

Bogotá D.C., 20 de julio de 2019

**HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL**

Ciudad

E. S. D.

Respetados Magistrados,

Ref.: Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 55 parcial de la Ley 1943 de 2018, "Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones"

Honorables Magistrados:

Andrés González Becerra mayor de edad, vecino de Bogotá, ciudadano en ejercicio identificado con cédula de ciudadanía No. 80.088.815 de Bogotá, en desarrollo de la Acción Pública de Inconstitucionalidad prevista en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política de Colombia, mediante el presente escrito, presento demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 55 parcial de la Ley 1943 de 2018 "Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones", con el propósito que se declare que el legislador incurrió una omisión legislativa relativa al no haber incluido en el artículo 55 de la Ley 1943 de 2018 un régimen de transición que exceptuara la aplicación de los apartes que se demandan para las deudas contraídas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 1943 de 2018.

Se anticipa que la norma objeto de la presente demanda tuvo las siguientes consecuencias:

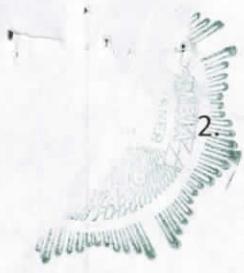
1. Tuvo efectos retroactivos al afectar elementos de contratos de préstamo celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018, que se negociaron y ejecutaron con base en la condición económica de que las entidades podían deducir los intereses de las deudas cuyo monto total promedio excedía el resultado de multiplicar por dos el patrimonio líquido, pero sin exceder el valor de tres veces el patrimonio líquido.

D-13492-
OK



Wesley 240 m



- 
2. Tuvo efectos retroactivos al afectar elementos de contratos de préstamos celebrados por las empresas de factoring con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018, pues limitó la deducibilidad de los intereses de los contratos ya negociados. Lo anterior, necesariamente implicó la alteración de los contratos de préstamos ya celebrados.
 3. Vulnera el principio constitucional de buena fe que se manifiesta en el principio constitucional de confianza legítima ya que amparados en la Ley vigente los contribuyentes planearon sus actividades económicas previendo que podían endeudarse y deducir los intereses relativos a deudas que no excedieran tres veces su patrimonio líquido. Sin embargo, su confianza se ve defraudada cuando una Ley posterior establece un límite más estricto en materia de deducibilidad sin que se establezca régimen de transición alguno para deudas incurridas con anterioridad a la nueva norma.
 4. Vulnera el principio constitucional de buena fe que se manifiesta en el principio constitucional de Confianza Legítima ya que confiando en las normas existentes las empresas de factoring entraron en operaciones de crédito bajo el entendido de que los intereses relacionados con las mismas eran plenamente deducibles sin que les resultaran aplicables los límites de subcapitalización. Sin embargo, una nueva norma establece una condición para la no aplicación de la subcapitalización (que menos del 50% de las operaciones se desarrollen con entidades vinculadas) sin que se establezca que dicha condición para la no aplicación de la norma de subcapitalización no aplica para deudas en las cuales se haya incurrido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Los efectos que demuestran la inconstitucionalidad de los apartes demandados se explicarán en detalle a continuación.

I. NORMA DEMANDADA

El aparte de la norma que se demanda se destaca mediante subraya, así:

*LEY 1943 DE 2018
(diciembre 28)
D.O. 50.820, diciembre 28 de 2018*

por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones.

(...)

Artículo 55. Modifíquese el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, el cual quedará 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 período gravable.

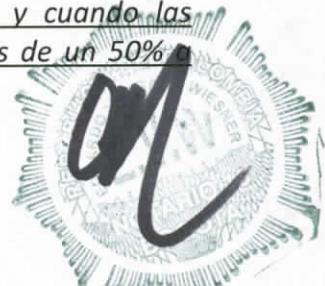
Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción, cuando las deudas que generan intereses sean contraídas, directa o indirectamente, a favor de vinculados económicos nacionales o extranjeros, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios sólo 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 1°. En los demás casos, para efectos de la deducción de los intereses, el contribuyente deberá estar en capacidad de demostrar a la DIAN, mediante certificación de la entidad residente o no residente que obre como acreedora, que se entenderá prestada bajo la gravedad de juramento, que el crédito o los créditos no corresponden a operaciones de endeudamiento con entidades vinculadas mediante un aval, back-to-back, o cualquier otra operación en la que sustancialmente dichas vinculadas actúen como acreedoras. Las entidades del exterior o que se encuentren en el país que cohonesten cualquier operación que pretenda encubrir el acreedor real serán responsables solidarias con el deudor de la operación de crédito en relación con los mayores impuestos, sanciones e intereses a los que haya lugar con motivo del desconocimiento de la operación, sin perjuicio de las sanciones penales a que pueda haber lugar.

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

Parágrafo 3°. Lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo y en los parágrafos primero y segundo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni a los que realicen actividades de factoring, en los términos del Decreto 2669 de 2012, y siempre y cuando las actividades de la compañía de factoring no sean prestadas en más de un 50%



compañías con vinculación económica, en los términos del artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

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

Parágrafo 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.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE DESCONOCE

Los apartes subrayados de la norma resultan contrarios a los artículos 83, 338, y 363 de la Constitución. A continuación, se transcriben las referidas normas y en negrilla se marca el aparte concreto que se vulnera.

*Artículo 83. Las actuaciones de los particulares **y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe**, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

(...)

Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos.





y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

(...)

Artículo 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

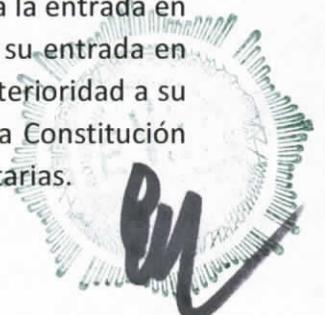
Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.

III. RAZONES DE LA DEMANDA

A. Modificación de límite de deducibilidad de intereses.

La figura de la subcapitalización fue incluida en el artículo 109 de la Ley 1607 de 2012, que adicionó el artículo 181-1 del Estatuto Tributario (en adelante ET). En virtud de aquella, los contribuyentes del impuesto sobre la renta no podrán deducir intereses de deudas que sobrepasen el triple del patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable anterior. La Ley 1943 de 2018 modificó la norma de subcapitalización a fin de establecer que solamente pueden deducirse intereses derivados de deudas que no superen dos veces el patrimonio líquido del contribuyente.

No existe ninguna objeción constitucional al hecho de que la Ley de financiamiento haya establecido un límite mas estricto para que la generalidad de contribuyentes puedan llevar como deducibles los intereses relacionados con los préstamos que requieran, lo que si genera una importante objeción constitucional es que el nuevo límite aplique sobre la deducibilidad de intereses derivados de deudas incurridas con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley. Esto por que al aplicar sobre deudas anteriores a su entrada en vigencia, la Ley está aplicando sobre una situación que se configuró con anterioridad a su entrada en vigencia, lo que resulta contrario a los artículos 363 y 338 de la Constitución Nacional, normas que prohíben la aplicación retroactiva de las normas tributarias.



Además, el que el nuevo límite aplique sobre deudas incurridas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley destruye la confianza legítima del contribuyente, lo anterior se evidencia si simplemente se piensa en el caso de un contribuyente que financió legítimamente su actividad mediante la obtención de un préstamo e hizo proyecciones financieras bajo la legítima asunción de que iba a poder deducir los intereses relativos a las mismas por no superar dicho préstamo tres veces su patrimonio líquido pero que debido a la inexistencia de un régimen de transición respecto a la nueva norma, una parte importante de los intereses relacionados con dichas deudas ya no lo serán, afectándose las proyecciones y presupuestos que hizo, confiando en lo estipulado por una Ley de la República.

B. Empresas dedicadas al Factoring.

Desde su creación, la norma de subcapitalización contempló en sus párrafos excepciones respecto a su aplicación. Concretamente, se excluye de dicha limitante a quienes estuvieran bajo inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

Más adelante, el artículo 62 de la Ley 1739 de 2014 modificó ese párrafo 3 e incluyó también como exceptuadas de tope máximo de deducibilidad a las empresas que realizaran operaciones de *factoring*, sin hacer ninguna distinción. En otros términos, amplió el beneficio tributario relativo a no aplicar la limitación a fin de cubrir a las empresas dedicadas a actividades de factoring, con el único condicionamiento de que se dedicaran a desarrollar dichas actividades.

Con la expedición de la Ley 1943 de 2018 (Ley de Financiamiento) se modificó nuevamente el párrafo 3 del artículo 181-1 del ET. Esta vez se dijo que solo quedaban excluidas de cumplir con el tope de deducción las empresas de *factoring* cuyas actividades no fueren prestadas en más de un 50% a compañías vinculadas. Con este ajuste se limitó los casos en los cuales las compañías de *factoring* que pueden acceder al beneficio tributario de no estar sujetas al límite de deducción de intereses para efectos de la determinación del impuesto a la renta.

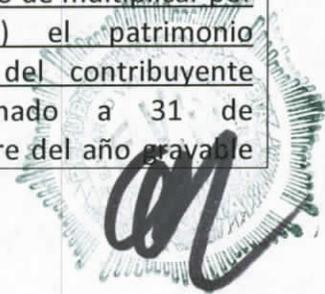
En este caso, al igual que ocurre con la modificación al máximo límite de endeudamiento deducible, la modificación está aplicando de forma retroactiva por que afecta la deducibilidad de intereses relacionados con deudas anteriores a la entrada de vigencia de la Ley. Además se destruye la confianza de los operadores de factoring que confiados en estar cubiertos con el tratamiento fiscal excepcional entraron en deudas necesarias para desarrollar su actividad

Sobre este cambio la Ley de Financiamiento no contempló ningún régimen de transición y, de hecho, aclaró en su artículo 122 de vigencias y derogatorias que, excepto el artículo 70, aquella rige a partir de su promulgación. Es decir, la norma aplica de forma inmediata.



A partir de este recuento, puede decirse que los apartes demandados del artículo 55 de la Ley de Financiamiento hacen, en esencia, tres cosas: i) obliga a las empresas de *factoring* con actividades en más de un 50% con empresas vinculadas a cumplir con topes de deducción de intereses en su declaración de renta; ii) reducen ese tope del triple del patrimonio líquido del año anterior al que se grava, a solo el doble de aquel; y iii) las nuevas normas vulneran el principio de irretroactividad constitucional por aplicar la nueva limitación sobre deudas que adquirieron cuando la limitación para no aplicar la regla de subcapitalización a los operadores de factoring dependía simplemente en que las entidades fueran operadores de factoring sin que se exigiera requisito adicional alguno. Esto también vulnera la confían a partir del año gravable 2018 al no contemplar ninguna excepción de transición o vigencia. El siguiente cuadro puede ilustrar la evolución de los apartes que se demandan mostrando con subraya las frases relevantes:

Ley 1607 de 2012, artículo 109	Ley 1739 de 2014, artículo 62	Ley 1943 de 2018, artículo 55
Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable <u>no exceda el resultado de multiplicar por tres (3) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.</u>	Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable <u>no exceda el resultado de multiplicar por tres (3) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.</u>	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 sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de tales deudas en cuanto el monto total promedio de las mismas, durante el correspondiente año gravable, <u>no exceda el resultado de multiplicar por dos (2) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable</u>

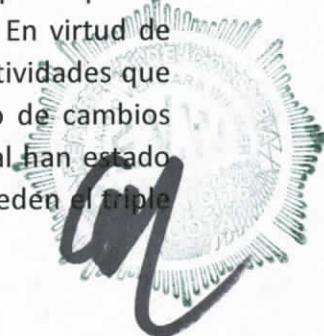


<p>Parágrafo 3°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.”.</p>	<p>Parágrafo 3. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, <u>ni a los que realicen actividades de factoring, en los términos del Decreto número 2669 de 2012.</u></p>	<p>inmediatamente anterior.</p> <p>Parágrafo 3°. Lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo y en los parágrafos primero y segundo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni a los que realicen actividades de <i>factoring</i>, en los términos del Decreto 2669 de 2012, <u>y siempre y cuando las actividades de la compañía de factoring no sean prestadas en más de un 50% a compañías con vinculación económica, en los términos del artículo 260-1 del Estatuto Tributario.</u></p>
---	--	---

Sin perjuicio del margen de configuración que tiene el legislador en materia tributaria, el cual aquí no se discute, el ajuste realizado en 2018 resulta contrario a la Constitución por las siguientes razones.

Primero, desconoce el principio de irretroactividad de la ley contenido en los artículos 338 y 363 Superiores, porque eliminan un beneficio tributario (inaplicabilidad del límite de deducibilidad de intereses) respecto de actividades ya consolidadas, como lo son las operaciones de crédito realizadas antes de la promulgación de la ley y sobre las cuales se tuvo en cuenta la posibilidad de deducir intereses en las condiciones tributarias vigentes al momento en el que se obtuvo el endeudamiento.

Segundo, los apartes también son contrarios al artículo 83 Superior que dispone que las actuaciones de las autoridades deben ceñirse al postulado de la buena fe. En virtud de este, los administrados tienen la confianza legítima de que determinadas actividades que se han venido desarrollando bajo un régimen jurídico no van a ser objeto de cambios abruptos. Para el caso concreto, desde el año 2012 las empresas en general han estado sometidas a un tope de intereses deducibles respecto de deudas que no exceden el triple



del patrimonio líquido a 31 de diciembre del año anterior. Esta situación no fue cambiada con la reforma de 2014 y fue solo hasta el 28 de diciembre de 2018 con la Ley de Financiamiento que dicho tope pasó a ser del doble del referido patrimonio.

Así, a pesar de que por más de 6 años operaron teniendo en cuenta un tope de deducibilidad, de manera súbita, afectando, y aquí es donde se vulnera la confianza legítima, deudas que se adquirieron confiando en las normas vigentes en su momento y con la idea de que los intereses serían deducibles, aspecto sobre el cual se hicieron proyecciones económicas.

Esta confianza legítima también se afecta para el caso concreto de las empresas de *factoring* cuya actividad se da en más de un 50% con empresas vinculadas. En efecto, aquellas venían operando desde 2014 bajo la lógica de que los intereses pagados por deuda podían ser deducidos de la renta sin estar sometidos a límite. No obstante, el 28 de diciembre de 2018 se les anuncia que las deudas ya asumidas ahora se les aplica un tope de deducibilidad que además bajó. Es decir, la razonabilidad económica con la que hasta ahora realizaron operaciones de crédito cambia súbitamente sin que haya la posibilidad de ajustar el comportamiento a las nuevas reglas. Esto defrauda la confianza que tenían estas empresas de que las condiciones no iban a ser cambiadas abruptamente, cosa que es contraria al artículo 83 de la Constitución. Lo anterior, porque el nuevo tratamiento aplica sobre deudas incurridas confiando en las normas existentes en su momento y que se ven afectadas por el abrupto cambio en el régimen de tributación.

A partir de los anteriores razonamientos, que serán explicados como cargos a lo largo del libelo, se llega a que los apartes demandados del artículo 55 de la Ley 1943 de 2018 son contrarios a los artículos 83, 338 y 363 de la Constitución y deben ser retirados del ordenamiento o, en su defecto, condicionada su exequibilidad.

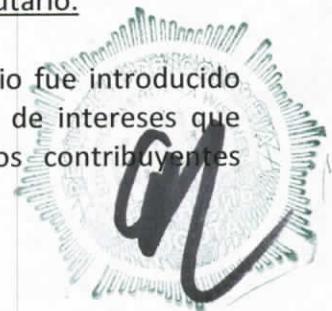
IV. AUSENCIA DE COSA JUZGADA

La norma demandada fue promulgada como Ley de la República el 28 de diciembre de 2018. Sin perjuicio de la posibilidad de que existan procesos en curso en contra de la misma disposición, no se conoce un fallo que pudiera tener efectos de cosa juzgada absoluta que impida un pronunciamiento de fondo sobre los cargos que se plantean.

V. FUNDAMENTO DE LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

A. Consideraciones previas sobre el artículo 118-1 del Estatuto Tributario.

Como se relató anteriormente, el artículo 118-1 del Estatuto Tributario fue introducido por la Ley 1607 de 2012, estableciendo un límite al monto máximo de intereses que pueden deducir los contribuyentes. En virtud de dicho límite, los contribuyentes





únicamente pueden deducir intereses cuando el monto total promedio de las deudas que ocasionan esos intereses no excedan el resultado de multiplicar por tres el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

La norma planteaba dos excepciones a esta limitación: (i) las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, y las (ii) las sociedades que llevaran a cabo proyectos de infraestructura de servicios públicos. Dos años más tarde, con la introducción de la Ley 1739 de 2014, el legislador reconoció que al igual que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, las empresas de Factoring debían financiarse con altos niveles de deuda para poder llevar a cabo su operación, y modificó el artículo introducido por la Ley 1607 de 2012 en su parágrafo 3 para incluir en la excepción a la limitación de deducibilidad de intereses a los contribuyentes que realizan actividades de factoring.

La Ley 1943 de 2018, modificó el artículo 118-1 estableciendo que, a partir de la introducción de la Ley, la limitación a la deducibilidad de los intereses aplica únicamente para intereses que surgen con ocasión de deudas adquiridas con vinculados económicos, sin exceder el resultado de multiplicar por **dos** el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior. Frente a los contribuyentes exceptuados, la Ley modificó las excepciones al extender la limitación del artículo 118-1 a las Compañías de Factoring que desarrollen sus actividades en un 50% o más con vinculados económicos.

La modificación efectuada por la Ley de Financiamiento aumenta el límite de la deducibilidad para las deudas contraídas por los contribuyentes con vinculados económicos, al reducir la proporción de 3:1 a 2:1 entre las deudas contraídas y el patrimonio líquido, y excluir de los contribuyentes exceptuados a las compañías de Factoring que llevan a cabo actividades en un 50% o más con vinculados.

Es decir, el artículo 55 de la Ley 1943 de 2018 modificó el tratamiento tributario aplicable a las deudas contraídas con anterioridad al 1 de enero del 2019, al reducir la proporción para determinar el límite de deducibilidad, y al excluir de los contribuyentes que no estaban sujetos al límite a las compañías de Factoring que desarrollen actividades en un 50% o más con vinculados económicos.

Para ilustrar el anterior efecto pongo a su consideración el siguiente ejemplo:

Un contribuyente, sujeto a las normas de subcapitalización, en el año 2018, se endeuda con un vinculado económico en COP 1.000.000.000.000 con un interés pactado a precio de mercado del 10%, y con un término de 10 años. Dicho contribuyente tiene un patrimonio líquido de COP 400.000.000.

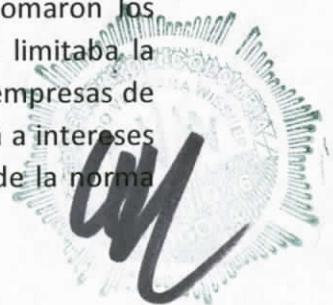


Frente a lo anterior, el contribuyente previó con base en la Ley vigente en 2018 que iba a tener una deducción por concepto de pago de intereses de aproximadamente 100 millones de pesos anuales, factor que por supuesto tuvo en cuenta para: (i) Estructurar la operación como la estructuró, (ii) hacer las proyecciones financieras e inversiones que proyectó, (iii) Hacer los presupuestos, (iv) determinar su retorno y el de sus inversionista, (v) Es tan importante este aspecto que el contribuyente probablemente definió los valores a los cuales efectuaría sus operaciones, teniendo en cuenta este elemento integrante de su estructura de costos y gastos, así, el saber que iba a poder deducir los intereses asociados a las deudas incurridas fue un elemento que tuvo en cuenta al determinar el los valores de las transacciones de que efectuó.

Sin embargo, el 28 de diciembre de 2018, se aprueba la reforma con las siguientes consecuencias para el contribuyente:

1. Su patrimonio a 31 de diciembre de 2018, dos días después del momento en que se aprueba la reforma, es de COP 400.000.000, por lo que solo podrá deducir durante el año 2019 intereses derivados de deudas que no excedan COP 800.000.000. Como se indicó, el endeudamiento del contribuyente es de COP 1.000.000.000.000 y se reitera, cuando se endeudó, la norma permitía deducir intereses de deudas que no excedieran el resultado de multiplicar por tres el patrimonio líquido del contribuyente, es decir COP 1.200.000.000.
2. El cambio normativo no permite al contribuyente margen de acción alguno o si acaso muy limitado. Los préstamos ya existen, el monto máximo de endeudamiento para la norma de subcapitalización se determina a 31 de diciembre de 2018, dos días después de la publicación de la reforma tributaria. Pensar en modificar el endeudamiento por capital resulta en extremo complejo.
3. La misma situación la experimenta una empresa de factoring que adquirió deudas por un valor importante lo cual es necesario para el desarrollo de sus actividades con la tranquilidad de que los intereses iban a ser deducibles y resulta cubierta intempestivamente por la limitación, afectándose de forma gravosa sus proyecciones financieras, ya que en todos sus cálculos y estimaciones tuvo en cuenta que los intereses, derivados de deudas que debe tomar dada su actividad iban a ser deducibles sin que aplicara la regla de subcapitalización, lo que dejó de ser el caso.

Lo más grave desde el punto de vista jurídico es que cuando se tomaron los préstamos era claro en las normas que la regla de subcapitalización limitaba la deducibilidad de intereses en una proporción 3:1, o en el caso de las empresas de Factoring que no aplicaba el límite. Así, el que la nueva norma aplicará a intereses generados por deudas contraídas con anterioridad a la introducción de la norma



objeto de esta demanda, implica que la disposición demandada está teniendo efectos a hechos anteriores a la Ley, como se explica a continuación:

- a. La norma de subcapitalización se refiere a los intereses derivados de las deudas incurridas por el contribuyente. De esta forma si en virtud de la norma se cambian las condiciones tributarias de las deudas incurridas antes de su vigencia, ésta aplicó de forma retroactiva. El hecho generador en materia de subcapitalización se determina con base en la relación entre deudas e intereses, y si una limitación a la deducibilidad de los intereses aplica sobre deudas anteriores, la norma está aplicando de forma retroactiva y por lo tanto es inconstitucional.
- b. La norma afecta severamente los resultados económicos que se tuvieron en cuenta cuando se incurrió en los contratos de préstamo. El que un contribuyente prevea que va a poder deducir los intereses cuando se endeuda y el que finalmente, en virtud de una norma posterior no pueda, resulta tan arbitrario como que un Banco que prestó dinero al 10% pretenda unilateralmente que ahora se le paguen, por ejemplo, intereses del 15%. Los racionales que se tuvieron para efectuar la operación e incluso la decisión de realizarla, cambia totalmente. Es por esto que la Constitución Colombiana consagra la irretroactividad de las normas tributarias, para impedir que cambios normativos apliquen a decisiones económicas que se toman. El legislador, consciente de lo anterior, ha consagrado por ejemplo regímenes de transición en materia de leasing, indicando que para los contratos suscritos con anterioridad al cambio normativo efectuado por la Ley 1111 de 2006 seguía aplicando el régimen anterior, o para los contratos de interventoría y de construcción derivados de contratos de concesión a fin de mantener el IVA vigente al momento de suscripción del contrato.

Con lo anterior en mente, procedo a explicar (i) cómo la norma demandada vulnera el principio de irretroactividad contenido en el artículo 363 de la Constitución Política, y (ii) cómo, en consecuencia de la aplicación retroactiva de la norma, hay una vulneración al principio de confianza legítima contenido en el artículo 83.

- B. Primer cargo. Las expresiones demandadas son contrarias al principio constitucional de irretroactividad de la ley tributaria contenido en los artículos 338 y 363 superiores, porque eliminan un beneficio (inaplicabilidad de un límite) respecto de actividades y periodos ya consolidados.

En virtud del numeral 12 del artículo 150 de la Constitución, le corresponde al congreso "Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los



casos y bajo las condiciones que establezca la ley". Esta habilitación implica que el legislador tiene un amplio margen de configuración en materia tributaria.

Sin perjuicio de ello, es la misma Carta la que le impone limitaciones al ejercicio de esa facultad. Al respecto la Corte Constitucional ha indicado que *"como ninguna potestad, por amplia que sea, es absoluta en una democracia constitucional, el Congreso no puede ejercer su poder impositivo de una manera incompatible con los mandatos constitucionales, lo cual excluye su ejercicio arbitrario, es decir, imposible de justificar a partir de razones acordes con la Constitución."*¹

De manera concreta, el artículo 363 establece expresamente que *"Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad"* y el 338 dice que *"Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo"*. Así, a pesar de que el Congreso puede disponer de manera general el manejo de la política tributaria, de las normas citadas se desprende que al hacerlo este tiene, al menos, dos limitaciones: i) no puede expedir leyes que graven situaciones consolidadas; y ii) cuando la base para gravar sea un periodo, aquel debe ser el que inicie luego de promulgada la ley.

A partir de ello, la jurisprudencia ha reconocido que a la Corte no le corresponde *"establecer si lo reglado por el Congreso es o no lo más adecuado entre toda la gama de opciones normativas, sino en determinar si lo establecido se ajusta a los parámetros constitucionales."*²

Ahora, en cuanto al alcance del concepto de irretroactividad de la ley tributaria la jurisprudencia ha sido prácticamente constante desde su temprana jurisprudencia. Es así como desde sentencia C-549 de 1993 ha señalado que:

*La esencia del principio de irretroactividad de la ley tributaria es la **imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que ya están formalizados jurídicamente**, salvo que se prescriba un efecto más perfecto tanto para el sujeto de derecho, como para el bien común, de manera concurrente, caso en el cual la retroactividad tiene un principio de razón suficiente para operar. Pues lo imperfecto siempre se sujeta a lo más perfecto, dada la naturaleza perfectible de la legalidad. (negrilla propia)*

Esta imposibilidad de aplicar la ley tributaria con efectos hacia atrás tiene una estrecha relación con el concepto de seguridad jurídica. En palabras de la misma sentencia:

*Igualmente, la seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente **no***

¹ Sentencia C-007 de 2002

² Sentencia C-333 de 2017





*pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. Si la ley tributaria modifica situaciones jurídicas definidas por el mismo legislador, sin una finalidad de favorabilidad en cuanto a las cargas tributarias, por ejemplo, **incurre, no sólo en una contradicción, sino en el desconocimiento del derecho adquirido y legítimamente constituido.** La consecuencia, entonces, es que la actividad del legislador estatal deja de cumplir con una finalidad esencial a su razón de ser: **la seguridad y tranquilidad de los asociados.** (negrilla propia)*

Estos postulados han sido recogidos a lo largo de los pronunciamientos y se han aplicado de forma pacífica en diferentes escenarios³. En ese contexto, la Corte se ha referido tanto a casos en los que la nueva ley crea un tributo, como a aquellos en donde la carga impositiva se deriva de la eliminación de un beneficio. En ambos casos el resultado es el mismo: una situación que antes no estaba gravada pasa a ser objeto de una carga tributaria importante, que no pudo ser estimada.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha aclarado que lo que busca la prohibición relativa a aplicar de forma retroactiva las normas tributarias es proteger al contribuyente de forma general frente a la imposición de cargas respecto de actuaciones que ya ejecutó. Esto bajo la lógica de que la decisión de hacerlas estuvo amparada en las condiciones tributarias vigentes en su momento. Al respecto dijo en sentencia C-006 de 1998, citando la C-527 de 1996:

*Es claro que el objetivo que movió la voluntad del Constituyente al incorporar al cuerpo constitucional la norma en cuestión, fue el de precisar con valor inobjetable **todos los elementos que jurídica y técnicamente entran en la formulación de un tributo** y que tienen que ver con la asignación de competencias, los factores esenciales que integran la noción y los requisitos y limitaciones a las cuales deben someterse las autoridades para establecer la obligación fiscal. La finalidad que enmarca tal ejercicio, no es otra que la de **impedir todo asomo de arbitrariedad fiscalista y proteger los derechos de los contribuyentes.** (negrilla propia)*

A partir de ello, la Corte ha sido enfática en afirmar que en virtud de la irretroactividad “La persona debe estar preparada para cancelar el impuesto y, por tanto, sufre daño cuando la imposición de gravámenes cubre situaciones o hechos que ya están fuera de su control y previsión. En tal caso, si el no pago del impuesto es castigado, como es normal que ocurra y como en efecto sucede con el impuesto de que aquí se trata, la persona resulta condenada injustamente, lo cual quebranta postulados básicos de todo sistema jurídico”⁴.

³ Ver sentencias C-1215 de 2001, C-007 de 2002, C-809 de 2007, C-635 de 2011, C-785 de 2012, C-119 de 2018 y C-235 de 2019, entre otras.

⁴ Sentencia C-205 de 1993



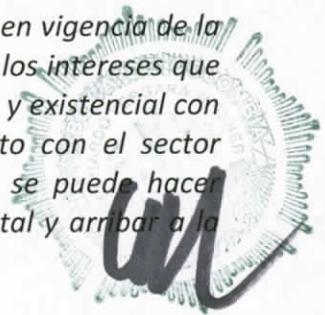
En conclusión, es claro que de forma general el Congreso tiene un amplio margen de configuración al momento de definir la política tributaria. No obstante, esta competencia se encuentra demarcada, entre otros, por los artículos 338 y 363 Superiores que disponen que la ley no puede: i) aplicar retroactivamente, esto es sobre hechos o actuaciones que ya ocurrieron; y ii) cuando se hace referencia a periodos gravables, aquellos solo pueden ser los que comiencen luego del periodo en el que se promulga la ley. Esta limitación aplica por igual cuando se trate de nuevos tributos o de eliminación de beneficios tributarios, en la medida en la que el efecto es el mismo: el incremento de la carga impositiva al contribuyente. La excepción a estos límites se encuentra en los casos donde la modificación de la ley implica una ventaja para el administrado.

En este punto, es menester mencionar que la norma de subcapitalización creada en virtud de la Ley 1607 de 2012 fue objeto de una acción de inconstitucionalidad en la cual el demandante no se refirió a la vulneración del principio de irretroactividad de las normas tributarias ni al principio de buena fe, por lo que la Corte no se manifestó al respecto.

Sin embargo, tanto en el Concepto que la Corte le solicitó al Instituto Colombiano de Derecho Tributario y en el Concepto que la Corte solicitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, se señala que la norma es inconstitucional por vulnerar el principio de irretroactividad y el principio de buena fe al no preverse un régimen de transición que impidiera que la norma aplicara sobre deudas existentes.

En palabras del Instituto Colombiano de Derecho Tributario:

“(…) Ni siquiera repara en lo que ocurre con los endeudamientos anteriores a la entrada en vigencia de la ley 1607 de 2012, los cuales fueron asumidos por los contribuyentes cuando no regía la nueva restricción normativa. No fija regla alguna de transición en procura de respetar los principios que informan la aplicación de la ley tributaria en el tiempo y el imperativo de justicia que ha de prevalecer en el régimen de las obligaciones tributarias, ni tiene en cuenta que sería en extremo utópico pretender que, ante la medida legislativa, los contribuyentes podrían, sin reserva ni impedimento alguno y dueños de una capacidad económica y financiera ilimitada, optar por pagar súbitamente las deudas y acudir a la capitalización. No pasó por la mente del legislador, en este caso, la enfática regla del artículo 363 de la Carta Política conforme a la cual “las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad” ni en relación con los intereses a cargo del contribuyente por el año gravable 2013 originados por deudas vigentes el 1° de enero del mismo período, ni respecto de los intereses de períodos siguientes correspondientes a deudas anteriores a esa fecha. Las deudas contraídas antes de la entrada en vigencia de la norma acusada no podían ser afectadas por la restricción, porque los intereses que generan no pueden ser comprendidos sin su correlación inmediata y existencial con los capitales de referencia. En una operación de endeudamiento con el sector financiero, para citar un ejemplo recurrente en el mercado, no se puede hacer abstracción de los intereses en aras de aludir únicamente al capital y arribar a la



feliz conclusión según la cual si el recibo del capital materia de la deuda es anterior a la vigencia de la nueva norma pero los intereses que genere son posteriores, la norma se puede aplicar respecto de los segundos, sin reparar en el impacto que ello pueda generar para los deudores afectados. Es esa una de las razones por las cuales, aun abstracción hecha de la comentada afrenta a la irretroactividad de la ley tributaria, la disposición censurada es injusta en grado sumo y lesiona gravemente, y en proporciones inmensurables, el principio de capacidad contributiva”⁵

Frente a lo anterior, es importante señalar lo siguiente:

1. La norma de subcapitalización busca limitar el monto de intereses que pueden deducirse respecto a deudas incurridas por cierta compañía, su aplicación se determina tomando en cuenta el valor total de las deudas existentes. De esta forma, la base gravable del impuesto se determina con base en la relación entre deuda e interés. Así, por aplicar la nueva proporción en la limitación (2:1) respecto a deudas adquiridas con anterioridad a su entrada en vigencia, ésta resulta retroactiva y por lo mismo inconstitucional.
2. La Ley de financiamiento establece que para que a las empresas de factoring no les aplique la norma de subcapitalización no pueden desarrollar actividades con empresas de factoring en más de un 50%. Al respecto, lo que vulnera el principio de irretroactividad es que este condicionamiento aplique para deudas incurridas con antelación a la entrada en vigencia de la Ley de Financiamiento, ya que esto implica una aplicación retroactiva de las normas tributarias.
3. Se desvirtúa el propósito del principio de irretroactividad en materia tributaria si se admite que la nueva norma aplique sobre deudas incurridas con antelación a su entrada en vigor. Lo anterior, por la indefensión en la que se encuentra el contribuyente cuando actuó con base en unas normas que le permitieron prever que las deudas respecto a préstamos que tomase resultaban deducibles.
4. Finalmente, tal y como se señala en el Concepto del Instituto Tributario, cuando en virtud de una norma posterior se alteran los efectos tributarios derivados de deudas incurridas con antelación al momento en el que se tomaron las deudas, se está vulnerando el principio de justicia tributaria y el principio de capacidad contributiva, nadie puede pretender ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista práctico, que el contribuyente en las pocas semanas que pasaron entre el momento en que se propuso la norma, el momento en el que ésta se aprobó y en el momento en que ésta empieza a aplicar, modifique su estructura operativa a fin de no verse afectado.

⁵ Concepto presentado por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario a la Corte Constitucional, relacionados con la Sentencia C-655 de 2014. Ponencia del Doctor Mauricio Plazas Vega.

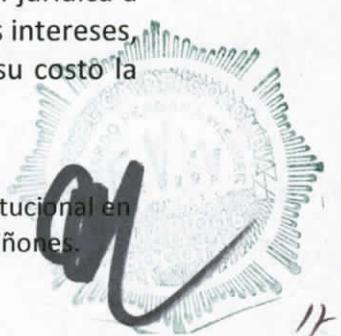


Sobre el mismo punto se pronunció la Academia Colombiana de Jurisprudencia, advirtiendo lo siguiente:

*La buena fe trae aparejada una consecuencia jurídica que se califica al tiempo de celebrar los contratos que según las leyes vigentes al tiempo de su celebración y ejecución, de manera que los efectos tributarios de la actuación siempre deben poder preverse en ese momento, en que se evalúan las ventajas y cargas que comporta ese actuar. Pero resulta, y esto sí puede calificarse de una omisión inconstitucional, que la nueva regla, al no calificar la antigüedad de la deuda sometida a la cláusula, afecta la seguridad jurídica, la irretroactividad y hasta la viabilidad de proyectos de largo plazo, puesto que la limitación de los intereses ya pactados parece aplicar a todo tipo de endeudamiento con una **fuerte agresión al principio de buena fe y de irretroactividad, por omitir una regla de transición para las situaciones ya creadas por deudas ya contraídas en el pasado**. La subcapitalización como límite se debe entender aplicable a partir del periodo gravable de 2014, en primer lugar, respecto de los créditos contraídos a partir de ese período y en segundo lugar respecto del patrimonio líquido del contribuyente a 31 de diciembre de 2013, que es aquel que en vigencia de la ley nueva debe someterse a la proporción de endeudamiento excesivo, noción que no existía para el período de 2012. Tal como se redactó la norma, lo que se limita es la deducción de gastos por intereses que tienen una relación directa con el periodo subsiguiente al de la vigencia de la ley pero debió hacer dos aclaraciones que tienen efectos constitucionales: i) esta cláusula se refiere solo a las deudas contraídas después de la vigencia de la ley y ii) el patrimonio líquido a tener en cuenta es el de diciembre de 2013, el del periodo siguiente a la vigencia de la ley, puesto que el de 2012 no estaba considerado desde el inicio del período como parámetro patrimonial definido legalmente. A partir de 31 de diciembre de 2013 se fija el límite de intereses causados en 2014, lo que permite un mínimo período de acomodación a la norma en las empresas” (Énfasis fuera de texto).⁶*

Es claro, entonces, que cuando una ley introduce una modificación a la norma tributaria que como base para la liquidación del impuesto toma hechos anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la ley, es un impuesto con carácter retroactivo. Esto es lo que sucede con la norma acusada pues afecta deudas contraídas con anterioridad al 1 de enero de 2019, y tal cómo lo dijo el Instituto Colombiano de Derecho Tributario y la Academia Colombiana de Jurisprudencia, los intereses no pueden ser desligados, ni entendidos, sin su correlación inmediata y existencial con los préstamos que los generan. Dichos créditos son los que generan los intereses, y en ese sentido, la situación jurídica a la que se debe hacer referencia es a los contratos de préstamos que originan los intereses, puesto las condiciones con las que se negociaron incluyeron en el cálculo de su costo la deducibilidad de los intereses.

⁶ Concepto presentado por la Academia Colombiana de Jurisprudencia a la Corte Constitucional en relación a la Sentencia C-665 de 2014. El Concepto fue presentado por Lucy Cruz de Quiñones.



Resultaría contrario a la lógica y en desconocimiento de la naturaleza jurídica de los contratos de préstamo entender los intereses como un costo independiente de los mismos contratos de crédito. La existencia de los intereses es inherente a la existencia del crédito, y es un elemento determinante a la hora de negociar dichos contratos de crédito. Afectar el tratamiento de los intereses causados por deudas contraídas antes de la entrada en vigor de la norma demandada, es afectar los créditos ya celebrados con base en las condiciones tributarias del momento en el que se perfeccionó el contrato.

En conclusión, se está frente a una norma de carácter retroactivo pues extiende sus efectos a situaciones jurídicas, que en este caso son los contratos de crédito, que acaecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

- C. Segundo cargo. Las expresiones demandadas son contrarias al principio constitucional de confianza legítima contenido en el artículo 83 porque eliminan de forma abrupta un beneficio tributario que ha operado por varios años, sin tener en cuenta que los destinatarios han acomodado su actividad empresarial a dicha condición y sin otorgarles un tiempo razonable que les permita ajustar su operación a dicha condición y sin otorgarles un tiempo razonable que les permita ajustar su operación a las nuevas reglas.

Es un postulado de orden Constitucional que se deriva de la buena fe (art. 83 Constitución Política de 1991) y se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones:

“El principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede alterar, de manera súbita, unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica”⁷

Según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional⁸, la Confianza Legítima no ampara los derechos adquiridos, sino aquellas situaciones jurídicas consolidadas o razones objetivas que se configuran como expectativas válidas y sobre las cuales el administrado despliega su conducta bajo la convicción de que dicha situación tiene vocación de perdurabilidad. En palabras de este Alto Tribunal:

“(…) no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada”

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2004.

⁸ Entre varias providencias de este Alto Tribunal se resaltan las siguientes: Sentencias T-084 de 2015 M.P.; T-180 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas.



por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente⁹. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación^{10,11}.

Asimismo, la Corte Constitucional ha sido enfática en advertir que el Principio de la Confianza Legítima busca proteger a los ciudadanos frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades¹².

Así, el Principio de Confianza Legítima no se constituye como un óbice para que el legislador pueda hacer cambios normativos, esto reñiría con su función esencial de emitir leyes. Por el contrario, la Confianza Legítima contribuye a la efectiva transición que conllevan estos cambios normativos, al conminar al legislador a proteger aquellas situaciones en las que los administrados actuaron y generaron expectativas plausibles conforme a la regulación anterior, otorgándoles tiempo y medios que les permitan adaptarse a esta nueva situación.

Sobre lo anterior, el tratadista GARCÍA DE ENTERRIA señaló:

*"Dicho principio, no impide, al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero si, le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podían legítimamente confiar los afectados. Esa modificación legal, obliga a la administración a proporcionarles en todo caso tiempo y medios, para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que dicho de otro modo implica una condena de los cambios bruscos adoptados por sorpresa y sin las cautelas aludidas"*¹³.

⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 17 de diciembre de 1992, asunto *Holtbecker*, en J. Boulouis y M. Chevallier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima se definía como la situación en la cual se encuentra un ciudadano al cual la administración comunitaria, con su comportamiento, le había creado unas esperanzas fundadas de que una determinada situación jurídica o regulación no sería objeto de modificación alguna.

¹⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 8 de junio de 1977, asunto *Merkur*. en J. Boulouis y M. Chevallier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, París, Dalloz, 1993, p. 218. En esta sentencia el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima podía llegar a ser vulnerado por la Comunidad Europea debido a la supresión o modificación con efectos inmediatos, en ausencia de unas medidas transitorias adecuadas y sin que se estuviera ante la salvaguarda de un interés general perentorio.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-131 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Cfr. C-478 de 1998, T-398 de 1997, T-576 de 1998, SU 260 de 1998 entre otras.

¹³ GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas Madrid p. 375.



En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C- 235 de 2019:

*“La Corte no es ajena a la idea de que las reformas tributarias persigan que no se afecten los recursos del Estado, busquen atender las necesidades del dinamismo de la economía y los requerimientos de la realidad nacional. Por ello, se reconoce que el Congreso es competente para desarrollar dichas medidas en aras de salvaguardar el interés general y en ejercicio del principio democrático; **sin embargo, ello debe promoverse con observancia de las normas constitucionales vigentes, de forma que no se afecten las condiciones de tributación materializadas en vigencias anteriores, debido a que el contribuyente se ha adecuando a lo previsto en la norma para los periodos fiscales respectivos y de conformidad con las reglas allí fijadas, como lo ha desarrollado prolijamente la jurisprudencia de esta Corte.***

*Se reitera entonces que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración en materia tributaria, empero debe ceñirse a los postulados superiores correspondientes. Así, cuando decide eliminar una exención no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas a favor de los contribuyentes. Máxime cuando dicho beneficio tributario exige que los sujetos pasivos deban hacer unas inversiones, como en el presente caso ocurrió en materia de construcción, remodelación o ampliación de las edificaciones en las cuales se prestan servicios hoteleros, **por lo cual una vez se hubieren cumplido los requisitos legales y reglamentarios no se puede variar la situación frente a la cual se encontraban los contribuyentes**, puesto que una vez ellos asumieron una carga legítima para acceder a la exención de renta se concretó su posibilidad de disfrutar de tal beneficio tributario durante el tiempo determinado en la norma anterior, esto es, la Ley 788 de 2002 y su decreto reglamentario.” (Énfasis fuera del texto).*

De ahí que en materia legislativa, el Principio de la Confianza Legítima propenda por resguardar la seguridad jurídica y por respetar las situaciones jurídicas consolidadas al proteger a los particulares respecto de los cambios bruscos e intempestivos de legislación, por medio de regímenes de transición normativa:

*“(…) [E]l Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, **sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica**. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con*



base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración”¹⁴

En esa medida, la Constitución protege a los contribuyentes de cambios intempestivos en las normas cuando estos tienen razones para confiar en la durabilidad de las mismas.

Lo anterior se refleja en que aun cuando el legislador tiene amplias facultades que le permite modificar o suprimir normas en materia tributaria, esas facultades están limitadas por el artículo 83 de la Constitución Política cuando se pretende, por ejemplo, modificar o eliminar beneficios tributarios como en este caso.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que por medio del referido Principio de la Confianza Legítima se protegen las razones objetivas que tuvo el contribuyente para confiar en la durabilidad de la regulación que tenía el beneficio fiscal. Es pues en estos casos en donde se limita la discrecionalidad del legislador a la hora de hacer cambios normativos. Así, en profusa y reiterada jurisprudencia, este alto tribunal ha señalado lo siguiente:

*“Se podría predicar la existencia de dichas ‘razones objetivas’ cuando, **por ejemplo**, la norma en cuestión (i) ha estado vigente por un muy largo período; (ii) no ha estado sujeta a modificaciones ni hay propuestas sólidas de reforma; (iii) su existencia es obligatoria, es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio; y además, (iv) ha generado efectos previsibles significativos, es decir, ha conducido a que los particulares acomoden de buena fe sus comportamientos a lo que ella prescribe. Lo anterior no quiere decir que las normas tributarias no puedan ser derogadas o modificadas, sino que cuando lo sean, ‘el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación’, lo cual consiste, **por ejemplo**, (i) en que haya un período de transición o (ii) en que no se establezcan barreras o trabas para que los afectados ajusten su comportamiento a lo prescrito por la nueva norma. En algunas situaciones, la protección de la confianza legítima puede exigir que (iii) el beneficio tributario no sea derogado durante el lapso en que está corriendo el término para que los contribuyentes gocen de él”¹⁵ (énfasis fuera del original).*

Además, en providencia reciente la Corte Constitucional ha añadido los dos siguientes aspectos:

“Así, de acuerdo con lo que se acaba de exponer, el legislador enfrenta dos tipos de situaciones cuando se trata de modificar o de suprimir normas que establecen beneficios tributarios: (i) Cuando la norma previa ha fijado unas condiciones para

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-809 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Esta posición ha sido refrendada en otras oportunidades por este Alto Tribunal (v.gr. Sentencia C-007-02 M.P. Manuel José Cepeda; C-930 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto).



acceder al beneficio tributario y ha previsto un periodo determinado dentro del cual el mismo puede hacerse efectivo, el contribuyente que antes de la expedición de la nueva ley ha cumplido con todas las condiciones contempladas en el régimen anterior, tiene una situación consolidada que no puede ser desconocida mientras no se agote el periodo inicialmente previsto para hacer efectivo el beneficio. (ii) Cuando el contribuyente, con anterioridad a la expedición de la nueva ley, no ha cumplido con las condiciones contempladas en la normatividad que se modifica, pero, en atención a consideraciones objetivas, puede alentar la confianza legítima de que la misma se mantendría por un determinado periodo, lo que lo llevo a efectuar actos de ejecución que tienen entre sus supuestos el referido beneficio tributario, tiene derecho a que se contemple un régimen de transición que de manera razonable le permita adecuarse a la nueva realidad”¹⁶.

Véase cómo los anteriores criterios no son considerados por la Corte como taxativos o concurrentes, pues según se desprende de las anteriores citas estos son usados a manera de **ejemplo**. En ese orden, basta con que exista uno o varios de dichos criterios para predicar la existencia de razones objetivas propias de una situación protegida por el Principio de Confianza Legítima y ante lo cual la facultad del legislador se ve reducida a la hora de hacer modificaciones a los beneficios fiscales, en el sentido de que tiene que adoptar medidas transitorias en favor de los destinatarios de dicho principio.

La Corte Constitucional determinó que:

*“El principio de buena fe en materia tributaria, está íntimamente ligado con el respeto de los derechos adquiridos, pues una vez que el legislado ha establecido unas condiciones bajo las cuales los contribuyentes **realizan una inversión, hacen una operación, se acogen a unos beneficios, etc., estas no pueden ser modificadas posteriormente en detrimento de sus intereses, porque la conducta del contribuyente se adecuó a lo previsto en la norma vigente al momento de realizarse el acto correspondiente y de acuerdo con las exigencias por ella previstas.**” (Énfasis fuera del texto)*¹⁷

Pues bien, cómo a continuación paso a demostrar, en el presente caso se dan los anteriores presupuestos que fundamentan la situación protegida por el Principio de la Confianza Legítima y en cuya virtud la potestad discrecional del legislador lo conminaba a establecer un régimen de transición al referente.

- (i) La norma antes de la modificación aquí demandada ha estado vigente por un periodo de tiempo significativo: Al respecto, la norma de subcapitalización fue introducida en la legislación tributaria por medio de la Ley 1607 de 2012 con una proporción de la deuda frente al patrimonio de 3:1 y, entre otras,

¹⁶ Corte Constitucional sentencia C-003 de 2018 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

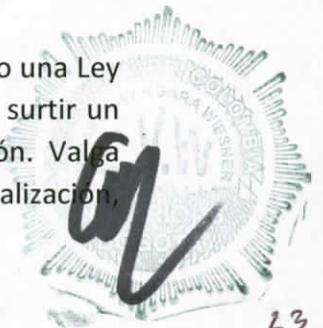
¹⁷ Corte Constitucional sentencia C-604 de 2000



exceptuando a las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia. Más adelante, con la introducción de la Ley 1739 de 2014 el legislador reconoció que al igual que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, las empresas de Factoring debían financiarse con altos niveles de deuda para poder llevar a cabo su operación, y modificó el artículo introducido por la Ley 1607 de 2012 en su parágrafo 3 para incluir en la excepción a la limitación de deducibilidad de intereses a los contribuyentes que realizan actividades de Factoring. Desde ese momento la norma ha estado vigente y únicamente fue modificada una vez para adicionar otra excepción al régimen de subcapitalización, nunca para eliminarlo, ni para cambiar la proporción exigida entre los créditos y el patrimonio de la compañía.

Como se expone, desde la introducción de la norma, ésta no ha sido modificada para alterar la proporción 3:1 ni para eliminar quienes están exceptuados del régimen, únicamente para adicionar excepciones. Por lo tanto, el contribuyente al ver que desde que se introdujo la norma de subcapitalización, el límite de deducibilidad operaba frente a los intereses de aquellas deudas que excedieran una proporción de 3:1 frente al patrimonio, los contribuyentes tenían una razón objetiva para ajustar su comportamiento al régimen tributario del momento. Lo mismo se puede concluir frente a los contribuyentes exceptuados del régimen de subcapitalización como lo eran las empresas de Factoring.

- (ii) La norma antes de la modificación aquí demandada no ha estado sujeta a modificaciones ni a propuestas sólidas de reforma: tal y como se indicó, desde su creación, el régimen que en materia de subcapitalización aplica para los contribuyentes que incurrían en deudas que excedieran el resultado de multiplicar por 3 el patrimonio líquido, y en todo caso no aplicaba para compañías de Factoring que llevaran a cabo sus actividades en más de un 50% con vinculados económicos. Es más, en las modificaciones que introdujo el legislador a las reglas de subcapitalización, anteriores a la norma demandada, nunca se modificó la proporcionalidad de 3:1 ni el beneficio para las compañías de Factoring, ni para cualquiera de los otros contribuyentes que estaban cobijados bajo la excepción. Por el contrario, las modificaciones, como se explicó en el aparte anterior, solo fueron introducidas para adicionar excepciones.
- (iii) La norma antes de la modificación aquí demandada se constituía como una Ley de la República ante la cual, para su modificación, el Congreso debía surtir un trámite contentivo de varias fases para su supresión o modificación. Valga recordar que las modificaciones introducidas al régimen de subcapitalización,



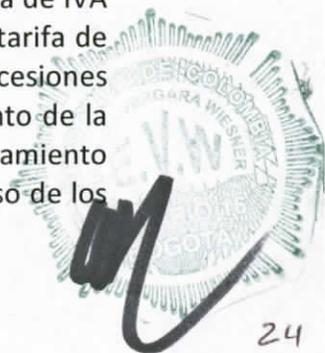
antes de la entrada en vigencia de la disposición aquí demandada, habían sido introducidos en nuestro ordenamiento por medio de una ley, no podría ser de otra forma con base en el principio tributario de legalidad.

- (iv) La norma ha generado efectos previsibles significativos, es decir, ha conducido a que los particulares acomoden de buena fe sus comportamientos a lo que ella prescribe: Frente a la generación de efectos previsibles de la norma, en este caso es claro que los contribuyentes incurrieron de buena fe en conductas teniendo en cuenta que el régimen de subcapitalización les permitía deducir intereses siempre y cuando no obtuvieran deudas por encima del resultado de multiplicar por 3 el patrimonio líquido, y en igual sentido actuaron las empresas de Factoring al financiarse con deuda para desarrollar sus actividades pues no estaban sujetas a las normas de subcapitalización. Por lo tanto, era previsible que el contribuyente acomodara sus comportamientos a lo que prescribía la norma pues el Estado entendía a cabalidad el funcionamiento de su actividad y en consecuencia avalaba la práctica común de financiarse con deuda, sin que hubiere incurrido condicionamiento adicional alguno.

Si el contribuyente de buena fe, basado en que el legislador ha reconocido que las compañías para el desarrollo de sus actividades necesitan financiarse con deuda, incurrió en contratos de crédito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1943 de 2018 sin exceder el límite 3:1, es de esperarse que pueda deducir la totalidad de los intereses respecto a dichas deudas. Más aún cuando es de conocimiento público que las deudas son contraídas a plazos, pero que se adquiere la obligación de pagar los intereses desde el momento en que se contrae la deuda.

En consecuencia, es totalmente previsible que los contribuyentes tuvieran la expectativa legítima de que se les mantuviera la deducibilidad de sus intereses por deudas incurridas cuando la norma así lo permitía. Aún más, es lógico que los contribuyentes que mantenían su nivel de endeudamiento por debajo de la proporción 3:1, esperaran en el eventual caso de un cambio normativo que se estableciera un régimen de transición para los intereses de las deudas contraídas antes de la modificación. Lo anterior teniendo en cuenta que en ocasiones anteriores el legislador ha incluido transiciones en legislaciones tributarias que reconocen la necesidad del contribuyente de adecuarse al nuevo régimen tributario frente a contratos ya suscritos.

Así sucedió en el artículo 184 de la Ley 1819 de 2016 en el que se modificó la tarifa de IVA del 16% al 19% pero que se introdujo un régimen de transición y se mantuvo la tarifa de IVA del 16% para los contratos de construcción e interventoría derivados de concesiones de infraestructura suscrito por entidades públicas o estatales antes del incremento de la tarifa. Así también ocurrió para el caso de las modificaciones introducidas al tratamiento de los Leasings en virtud de la Ley 1111 de 2006, y así también ocurrió para el caso de los



dividendos, ya que la Ley 1819 de 2016 señaló que el mismo solo se genera respecto a utilidades generadas a partir del 2017 (artículo 246 del Estatuto Tributario).

Frente a la Ley 1111 de 2006 es pertinente poner de presente en la misma exposición de motivos de dicha Ley, se analiza la legislación desde el punto de vista de principio de irretroactividad y confianza legítima y concluye lo siguiente:

“Lo anterior no quiere decir que las normas tributarias sean inmodificables, sino que el Estado debe dar al afectado tiempo y medios para adaptarse a la nueva situación. La Corte citó algunos ejemplos de cómo se puede otorgar dicha adaptación: “(...) (i) en que haya un período de transición o (ii) en que no se establezcan barreras o trabas para que los afectados ajusten su comportamiento a lo prescrito por la nueva norma. En algunas situaciones, la protección de la confianza legítima puede exigir que (iii) el beneficio tributario no sea derogado durante el lapso en que está corriendo el término para que los contribuyentes gocen de él, como lo determinó la Corte recientemente”¹⁸

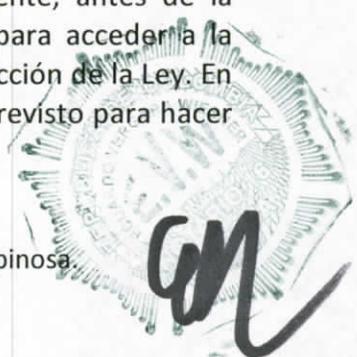
Por lo anterior, algunos de los beneficios tributarios que habían sido otorgados por el legislador y que modificaron el comportamiento de los contribuyentes en el emprendimiento de sus negocios (como por ejemplo, aquellos incluidos en las Leyes Páez y Quimaya) continuarán respetando la confianza legítima que habían depositado en el legislativo.”

Finalmente, es importante recordar frente al principio de confianza legítima, la Corte Constitucional ha señalado:

“Cuando la norma previa ha fijado unas condiciones para acceder al beneficio tributario y ha previsto un periodo determinado dentro del cual el mismo puede hacerse efectivo, el contribuyente que antes de la expedición de la nueva ley ha cumplido con todas las condiciones contempladas en el régimen anterior, tiene una situación consolidada que no puede ser desconocida mientras no se agote el periodo inicialmente previsto para hacer efectivo el beneficio”.

En el caso de análisis, se tiene que las condiciones para acceder a la deducibilidad de los intereses, no incluía condición alguna distinta a que las deudas contraídas no excedieran el resultado de multiplicar por 3 el patrimonio líquido para el año gravable inmediatamente anterior, y en el caso de las compañías de Factoring no existía condición alguna adicional a desarrollar actividades de Factoring. El contribuyente, antes de la expedición de la Ley 1943 de 2018, había cumplido las condiciones para acceder a la deducción de los intereses por préstamos adquiridos antes de la introducción de la Ley. En ese sentido, se está desconociendo, entonces, el período inicialmente previsto para hacer efectiva la deducción que necesariamente será el término de la deuda.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.



De esta forma, si el régimen anterior indicaba que las compañías podían deducir intereses de deudas contraídas que no excedieran la proporción de 3:1 frente al patrimonio líquido, y con base en eso dichos contribuyentes celebraron contratos de crédito, la confianza legítima implica que frente al término de dichos contratos se consolidó una situación jurídica que debe respetarse, y no cómo hace la norma reducir la proporción entre deuda y patrimonio a 2:1. Lo mismo aplica para las compañías de Factoring que por el mero hecho de desarrollar actividades de Factoring no estaban sujetos a la norma de subcapitalización, y que incurrieron en préstamos con base en las condiciones que establecía la norma anterior.

VI. CONCLUSIONES Y SOLICITUD

Las expresiones *“no exceda el resultado de multiplicar por dos (2) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior”* y *“siempre y cuando las actividades de la compañía de factoring no sean prestadas en más de un 50% a compañías con vinculación económica, en los términos del artículo 260-1 del Estatuto Tributario”* son contrarias a los artículos 83, 338 y 363 de la Constitución.

Primero, porque aplican de forma retroactiva la eliminación del límite de deducción de intereses sobre deudas ya consolidadas lo que contraría el principio de irretroactividad de la ley tributaria contenido en los artículos 338 y 363 de la Constitución.

Segundo, porque lo anterior se da de forma abrupta, sin tener en cuenta que los contribuyentes han desplegado actividades durante varios años conforme a las reglas anteriores a la Ley de Financiamiento con la confianza legítima de que aquellas debían permanecer. Sumado ello, porque la nueva norma no otorga un régimen razonable de transición que les permita acomodar su actividad. Esto es contrario los principios de confianza legítima y seguridad jurídica consignados en el artículo 83 Superior.

A partir de estos elementos, se presenta como pretensión principal que los apartes demandados del artículo 55 de la Ley 1943 de 2018 sean expulsados del ordenamiento jurídico mediante una sentencia de fondo que declare su inexequibilidad.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en ciertas oportunidades la Corte ha encontrado que la mejor manera de solucionar la inconstitucionalidad de una norma no siempre es declarando su inexequibilidad pura y simple. Así, ha optado por las denominadas *sentencias condicionadas* en las que se modulan los efectos del fallo para solucionar una omisión inconstitucional. De forma concreta, en Sentencia C-492 de 2000 expresó:



La constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente”.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de que luego del análisis de fondo se optara por conservar las disposiciones demandadas, se solicita de manera subsidiaria que aquellas sean objeto de un condicionamiento que aclare que las normas demandas no aplican sobre deudas incurridas antes de su entrada en vigencia. Una lectura diferente resulta contraria a la Constitución.

VII. ANEXOS

Copia de mi cédula de ciudadanía que me acredita como ciudadano colombiano en ejercicio.

VIII. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Secretaría de la Corte Constitucional o en la Carrera 7 no. 71-21 Torre B Oficina 602 en Bogotá, Colombia.
Correo electrónico: andresgonzalez81@icloud.com

En los anteriores términos se deja interpuesta la presente demanda de inconstitucionalidad contra la norma aquí acusada.

Respetuosamente,



Andrés González Becerra
C.C. 80.099.815 de Bogotá

16
Notaría

NOTARÍA DIECISEIS DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO,
FIRMA Y HUELLA

Del Círculo de Bogotá
Ante mí, EDUARDO VERGARA WIESNER NOTARIO 16 DE
BOGOTÁ D.C., Compareció:

GONZALEZ BECERRA ANDRES

Quien se identificó con: C.C. 80088815

y declaró que la firma y la huella que
aparecen en el mismo son suyas y que el
contenido es cierto. De conformidad con el Art
68 del Decreto Ley 960 de 1970.

Verifique los datos en:
www.notariaenlinea.com

DVA591GJPFGTGG5T



vxwvwsdxofwxf

WHT

Bogotá D.C. 10/09/2019 a las 1:00:40 p. m.

FIRMA:

EDUARDO VERGARA WIESNER
NOTARIO 16 DE BOGOTÁ D.C.

Se autoriza de conformidad con el artículo 12 del decreto 2148 de 1983 y procede con respecto a la Biometría como lo ordena el artículo 3° de la Resolución 6467 del 11 de junio de 2015 que autoriza la toma de firmas registradas o tomadas fuera del despacho sin que medie verificación contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil



[Handwritten signature of Gonzalez Becerra Andres]

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **80.088.815**
GONZALEZ BECERRA

APELLIDOS
ANDRES ALBERTO

NOMBRES

Andres Alberto Gonzalez Becerra
FIRMA



INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **07-MAY-1981**

BOGOTA D.C
(CUNDINAMARCA)

LUGAR DE NACIMIENTO

1.86

ESTATURA

A-

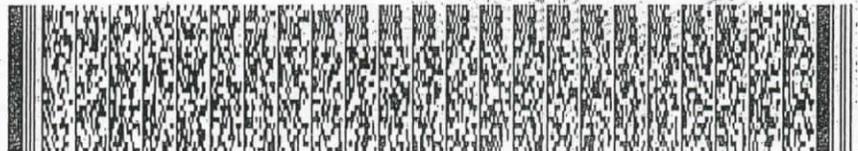
G.S. RH

M

SEXO

09-JUN-1999 BOGOTA D.C
FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

Carlos Ariel Sanchez Torres
REGISTRADOR NACIONAL
CARLOS ARIEL SANCHEZ TORRES



A-1500150-00356677-M-0080088815-20120120

0028975585A 1

1151660194