vía capitalización.

Creemos que esta es una buena ocasión para hacer notar que el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, en su hipertrofia, desborda lo que el derecho comparado entiende como norma de subcapitalización puesto que limita sin razones de política fiscal de sustento la deducibilidad de los intereses que superen cierto monto.

Sí el sentido de la norma es, en pocas palabras, evitar que los contribuyentes reduzcan su base gravable de tributación creando una deuda “excesiva”, no entendemos cómo se termina castigando el pago de intereses que harán parte de la base gravable en cabeza de terceros receptores de los mismos, y que están sometidos al régimen del impuesto sobre la renta en Colombia.

A la luz del derecho tributario comparado la hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana hace que se aleje de las reglas de este tipo y se erija, más bien, como una limitación a la deuda pura y dura, venga ella de donde venga, por considerarla “pecaminosa” en términos de política fiscal.

En este punto hacemos notar como la OCDE⁵⁰ acepta la aplicación de limitación de intereses indiscriminada a entidades que hacen parte de un grupo que solo tiene presencia nacional, es decir no es una entidad multinacional, pero en este caso el objetivo de la norma es evitar una eventual competencia injusta entre unas y otras. Resaltamos que la OCDE no recomienda, en absoluto, que este tipo de normas sean aplicadas a deudas contraídas entre entidades locales no relacionadas, en tanto dicha situación no genera ningún tipo de riesgo en materia de erosión de la base gravable.

50 Ibid.

Será en el futuro cuando, después de su aplicación prolongada, el Gobierno Nacional nos pueda explicar cuáles han sido sus consecuencias, no solo en materia de recaudo, sino por ejemplo en lo relacionado con el acceso al sistema financiero del común de los contribuyentes. En ese momento deberemos analizar si en verdad cumplió los propósitos para los que fue creada, acorde con lo indicado en su exposición de motivos, o si por el contrario fue creadora de distorsión, generó ruido a la hora de la toma de decisiones gerenciales de los entes económicos y subió la tasa efectiva de tributación de quienes requieren elevados montos de deuda para cumplir con su objeto social.

7. Conclusiones y recomendaciones

La obligación tributaria sustancial se construye a partir del deber de contribuir con las cargas públicas; no obstante, en este caso, la falta de técnica legislativa utilizada para alcanzar los objetivos perseguidos por la norma de subcapitalización deja como resultado dos realidades, que a pesar de ser distintas, reciben un tratamiento tributario idéntico. No es cierto que quien se vale del endeudamiento para fondear su actividad económica lo haga siempre a través fraude fiscal por medio de estructuras de endeudamiento encubierto.

En ese sentido, si la razón de fondo perseguida por el legislador fue promover la capitalización de las empresas y evitar la evasión y el fraude a través de dicha estructuras, consideramos que dicha finalidad extra-fiscal violaría el principio de capacidad contributiva. Lo dicho, en atención a que al negar la deducibilidad de gastos, ciertos y legítimos, se estaría restringiendo el principio de capacidad contributiva que inspira y enmarca de forma particular a la imposición directa, en la medida en que se gravan rentas netas que no son susceptibles de enriquecer a su perceptor⁵¹.

Así las cosas, consideramos que la limitación sería constitucional si estuviese justificada y fuere proporcional, lo cual no ocurre, pues la norma no es el resultado de un estudio serio y debidamente justificado. Brilla por su ausencia una investigación realizada por parte del Gobierno Nacional que permita identificar si la ratio fijada en la disposición resulta ser la adecuada para las empresas colombianas, pues como ya se mencionó la norma bajo análisis en principio se deriva de la experiencia identificada en la región.

Si se trataba de basar la norma colombiana en la experiencia de los países latinoamericanos, más que la ratio, el Gobierno Nacional ha debido limitar su apli-

51 Extraído del concepto emitido por el grupo de investigación del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia que se presentó a la Corte Constitucional de Colombia, en relación con el proceso de inconstitucionalidad de la el artículo 118-1 del E.T.

cación a la deuda contraída por empresas vinculadas o relacionadas, como en efecto ocurre en la totalidad de los países revisados con ocasión de este estudio.

No compartimos la intervención realizada por la Dian con ocasión de la acción de inconstitucionalidad contra la norma analizada⁵². Dicha entidad, para justificar el límite de endeudamiento señala que: “en el año gravable 2012 se determinó que de 289.577 casos examinados tan solo el 16.52% presentaba una relación en la que el pasivo total era superior a 3 veces el patrimonio líquido del contribuyente, en el 83.48% restante, el pasivo era inferior”⁵³, afirmación que no tiene ningún soporte en estudios económicos, o si quiera un reporte que justifique la procedencia de dicho límite para Colombia.

Después de todo lo dicho, consideramos que la finalidad extra-fiscal de la norma demandada no resistiría un juicio de proporcionalidad, ya que restringe al principio de capacidad contributiva, sin hacer un estudio económico del grado de financiación requerido por las empresas colombianas, ya sea desde sectores de la economía, o por cada compañía en particular si se admitiera un enfoque individual⁵⁴.

Adicionalmente, pensamos que la norma resulta contraria al principio de racionalidad legislativa como bien lo apunta el Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado (CEF), de conformidad con el principio de reserva de ley contenido en el artículo 338 de la Constitución Política “no hay tributo sin representación”⁵⁵.

El legislador es quien tiene el deber de deliberar y medir las razones de conveniencia, respeto a la Constitución Política, implicaciones económicas de las normas que se aprueban. En nuestra opinión esto no ocurrió con la regla de subcapitalización, toda vez que la norma no resulta acorde con el espíritu con el que se pensaba sería concebida según la exposición de motivos de ley, el cual indicaba que al ser una norma estructurada a la luz de la experiencia del derecho com-

52 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-665 de 2014. (M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo).

53 *Ibíd.*

54 Extraído del concepto emitido por el grupo investigación del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia que se presentó a la Corte Constitucional de Colombia, en relación con el proceso de inconstitucionalidad del artículo 118-1 del E.T.

55 El principio de racionalidad legislativa supone que la técnica legislativa sea consistente con la obtención de ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos. En otras palabras, la técnica legislativa no solo se circunscribe a describir, sino que también a explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad tomando como punto de referencia la práctica. En este mismo sentido Manuel Atienza. Contribución para una teoría de la legislación. Cuadernos de Filosofía del Derecho. núm. 6. pp. 385-403. (1989).

En este sentido, de acuerdo a la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-277 de abril 2 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) cuando el artículo 338 se refiere a la creación de un tributo, ontológicamente el mismo no solo comprende que este sea fruto de la representación popular y el principio de legalidad, sino que supone también el diseño coherente en la política fiscal de un Estado.

parado, resultaría posible que el contribuyente pudiera demostrar la ausencia de abuso en la operación o la existencia de un propósito de negocio, en caso de potenciales cuestionamientos sobre el exceso en la ratio que pudiera hacer la administración. En el mismo sentido, la norma se aparta del contexto regional en tanto incluye deudas contraídas por entidades locales con partes, así mismo, locales y no vinculadas.

Tomando en consideración el análisis jurisprudencial presentado en este trabajo, concluimos que la norma de subcapitalización efectivamente viola el derecho a la igualdad, los principios de proporcionalidad, equidad y justicia fiscal, en razón a que empresas con una misma capacidad contributiva estarían tributando con tasas efectivas diferentes. Teniendo en cuenta que el límite de endeudamiento de un contribuyente se encuentra altamente influenciado por el sector económico del cual hace parte, en tanto el fondeo de su operación puede requerir más inyección de recursos vía deuda, la existencia de una norma de subcapitalización con un enfoque 100% objetivo hace que su tasa efectiva de tributación se incremente sin ninguna justificación versus el contribuyente que se financia con recursos propios, esto es, con capital.

Si a lo anterior se suma que la limitación operaría sin ninguna clase de filtro, pues la norma es aplicable a la deuda contraída con cualquier acreedor –local o extranjero, vinculado o no, forzosamente tenemos que concluir que el propósito del legislador nunca fue frenar las conductas abusivas que pudieran desplegar los contribuyentes, sino simplemente limitar la deducción de los intereses para efectos de lograr un mayor recaudo. En otras palabras, en el caso colombiano como lo hemos ya mencionado, no existe norma de subcapitalización sino más bien un instrumento de política que limita la deducibilidad de los intereses, que llegue a pagar un determinado contribuyente, cuando se exceda la ratio capital/deuda 3:1.

Valdría la pena que en un futuro el legislador reflexione e intente morigerar el régimen de subcapitalización, dándole la posibilidad al contribuyente para que pruebe a la Administración Tributaria que su endeudamiento particular obedece al objeto de negocio de la empresa y no a una razón de fraude. Esta alternativa, junto con la limitación del régimen exclusivamente a préstamos entre vinculados cuando el acreedor esté domiciliado en el exterior, llevaría a que la norma se ajuste no solo a los estándares internacionales, en especial a los de los países latinoamericanos, sino que pueda cumplir con los preceptos constitucionales a los cuales hemos hecho mención.

Probablemente en un futuro no muy lejano, y atendiendo las recomendaciones del Plan de Acción 4 emitido por la OCDE en el marco del proyecto BEPS, el Gobierno Nacional decida incorporar al ordenamiento tributario una verdadera

norma de limitación de la deducibilidad de los intereses que sea más coherente con la realidad económica del grueso de contribuyentes, los cuales no tienen la intención ni la capacidad de erosionar su base gravable usando intrincadas planeaciones que involucren jurisdicciones de baja imposición. En otras palabras, una norma que se limite a atacar el foco del problema, esto es la deuda contraída por contribuyentes colombianos con entidades vinculadas o relacionadas domiciliadas en el exterior, sería suficientemente poderosa para generar el efecto benéfico perseguido y, de paso, deja a un lado a otro sector del universo contributivo que ni puede ni quiere usar la deuda para asuntos diferentes a financiar la construcción de sus proyectos.

8. Bibliografía

- A. J. Weichenrieder y H. Windischbauer. *“Thin-capitalization rules and company responses - Experience from German legislation”*. CESifo Working Paper No. 2456. (2008).
- A. Storck. The financing of multinational companies and taxes: An overview of the issues and suggestions for solutions and improvements. 65 Bull. Int. Tax. 1, 27. (2011).
- José Manuel Castro Arango. *“La capitalización encubierta en la Reforma Tributaria de 2012: ¿Trasplante legal o engendro legal?”*. Revista de Derecho del Estado No. 31. Julio-diciembre de 2013.
- L. Claessens. A reader in international corporate finance. A multinational perspective on capital structure choice and internal capital market. vol. 2. World Bank Publications, Washington. (2006).
- Manuel Atienza. Contribución para una teoría de la legislación. Cuadernos de Filosofía del Derecho. núm. 6. (1989).
- M. Lang. International group financing and taxes. Institute for Austrian and International Tax Law. Ed. Linde, Vienna-Austria. (2012).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Thin capitalization legislation. A background paper for country tax administrations. (http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20Thin_Capitalization_Background.pdf). (2012).
- Van der Breggen. Intercompany loans: Observation from a transfer pricing perspective. ITPJ. 295. (2006).