

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

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Medio de control de nulidad
Radicación: 11001-03-27-000-2022-00056-00 (26894)
Demandante: ANDREA MARCELA JIMÉNEZ SIERRA
Demandada: U.A.E. DIAN

Tema: Impuesto sobre la renta. Subcapitalización en financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide el medio de control de nulidad instaurado por Andrea Marcela Jiménez Sierra contra los conceptos números 056282 del 26 de septiembre de 2014 y 025661 del 3 de septiembre de 2015, y los oficios números 034420 del 1.º de diciembre de 2015, 022264 del 19 de agosto de 2016, y 1173 del 29 de noviembre de 2016, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, sobre el alcance del parágrafo 4.º (hoy parágrafo 5.º) del artículo 118-1 del Estatuto Tributario.

DEMANDA

1. Pretensiones

Andrea Marcela Jiménez Sierra, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, solicitó ante esta jurisdicción que se declare la nulidad de los conceptos números 056282 del 26 de septiembre de 2014 y 025661 del 3 de septiembre de 2015, y los oficios números 034420 del 1.º de diciembre de 2015, 022264 del 19 de agosto de 2016, y 1173 del 29 de noviembre de 2016, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, sobre el alcance del parágrafo 4.º del artículo 118-1 del Estatuto Tributario¹.

Los apartes más relevantes de los actos demandados se transcriben a continuación:

“a. Concepto nro. 056282 del 26 de septiembre de 2014

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Las empresas prestadoras de servicios públicos que adelanten proyectos de infraestructura de servicios públicos están sujetas a las reglas de subcapitalización?

TESIS JURÍDICA:

Las empresas prestadoras de servicios públicos están sujetas a las reglas de subcapitalización. La regla de subcapitalización aplica a la deducción de intereses generados por la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos que tengan como propósito especial adelantar tales proyectos.

(...)

¹ Documento nro. 2 en el índice del expediente electrónico en la plataforma electrónica Samai. (<https://samairj.consejodeestado.gov.co/>).

Como se puede apreciar, el texto transcrito [art. 118-1 E.T.] prevé una excepción a la aplicación de la regla de subcapitalización dirigida exclusivamente a la financiación de proyectos de infraestructura, sin hacer extensiva esta excepción a la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicios públicos.

Es así como el legislador expresamente dispuso, como condición para no aplicar la regla de subcapitalización a la financiación de proyectos de infraestructura, que tales proyectos deben estar a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial, siendo evidente que la intención fue separar la ejecución de tales proyectos de la actividad de prestación de servicios públicos, para efectos del tratamiento fiscal aplicable a la deducción de intereses”

b. Concepto nro. 025661 del 3 de septiembre de 2015

“PROBLEMA JURÍDICO:

¿Se encuentran excluidos de la limitación prevista en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario los intereses pagados por las empresas prestadoras de servicios públicos que construyen directamente proyectos de infraestructura para la prestación de servicios públicos, las cuales son financiadas con endeudamiento?

TESIS JURÍDICA:

Los intereses pagados por las empresas prestadoras de servicios públicos que construyen directamente proyectos de infraestructura para la prestación de servicios públicos están sujetos a las reglas de subcapitalización prevista en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario. Estas reglas NO se aplican a la deducción de intereses generados por la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos que tengan como propósito especial adelantar tales proyectos.

(...)

De los antecedentes de la Ley 1607 de 2012, que a través de su artículo 109 adicionó el artículo 118-1 al Estatuto Tributario, se extrae que la filosofía que justifica la introducción de la figura de la subcapitalización consiste en incentivar la financiación de las empresas con capital en lugar de deuda, promoviendo la solidez y liquidez de las empresas frente a terceros y limitando el costo fiscal de las deducciones por pago de intereses, además de 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.

(...)

En efecto, la consulta versa sobre la posibilidad de no aplicar las reglas de subcapitalización, para el caso de los intereses pagados por las empresas prestadoras de servicios públicos que construyen directamente proyectos de infraestructura para la prestación de estos servicios, en aquellos casos que se financien con endeudamiento, hipótesis respecto de la cual este despacho concluye que no está cubierta por el parágrafo 4° del artículo 118-1 del Estatuto Tributario.

Lo anterior debido a la condición planteada en la norma en comentario sobre el tipo de ente a la que aplica la excepción: sociedades, entidades o vehículos de propósito especial, siendo esta última acepción obligatoria en todos los casos, es decir, que en cada uno de los casos la constitución de estos entes debe tener como propósito la construcción de proyectos de infraestructura para la prestación de servicios públicos. Nótese como en el parágrafo 4° se utiliza la palabra “siempre” para establecer esta condición.

Este requisito no se entiende cumplido en el caso de una empresa prestadora de servicios públicos, pues esta no se constituye con ese propósito, tal como lo señala el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 que respecto de su naturaleza jurídica señala que son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

(...)

Por lo anterior, las empresas prestadoras de servicios públicos que adelanten proyectos de infraestructura de servicios públicos están sujetas a las reglas de subcapitalización, excluyéndose únicamente los intereses por financiación de proyectos de infraestructura

siempre y cuando los mismos cumplan la condición de estar a cargo de sociedades, entidades o vehículos que tengan como propósito especial adelantar tales proyectos”.

c. Oficio 034420 del 1 de diciembre de 2015

“...el texto normativo no define la expresión propósito especial, toda vez que está regulando una excepción para lo dispuesto en los párrafos anteriores del artículo 118-1, e indica que no aplica para ciertas entidades, como son las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que tengan a su cargo la financiación en proyectos de infraestructura de servicios públicos.

En consecuencia, es necesario explicar que el documento objeto de inconformidad desarrolla una interpretación jurídica, actividad que se desprende del ejercicio de nuestras funciones consagradas en el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008.

En ejercicio de esta función de interpretación y aplicación de las normas tributarias se acude a lo consagrado en los artículos 26 y ss., del Código Civil que consagran como reglas para la interpretación doctrinal las siguientes:

(...)

En el concepto se realizó el análisis del contenido de la norma, la cual señala con claridad meridiana que debe tratarse de sociedades de propósito especial, entidades que se identifican con aquellas creadas para el desarrollo de un proyecto particular, el cual constituye la materia o asunto fundamental por la cual se creó y a su vez es el objetivo que se pretende conseguir.

Adicionalmente, se denominan como especiales porque se diferencian de las generales por buscar un efecto propio o estar creadas para un fin concreto y esporádico.

Para llegar a este concepto no es necesario que exista una definición legal para darle el alcance a dicho término, pues, las palabras deben entenderse en su sentido literal y obvio, y dicho concepto es el que se utiliza para referirse a este tipo de empresas.

(...)

No existe ley, decreto o jurisprudencia que defina las sociedades de propósito especial, no obstante, los vehículos de propósito especial a los que se refiere la regulación de la Superintendencia Financiera tienen concordancia en sus elementos con la definición referida en el concepto, guardadas distancias de las diferentes materias y el contexto de la definición de vehículos de propósito específico tal como se menciona en la circular para la titularización de créditos.

Lo anterior, toda vez que se refieren a la constitución de una estructura de negocio para el cumplimiento de un especial objetivo o propósito.

No debe perderse de vista que la Circular Básica Contable define los vehículos de propósito especial para titularización de cartera de créditos; es decir, explica que se trata de una estructura para un fin especial o propósito que es la garantía, canalización de flujos de caja y derivados como fuente de pago de los títulos emitidos en un proceso de titularización.

En consecuencia, se concluye que los términos invocados y expuestos en el presente documento en relación con el concepto 025661 de 3 de septiembre de 2015, radicado 10020208-818 de septiembre de 2015, están acordes con la realidad económica y las expresiones utilizadas en la norma correspondiente”.

d. Oficio No. 022264 del 19 de agosto de 2016

“...este despacho se aparta del planteamiento hecho por el peticionario y considera que sí es necesario que el propósito especial de una sociedad, entidad o vehículo esté orientado exclusivamente al desarrollo de proyectos de infraestructura para acceder a la deducibilidad plena de los intereses.

La anterior conclusión se basa en la forma como el legislador dispuso la excepción a la regla de subcapitalización planteada en el párrafo 4°, donde se puede evidenciar que la intención

fue separar la ejecución de los proyectos de infraestructura de otras actividades, interpretación teleológica que resulta acorde con el método literal anteriormente señalado.

Cuando se analiza el caso de las ESPD, se tiene que su objeto no es exclusivamente el

desarrollo de los proyectos de infraestructura, sino que este ocurre con ocasión de su objeto social”

e. Oficio 1173 del 29 de noviembre de 2016

“... no es aceptable el argumento utilizado por el consultante, que explica que ante la ausencia de definición legal de sociedades de propósito especial y de entidades de propósito especial, solamente existen vehículos de propósito especial porque sí existen disposiciones que refieren al propósito especial y por tanto, únicamente le es atribuible la categoría a dichos sujetos.

(...)

Adicionalmente, carece de asidero jurídico señalar que existen normas que definen los vehículos de propósito especial, cuando lo que aporta el consultante es la Circular Externa No. 047 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que no trae en estricto sentido una definición legal para el ámbito tributario sin que se refiere a una enunciación de vehículos de propósito especial para los procesos de titularización de cartera”.

2. Normas violadas y concepto de violación

La demandante invocó como normas violadas los artículos 150, 154 y 338 de la Constitución Política; 37, 28 y 30 del Código Civil; 118-1 parágrafo 4.º del Estatuto Tributario, y el numeral 5.º del artículo 1.2.1.18.60 del Decreto 1625 de 2016.

El **concepto de la violación** se sintetiza así:

Indebida interpretación de la excepción a la regla de subcapitalización contenida en el artículo 118-1 pár. 4.º E.T.

Según la demandante, los conceptos y oficios demandados contienen una interpretación restrictiva y equivocada de la norma tributaria, en la medida en que en estos se sostiene que la excepción a la regla de subcapitalización introducida por el parágrafo 4.º del artículo 118-1 del E.T. no se aplica a las empresas prestadoras de servicios públicos, cuando dicha conclusión no se ajusta a la ley.

Para la demandante, los oficios y conceptos demandados excluyen sin sustento legal la aplicación de la exención mencionada a las empresas de servicios públicos, por considerar que estas no corresponden a las “sociedades, entidades o vehículos de propósito especial” objeto del beneficio tributario. Para la DIAN, la exención no se extiende a la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicios públicos, cuando esa conclusión no se desprende ni del tenor literal del artículo 118-1 pár. 4.º E.T., ni del propósito que tuvo el legislador con su establecimiento.

La introducción de la regla de subcapitalización buscó evitar erosiones a la base gravable del impuesto de renta, mediante la introducción de un límite a la deducibilidad de intereses pagados, pero también consagró un régimen exceptivo para proyectos de infraestructura relativos a servicios públicos, lo que muestra que el legislador no pretendió desincentivar el desarrollo de este tipo de proyectos por estar enfocados a la satisfacción de necesidades de interés general. Lo anterior adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que los proyectos de infraestructura de servicios públicos requieren grandes cantidades de recursos para su ejecución, que generalmente incluyen deuda.

Debe tenerse en cuenta que al reglamentarse el artículo 118-1 E.T. mediante el Decreto 3027 de 2013, se incluyó una definición de lo que debe entenderse por “infraestructura de servicios públicos”. Dicha definición, prevista en el artículo 5 del Decreto 3027, hace

referencia expresa a "*bienes organizados de forma permanente y estable, que sean necesarios para la prestación de servicios sometidos, a la regulación del Estado y bajo su control y/o vigilancia, y que propendan por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos*", de lo cual se desprende que hace referencia a las empresas de servicios públicos.

Por otra parte, al examinar la excepción establecida en la ley, la Corte Constitucional reconoció expresamente que el endeudamiento en el desarrollo de proyectos de infraestructura de servicios públicos resultaba una necesidad para los contribuyentes de ese sector económico, por lo que se justificaba constitucionalmente el trato especial otorgado por el legislador. La Corte no señaló que fuese necesario constituir algún tipo de vehículo o estructura como condición para aplicar la excepción contenida en el parágrafo 4.º mencionado, por lo que no cabe negarla a las empresas prestadoras de servicios públicos.

La excepción a la aplicación de la regla de subcapitalización objeto de análisis en los oficios y conceptos demandados no puede interpretarse de forma literal, para llegar a la conclusión de que solo cubre a sociedades, entidades o vehículos de inversión de propósito especial, con exclusión de las empresas de servicios públicos. El art. 118-1 E.T. no dice que el "propósito especial" de la entidad o sociedad beneficiaria sea la infraestructura o la construcción de infraestructura, ni que el "objeto especial" sea también un "objeto único". Además, el término "sociedades, entidades o vehículos de propósito especial" no está definido en la ley.

Además, la interpretación presentada por la administración en los oficios y conceptos demandados no atiende al efecto útil de la norma interpretada: excluir a las empresas de servicios públicos de la aplicación del parágrafo 4.º dejaría por fuera a las empresas que son las verdaderas actoras del sector de servicios públicos. Si bien la norma no hace referencia expresa a las prestadoras de servicios públicos, ello no implica que no les aplique la norma, sino que la ley utilizó un lenguaje amplio, y por ello se refiere de manera general a las "sociedades, vehículos y entidades con un propósito especial", que incluye a las empresas prestadoras de servicios públicos.

La administración plantea una supuesta interpretación teleológica del artículo 118-1 E.T. que resulta errada, ya que supone que la intención de la ley fue separar la ejecución de proyectos de infraestructura de la actividad de prestación de servicios públicos para efectos del tratamiento fiscal aplicable a la deducción de intereses. Ello desconoce que la propia Corte Constitucional consideró que la excepción a la regla de subcapitalización no tenía propósito elusivo, sino que su objeto era viabilizar las inversiones en infraestructura en servicios públicos, actividad que está a cargo de las empresas prestadoras.

La DIAN tampoco realizó una interpretación sistemática del parágrafo 4.º del art. 118-1 E.T., pues no tuvo en cuenta las normas que obligan a las empresas de servicios públicos a mantener la infraestructura de prestación de los servicios públicos, y a proveer su expansión. Ello también muestra que "propósito especial" no es lo mismo que "objeto único" ni "proyecto particular". "Propósito especial" es aquel regulado de manera particular por normas especiales, lo cual incluye el desarrollo de varios objetos (sean principales o auxiliares). Según la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras pueden desarrollar actividades complementarias, y el artículo 28 *ejusdem* establece que tienen derecho a participar en la construcción, operación y el mantenimiento de las redes de infraestructura que utilizan para operar.

Violación del principio de reserva de ley

Los actos demandados violan el principio constitucional de reserva de ley, al limitar la aplicación de una de las excepciones previstas para el régimen de subcapitalización sin

tener competencia para tal fin. Mediante los conceptos y oficios demandados, la DIAN impone limitaciones no previstas por el legislador a una norma que únicamente puede ser reformada por este.

Además, los actos demandados generan un agravio injustificado al interés general de la

población colombiana, pues desincentivan la inversión de las empresas de servicios públicos en el desarrollo de proyectos de infraestructura y, en consecuencia, afectan la expansión, el mantenimiento y la interconexión de las redes a su cargo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **DIAN** se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que el contenido de los conceptos y oficios demandados se ajusta a lo dispuesto por el legislador en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario sobre la excepción a la regla de subcapitalización².

Para la demandada, los conceptos y oficios demandados no hacen una interpretación errada o restrictiva, ni vulneran el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, porque los beneficiarios de la excepción están calificados por el legislador, pues el párrafo 5.º de esta norma indica expresamente que la excepción favorece solo a las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial que tienen a su cargo proyectos de infraestructura de servicios, sin que la norma contemple la extensión de dicho beneficio a otros sujetos.

Atendiendo a la finalidad del párrafo 5.º mencionado, solo las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial se exceptúan de la aplicación de la regla de subcapitalización debido al alto nivel de endeudamiento que estas requieren para llevar a cabo su objeto. La excepción se dirige a entidades o vehículos de propósito especial, pues es evidente que la intención del legislador fue separar la ejecución de tales proyectos de la actividad de prestación de servicios públicos, para efectos del tratamiento fiscal aplicable a la deducción de intereses. No se desconoce la finalidad de la norma; por el contrario, atendiendo la naturaleza de las actividades llevadas por las sociedades, entidades y vehículos de propósito especial, se reafirma que es solo respecto de estos sujetos que es aplicable la excepción del párrafo 5.º del artículo 118-1 del Estatuto Tributario.

La Corte Constitucional, al examinar esta norma sobre subcapitalización, señaló que esta figura puede llegar a constituirse en una maniobra para reducir la carga fiscal de la sociedad que ejecuta el proyecto. Y en tanto corresponde a un beneficio tributario, debe interpretarse de manera restrictiva, y concluirse que solo cubre a las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial, que se encargan de desarrollar, ejecutar, administrar y operar el proyecto para el que fueron creadas, y son quienes realizan el pago de intereses por el endeudamiento generado para desarrollar el proyecto de infraestructura.

Para la DIAN, extender la aplicación del párrafo 4.º a sujetos no comprendidos en ella contradice los principios de legalidad, reserva de ley en materia tributaria y la intención del legislador de separar la ejecución de proyectos de infraestructura de la misma actividad de prestación de servicios públicos, para efectos del tratamiento fiscal aplicable a la deducción de intereses.

No se trata de desconocer la naturaleza de estas entidades y la realidad económica y jurídica del sector de los servicios públicos, sino de resaltar que las entidades de servicios públicos no tienen como objeto exclusivo el desarrollo de proyectos de infraestructura, por su objeto principal de prestación de los servicios públicos. Además, la interpretación contenida en los actos demandados es consonante con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

² Expediente electrónico en Samaj, documento nro. 35.

CONCEPTOS DE ORGANIZACIONES Y EXPERTOS

Para el **Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Aduanero (ICDT)**, los oficios y conceptos demandados no desconocen el sentido del artículo 118-1 E.T., por lo que no hay lugar a declarar su nulidad.

En este caso, el debate se centra en el alcance de la condición subjetiva o el tipo de entidades que pueden ser objeto de la norma interpretada, que los actos demandados precisan que corresponden a “entidades, vehículos o sociedades de propósito especial”, expresión que alude a figuras utilizadas en el marco de la financiación de proyectos de infraestructura a nivel global.

Conforme lo expuesto por la doctrina española, las entidades de propósito especial son sociedades instrumentales, que permiten separar el riesgo financiero o de insolvencia del ente creador en el desarrollo de un proyecto concreto. Mediante la atribución del desarrollo de un proyecto particular a un ente especial, se busca limitar los riesgos asociados a la financiación del proyecto en cabeza del ente creador, así como asegurarlos beneficios que derivan para este de la ejecución del proyecto.

La doctrina peruana también reconoce la existencia de sociedades de propósito especial, establecidas con el objeto exclusivo de desarrollar un proyecto concreto, concentrando en su patrimonio la financiación y el riesgo financiero del proyecto en cuestión. Con ello se protege tanto a las sociedades impulsoras o patrocinadoras del proyecto, así como a la propia sociedad de propósito especial de las actividades adelantadas por sus patrocinadoras.

En Colombia, estas entidades han sido reconocidas en informes oficiales y laudos arbitrales como sociedades de objeto único, que se constituyen para centralizar los activos y pasivos generados en el desarrollo de los proyectos que dan lugar a su creación. La doctrina nacional también ha reconocido a estas sociedades como personas jurídicas creadas con el fin exclusivo de desarrollar el proyecto que se les encomienda, sin realizar ninguna otra actividad comercial. La existencia de vehículos de propósito especial también ha sido recogida en la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera en las operaciones de titularización.

A pesar de no existir una definición legal de las mismas, la figura de la sociedad de propósito especial ha sido acogida a nivel global y en Colombia como entes o sociedades de objeto exclusivo, consistente en la realización de proyectos específicos. El legislador recogió en este caso en el Estatuto Tributario una expresión (“sociedades, entidades o vehículos de propósito especial”) propia del sector de infraestructura, a la cual debe dársele el alcance y sentido técnico que se le otorga en esta actividad, según lo dispuesto en los artículos 28 y 30 del Código Civil.

La alusión a estas figuras en la norma interpretada por los actos demandados podría entenderse como un estímulo del legislador a la utilización de las mismas, dadas sus ventajas económicas y operativas para el desarrollo de proyectos de infraestructura. Además, atendiendo al criterio del efecto útil de las normas, es claro que se buscó limitar la aplicación de la excepción a este tipo de entidades, pues si el objetivo del legislador hubiese sido ampliar el tratamiento tributario favorable a otros entes, así lo hubiera hecho, y entonces resultaría inane la delimitación legal expresa de los sujetos destinatarios.

Las empresas de servicios públicos tienen por objeto principal la prestación de estos servicios, pero están autorizadas por la ley para desarrollar otras actividades complementarias, lo cual las aparta de la noción de entes de propósito especial a que alude el artículo 118-1 E.T. Y la posibilidad de llevar contabilidad separada por cada actividad no logra el objetivo de separar y limitar los riesgos derivados del desarrollo de proyectos de infraestructura, que es lo que se logra con las entidades, vehículos o

sociedades de propósito especial a que alude la norma interpretada por los actos acusados.

Por su parte, la **Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -Andesco-** solicitó acoger las pretensiones de la demanda, y declarar la nulidad de los actos demandados, por considerar que contrarían lo dispuesto en la ley interpretada.

A su juicio, la posición de la administración tributaria parte de dos supuestos equivocados: en primer lugar, que la calidad de “propósito especial” se aplica a entidades, sociedades y vehículos, cuando la ley colombiana no contempla ninguna definición de “sociedades de propósito especial” o “entidades de propósito especial”, por lo que debe concluirse que esa calificación solo atañe a los “vehículos”, que sí han sido considerados como figuras jurídicas en el ámbito de la actividad financiera. Por ello, no habría impedimento para aplicar la excepción al tratamiento de subcapitalización a las empresas de servicios públicos, en la medida en que dichas empresas están incluidas en la categoría general de las sociedades y entidades contemplada en el parágrafo 5.º del artículo 118-1 E.T.

En segundo lugar, la administración asume que las empresas de servicios públicos no tienen como propósito especial la realización de proyectos para la construcción de infraestructura de servicios públicos. Por el contrario, el desarrollo de proyectos de infraestructura resulta ser indispensable para la prestación de estos servicios, por lo cual la propia ley autoriza a estas entidades a realizar proyectos de infraestructura, y por lo mismo, ello hace parte de su objeto. La norma contenida en el parágrafo 5º., al referirse a un “propósito especial” de las entidades beneficiarias de la excepción, no indica que deban tener un objeto único, por lo que no puede excluirse a estas empresas del ámbito de aplicación de la excepción mencionada.

Desde una interpretación teleológica de la norma, se tiene que el legislador busca viabilizar la inversión en proyectos de infraestructura en un sector crucial para el desarrollo y la competitividad del país, y que requiere de altos niveles de endeudamiento. Y teniendo en cuenta el efecto útil de las normas, si la excepción se aplicara como sostiene la DIAN que debe hacerse, entonces solo podrían acceder a ese beneficio los proveedores de las empresas de servicios públicos, u obligaría a las empresas prestadoras a constituir una sociedad independiente o vehículo de propósito especial, lo cual conlleva un encarecimiento de los proyectos.

Por tanto, la posición de la doctrina oficial no es consistente con la interpretación del artículo 118-1 E.T. a la luz de los métodos de interpretación aceptados, sino que por el contrario hace inaplicable en la práctica una norma que busca levantar una restricción, con el fin de viabilizar el desarrollo de proyectos de infraestructura.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reiteró en general los argumentos expuestos en la demanda³.

Por su parte, la **DIAN** insistió en los argumentos presentados en su contestación de la demanda⁴.

³ Expediente electrónico en Samai, documento número 50.

⁴ Expediente electrónico en Samai, documento número 51.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico

De conformidad con lo planteado por las partes en la demanda y en su contestación, le corresponde a la Sala definir si los conceptos números 056282 del 26 de septiembre de 2014 y 025661 del 3 de septiembre de 2015, y los oficios números 034420 del 1.º de diciembre de 2015, 022264 del 19 de agosto de 2016, y 1173 del 29 de noviembre de 2016, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, contienen una interpretación que vulnera el parágrafo 4.º del artículo 118-1 del Estatuto Tributario.

La subcapitalización de intereses en el desarrollo de proyectos de infraestructura

El artículo 118-1 del Estatuto Tributario, en su texto modificado por el artículo 63 de la Ley 2010 de 2019, establece las condiciones para la deducibilidad de los intereses pagados a favor de vinculados económicos, así como la excepción a su aplicación para los casos de financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, así:

Artículo 118-1. Subcapitalización.

“Son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la Ley, los intereses por deudas durante el respectivo periodo gravable.

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

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

(...)

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

(Subraya la Sala)

Los oficios y conceptos demandados sostienen, en general, que la mención en esta norma a “sociedades, entidades o vehículos de propósito especial” descarta de su alcance a las empresas prestadoras de servicios públicos, en tanto estas no se constituyen con el propósito particular de llevar a cabo tales proyectos de infraestructura, sino con el objeto de

prestar los servicios públicos; y que la calificación de “propósito especial” de los destinatarios de la excepción se dirige a separar el desarrollo de los proyectos de infraestructura de la prestación misma de los servicios públicos.

Para la Sala, la expresión “siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial” contenida en el artículo 118-1 E.T., debe tomarse como una limitación expresa efectuada por el legislador al tipo de sujetos que pueden exceptuarse de la regla general de subcapitalización de intereses contenida en esa norma en razón de su objeto específico, de donde resulta que solo las entidades, sociedades y vehículos que tengan por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura se encuentran cobijadas por la misma, con exclusión de otro tipo de

sociedades o empresas.

Así lo señaló expresamente la Sala, con ocasión del examen de otro concepto expedido por la administración tributaria⁵:

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

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

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

Partiendo de una interpretación literal de la norma interpretada, se tiene que la ley limita el alcance de la aplicación de la excepción al régimen de subcapitalización, pues resulta claro que no se refirió en general a cualquier tipo de sociedad, ni calificó la excepción refiriéndose únicamente a la actividad (el desarrollo del proyecto de infraestructura), sino que acudió a la calificación subjetiva de sus destinatarios señalando que cubría a “sociedades, entidades o vehículos de propósito especial”, lo cual descarta de entrada entender que la misma cobija a cualquier tipo de sociedad, o que la misma se refiere a quien desarrolla ese tipo de proyectos, independientemente de que adelante otro tipo de actividades.

En este caso, al referirse a “sociedades, entidades o vehículos de propósito especial”, el legislador recogió en la disposición comentada un tipo de estructura económica, propia del sector de infraestructura, como destinataria concreta de la excepción a la regla de subcapitalización, por lo que debe entenderse que la expresión se refiere al tipo de entes o sociedades que son reconocidas como tales en ese sector económico, dándole a la norma el alcance propio de su utilización en su medio (art. 29 C.C.).

En efecto, la constitución de entidades, sociedades o vehículos de inversión de propósito especial ha sido reconocida por la doctrina nacional para el desarrollo de proyectos específicos⁶:

“En la realización de grandes proyectos —especialmente los de infraestructura—, uno de los

temas que ha cobrado gran importancia es la búsqueda de mecanismos de financiación que permitan conseguir el capital necesario para construirlos y ejecutarlos cuando no se tenga la suficiencia económica para hacerlo. Por tales razones se ha acudido a la figura *Project Finance* como un mecanismo de financiación que busca obtener el capital suficiente para llevar a cabo los proyectos.

(...)

En estas financiaciones de proyectos se utiliza un Vehículo de Propósito Especial —en adelante, VPE (*SPVC*) (*Special Purpose Vehicle Corporation*, por sus iniciales en inglés)—, que puede ser una sociedad comercial o una fiducia mercantil según sea la elección de las

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 1.º de septiembre de 2022, exp. 25887, M.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

⁶ PINZÓN FONSECA, David Felipe. *La fiducia mercantil como vehículo de propósito especial en Project Finance*. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas- UPB (Medellín). Vol. 45, nro. 123, julio- diciembre de 2015, pp. 551, 552, 555, y 558.

partes involucradas en el proyecto y conforme con sus intereses, el cual se encarga de pagar a los acreedores de los créditos que financian el proyecto tales obligaciones con los flujos de caja que se obtengan de la operación. En este sentido, afirma Durán (2006):

“se utiliza un vehículo o recipiente jurídico denominado Unidad de Propósito u Objeto Específico, SVPC (*special vehicle purpose corporation*), como por ejemplo una sociedad comercial o un contrato de fiducia mercantil, cuyo propósito especial es que los financiadores del proyecto, denominados sponsors, obtengan el servicio de la deuda atendiendo a los flujos futuros que genere el proyecto cuando deje de serlo y se convierta en una obra de infraestructura en operación, [...] (pp. 157-158)

(...)

Dentro de las opciones que en la práctica se presentan para la elección del VPE (*SPVC*), se puede utilizar una sociedad mercantil para que haga sus veces o una fiducia mercantil para que adelante sus funciones; de acuerdo con lo anterior deberán analizarse ciertos elementos para escoger el instrumento que más se adapte a los intereses de las partes y los financiadores, así como a los intereses del proyecto y el desarrollo de su actividad económica con el fin de establecer si para el proyecto específico es más viable que las partes se asocien en una persona jurídica o creen un patrimonio autónomo.

(...)

En *Project Finance* se acude a una sociedad mercantil para que haga las veces de VPE (*SPVC*) y se realice una separación patrimonial de los bienes que van a ser utilizados en el proyecto, para que estos sean transferidos al tipo societario que se escoja con el fin de que lo desarrolle y garantice el pago de la deuda que lo financia; si bien queda abierta la posibilidad de escoger cualquier tipo societario de carácter mercantil, en la práctica se ha preferido la elección de sociedades anónimas como “el prototipo de las sociedades de capital. De ahí que con frecuencia se utilice como medio para acometer proyectos de grandes dimensiones” (Reyes, 2006, p. 76) o sociedades por acciones simplificadas que presentan una “amplísima libertad contractual propia de este nuevo tipo” (Reyes, 2013, p. 8), por los beneficios que traen para los socios y el desarrollo de los negocios”.

Por ello, si bien no existe una definición legal de las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial, la mención de este tipo de estructuras en la norma objeto de interpretación supone no solo su reconocimiento por parte del legislador, sino la voluntad expresa de este de cobijarlas con un tratamiento tributario especial, que no abarca a otros sujetos como las empresas prestadoras de servicios públicos.

La inclusión en este caso de la expresión “sociedades, entidades o vehículos de propósito especial” no atiende a un lenguaje que lleve a concluir que se buscó incluir a cualquier ente que desarrollara proyectos de infraestructura de servicios públicos como lo entiende la demandante, sino que se refiere a la clase de entes especialmente constituidos para el desarrollo de un proyecto, que ha sido reconocido en el sector de la infraestructura.

Por otra parte, y atendiendo a una interpretación sistemática de la norma objeto de interpretación y el régimen propio de las empresas prestadoras de servicios públicos, la excepción del párrafo 4.º del artículo 118-1 E.T. no supone desconocer el hecho de que las empresas prestadoras de servicios públicos pueden llevar a cabo proyectos de infraestructura. Si bien es cierto que las empresas de servicios públicos tienen un “propósito especial”, en la medida en que son constituidas específicamente para la prestación de servicios públicos y adelantar las demás actividades complementarias a esta que son autorizadas por la ley, el artículo 118-1 E.T. no se refiere a este propósito especial para definir a los destinatarios de la excepción al régimen de subcapitalización, sino a entes constituidos con el cometido específico de llevar a cabo tales proyectos.

Por lo mismo, la interpretación del párrafo 4.º del artículo 118-1 E.T. contenida en los conceptos y oficios demandados no le resta efecto útil a la norma, sino que atiende a su objetivo de exceptuar de la regla general de subcapitalización a los entes constituidos expresamente para ese propósito, conforme lo dispone la propia ley. El efecto de la norma (y de su interpretación oficial) supone que los proyectos de infraestructura de servicios

públicos a cargo de las empresas prestadoras podrán adelantarse conforme al régimen general; y por otra parte, que habrá lugar a llevar a cabo proyectos de infraestructura mediante la constitución de una sociedad o de un vehículo de propósito especial, en la medida en que el alcance del proyecto o las necesidades de financiación para su realización así lo justifiquen.

Por todo lo anterior, resulta ajustado a la ley y a sus fines que la DIAN concluyera que la excepción a la aplicación de la regla de subcapitalización establecida en el párrafo 4.º del art. 118-1 E.T. solo abarca a las sociedades, entidades y vehículos de propósito especial que tienen a su cargo el proyecto de infraestructura de servicios públicos, con exclusión de las empresas prestadoras de servicios públicos, en tanto estas últimas no corresponden a las entidades o vehículos de inversión de propósito especial para el manejo de proyectos de infraestructura.

Por ello, se concluye que los conceptos números 056282 del 26 de septiembre de 2014 y 025661 del 3 de septiembre de 2015, y los oficios números 034420 del 1.º de diciembre de 2015, 022264 del 19 de agosto de 2016, y 1173 del 29 de noviembre de 2016, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, contienen una interpretación válida de la excepción a la regla de subcapitalización del art. 118-1 pár. 4.º, por lo que se impone negar las pretensiones de la demanda.

En atención a lo previsto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no se condena en costas, por cuanto en el presente caso se debate un asunto de interés público.

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

F A L L A

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Presidente

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN