

PÉRDIDAS OPERACIONALES - Ocurren cuando los costos y gastos son mayores que los ingresos del periodo / **PÉRDIDAS DE CAPITAL** - Se producen respecto de los activos fijos usados en la actividad productora de renta y que ocurren por fuerza mayor / **PÉRDIDAS EN LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS** - Se presentan cuando se vende un activo del contribuyente por un valor inferior a su costo fiscal incluidos los gastos por inflación / **DEDUCCIÓN POR PÉRDIDAS DE CAPITAL Y EN LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS** - Deben cumplir los requisitos generales previstos en el artículo 107 del Estatuto Tributario

La Sala ha precisado que, para efectos tributarios, la ley distingue varias clases de pérdidas, con consecuencias fiscales definidas. Veamos: *Las pérdidas operacionales* resultan en el período gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. El artículo 147 del Estatuto Tributario permite que estas pérdidas se compensen con las rentas obtenidas por el contribuyente en los períodos posteriores. *Las pérdidas de capital* se producen sobre los activos fijos que sean bienes usados en la actividad productora de renta, siempre que hubieren ocurrido por fuerza mayor. El artículo 148 *ibidem* consagra la deducción de esta pérdida. *Las pérdidas en la enajenación de activos* se presentan cuando se vende un bien que hace parte del activo del contribuyente por un valor inferior a su costo fiscal, incluidos los ajustes integrales por inflación, según prescribe el artículo 90 del citado estatuto. Este gasto es deducible conforme con el artículo 149 *ibidem*. De las citadas normas -90 y 149 del E.T.- se desprende que esta pérdida aplica tanto para los activos fijos como para los activos movibles. Pero además, para que las pérdidas de capital y en la enajenación de activos procedan como *deducción*, deben cumplir los criterios generales previstos para esa minoración tributaria en el artículo 107 del Estatuto Tributario. Todo, porque para que un gasto sea deducible, la normativa tributaria exige que debe tener relación de causalidad con la actividad productora de renta, debe ser necesario y proporcionado de acuerdo con cada actividad.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 90 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 107 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 147 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 148 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 149

DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA EN ENAJENACIÓN DE TÍTULOS VALORES - Es improcedente cuando la pérdida no tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta / **RELACIÓN DE CAUSALIDAD DE LAS DEDUCCIONES** - Se refiere a que las erogaciones deben guardar una relación causal con la actividad que le genera renta al contribuyente / **TÍTULOS HIPOTECARIOS** - Concepto. Son títulos representativos de crédito otorgados para financiar la adquisición y construcción de vivienda / **BONOS ORDINARIOS** - Concepto. Son títulos que representan una parte de un crédito constitutivo a cargo de una entidad emisora

Ahora bien, la Sala considera que la deducción es improcedente por cuanto la pérdida por enajenación de títulos valores solicitada no tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de DISTRIHOGAR, que se reitera constituye una condición para el reconocimiento fiscal de las deducciones. La *relación de causalidad* atiende a que las erogaciones o simplemente salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen - efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente. Dicha relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo – gasto) y la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero

que, en todo caso, le produce la renta, de manera que sin aquella no es posible obtenerla y que en términos de otras áreas del derecho se conoce como nexo causal o relación causa - efecto. Ese vínculo no se presenta entre la venta de títulos hipotecarios y bonos ordinarios, y la actividad productora de renta de DISTRIHOGAR que se concreta “en la producción y comercialización de bienes y mercancías relacionados con el menaje doméstico y con la decoración”. En efecto, los títulos hipotecarios fueron previstos en la Ley 546 de 1999, como títulos representativos de crédito otorgados para financiar la construcción y adquisición de vivienda. Por su parte, los bonos ordinarios son títulos que representan una parte de un crédito constituido a cargo de una entidad emisora (...) Como se observa, la adquisición y venta de estos títulos no tienen por objeto desarrollar la actividad productora de renta de la sociedad -fabricación y venta de productos para el hogar- en tanto esos bienes representaban créditos de financiación de la construcción y adquisición de vivienda, o que estaban a cargo de otra empresa. Es cierto que la sociedad está legítimamente autorizada para enajenar títulos, pero solo en desarrollo de su objeto social, como se precisa en el certificado de existencia y representación legal, por lo que no puede considerarse que la compra y venta de títulos constituya otra actividad económica de DISTRIHOGAR, como lo sostiene la actora. Todo lo expuesto permite concluir que la venta de títulos hipotecarios y bonos ordinarios no tiene vínculo de causa –efecto con la actividad propia de una sociedad que fabrica y comercializa bienes y mercancías para el hogar. Adicionalmente, como lo advirtió la DIAN, DISTRIHOGAR compró y vendió el mismo día los títulos hipotecarios, sin que demostrara la necesidad de incurrir en dicho gasto –pérdida-.

FUENTE FORMAL: LEY 546 DE 1999 - ARTÍCULO 12

INGRESOS POR UTILIDAD EN VENTA DE TÍTULOS HIPOTECARIOS Y BONOS - Deben adicionarse por el valor que se subsume en la pérdida en venta de otros títulos rechazada por improcedente / UTILIDAD EN VENTA DE TÍTULOS Y BONOS ORDINARIOS - Debe declararse como gravada aunque haya sido neteada con las pérdidas en venta, siempre que estas últimas resulten improcedentes

La Sala encuentra que los ingresos adicionados corresponden a la utilidad obtenida por la sociedad en la venta de títulos hipotecarios y bonos ordinarios, operación de la cual también se derivó la pérdida solicitada en deducción en el cargo anterior. En el expediente se encuentra demostrado que DISTRIHOGAR en la venta de esos títulos, obtuvo en algunas operaciones una utilidad (\$357.288.941), y en otras, pérdidas (380.992.200). Sin embargo, la contribuyente no declaró los ingresos obtenidos por dicho concepto, ni el total de la pérdida, sino la diferencia de esos valores, una pérdida neta de \$10.008.628 y \$13.694.631. Esa situación se verifica en el Libro Mayor correspondiente al año gravable 2003, aportado por la contribuyente en el desarrollo de la investigación tributaria. Así las cosas, se observa que en la pérdida neta solicitada en deducción en el cargo anterior, se subsumen los ingresos que obtuvo la contribuyente en las citadas operaciones. Todo, porque la pérdida neta de \$10.008.628 y \$13.694.631 se obtiene de restar las utilidades con las pérdidas. Pero dado que en esta providencia se estableció que es improcedente la deducción de esa pérdida neta, deben adicionarse los ingresos operacionales que se subsumen en la misma. En efecto, al no hacer parte la erogación –pérdida neta- de la liquidación del tributo, lo mismo sucede con los ingresos que la determinaron. No puede perderse de vista que la sociedad omitió declarar como ingreso la utilidad obtenida en las citadas operaciones, y que las restó de forma directa a las pérdidas para establecer el gasto aquí rechazado. Luego, esa utilidad no conformó los ingresos gravados

declarados, razón por la cual, deben adicionarse a la declaración de renta del año 2003. Otra cosa sería si se hubiere aceptado la pérdida porque en ese caso el gasto estaría afectado con los ingresos.

UTILIDAD EN LA ENAJENACIÓN DE TÍTULOS HIPOTECARIOS - Al no constituir un rendimiento financiero no goza de la exención prevista en la Ley 546 de 1999 / RENDIMIENTOS FINANCIEROS EN LAS OPERACIONES DE TITULARIZACIÓN - Son las rentas obtenidas de los títulos emitidos en procesos de titularización / RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE LA UTILIDAD EN VENTA DE TÍTULOS HIPOTECARIOS - Da a entender que la utilidad constituye renta gravable y que no se beneficia de la exención de la Ley 546 de 1999

La Ley 546 de 1999 creó instrumentos de ahorro destinados a la financiación de vivienda. Es el caso de los títulos representativos de créditos otorgados para la financiación de la construcción y adquisición de vivienda, cuya emisión fue autorizada en el artículo 12 *ibídem*. Para impulsar ese sector económico, la citada ley –artículo 16- estableció una exención en el impuesto de renta sobre los *rendimientos financieros* causados durante la vigencia de esos títulos. La utilidad en la enajenación de esos títulos no constituye un rendimiento financiero por cuanto el artículo 102-1 del Estatuto Tributario, al establecer el tratamiento tributario en las operaciones de titularización de cartera, “distingue entre la utilidad obtenida en la enajenación de los títulos emitidos en proceso de titularización y las rentas derivadas de los títulos, con la finalidad de precisar que es a este último concepto al que debe dársele el tratamiento de rendimiento financiero”. (...) En esta oportunidad, la Sala reitera las consideraciones expuestas y concluye que la exención de la Ley 546 de 1999 está limitada a los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos y bonos hipotecarios, excluyendo de tal beneficio la utilidad obtenida en la enajenación de los mismos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 102-1 del Estatuto Tributario. Todo, porque la exención está dada por el legislador en función del tenedor del título y durante la vigencia del mismo, no en función de la compra y venta de los títulos. Para la Sala, la actora no puede fundamentarse en el Concepto No. 111450 del 31 de diciembre de 2001, para afirmar que la utilidad en la venta de títulos es un rendimiento financiero. (...) La tesis jurídica expuesta en el citado concepto no desconoce lo dispuesto en el artículo 102-1 del Estatuto Tributario, porque en ninguna parte expresa que la utilidad en la enajenación de títulos sea un rendimiento financiero, sino se repite, que para efectos de la retención en la fuente tiene la misma regulación. No puede perderse de vista que este concepto señala que la utilidad en la venta de títulos está sometida a retención en la fuente, de lo que se desprende que considera ese concepto como renta gravable. Luego, no es procedente que la contribuyente se sustente en esa doctrina oficial para afirmar que esa ganancia está exenta del impuesto de renta.

FUENTE FORMAL: LEY 546 DE 1999 - ARTÍCULO 12 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 102-1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Bogotá, D. C. septiembre veintiocho (28) de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-31-000-2007-03082-01(20663)

ACTOR: PRODUCTORA Y DISTRIBUIDORA EL HOGAR S.A.

**DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –
DIAN**

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. La sentencia dispuso:

“PRIMERO. SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones de indebida acumulación de pretensiones y falta de legitimación en la causa por activa propuestas por la DIAN, por lo expuesto en las consideraciones precedentes.

SEGUNDO. SE DENIEGAN las pretensiones de la demanda, por lo consignado en la parte motiva.

TERCERO. Sin condena en costas.

CUARTO. En firme la presente providencia, archívese el expediente dejando las constancias de rigor”.

I) ANTECEDENTES

El 16 de abril de 2004, la sociedad Productora y Distribuidora El Hogar S.A., en adelante, DISTRIHOGAR, presentó la declaración de renta del año gravable 2003, en la que registró un saldo a favor de \$625.096.000.

El 9 de febrero de 2005, la sociedad corrigió la citada declaración de renta, sin modificar el saldo a favor inicialmente declarado -\$625.096.000-¹.

Mediante el Requerimiento Especial No. 110632005000083 del 29 de agosto de 2005, la Administración propuso la modificación de la citada liquidación privada en el sentido de:

¹ La contribuyente llevó compensaciones y menores autoretencciones.

- Adicionar ingresos no operacionales por indebida contabilización de pérdidas en la venta de títulos de hipoteca y bonos ordinarios en la suma de \$357.289.000.
- Desconocer la deducción por pérdidas derivadas de títulos de hipoteca y bonos ordinarios por \$439.325.000.
- Desconocer la renta exenta de los rendimientos de los títulos de hipoteca por \$396.313.000.
- Imponer sanción por inexactitud por \$734.842.000.

El 29 de noviembre de 2005, la sociedad presentó respuesta al anterior requerimiento, exponiendo sus motivos de inconformidad.

Mediante la Liquidación Oficial de Revisión No. 110642006000018 del 28 de abril de 2006, la Administración determinó oficialmente el impuesto en los términos propuestos en el requerimiento especial.

Contra dicho acto, la sociedad interpuso recurso de reconsideración, que fue resuelto mediante la Resolución No. 110662007000032 del 30 de mayo de 2007, que confirmó el acto recurrido.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, DISTRIHOGAR, solicitó:

“Principales.

1. *Que se declaren nulos los actos administrativos relacionados en el acápite de actos administrativos demandados en este libelo.*
2. *Que se restablezcan el derecho de mi mandante para lo cual:*
 - *Declararán que la declaración de renta que por el año 2003 presentó DISTRIHOGAR y la liquidación privada del impuesto que ella contiene están en firme y,*
 - *Condenarán a la demandada a pagar en favor de DISTRIHOGAR, a título de indemnización de los perjuicios por la ilegal actuación de la Administración, la suma de \$146.650.000 o la suma mayor o menor que se demuestre en el proceso, equivalentes a las sumas de dinero que DISTRIHOGAR debió pagar por concepto de los intereses y actualización por las obligaciones que no pudo compensar por el arbitrario desconocimiento del saldo a favor de la declaración de renta del año 2003 por parte de la demandada, según los hechos 18 y 19 de esta demanda.*
 - *Condenarán a la demandada a pagar en favor de DISTRIHOGAR, a título de indemnización de los perjuicios por la ilegal actuación de la Administración, la*

suma de 39.818.525, equivalente a la suma de dinero que DISTRIHOGAR debió pagar por concepto de prima por el contrato de seguro que debió celebrar para obtener la facilidad de pago de las obligaciones que no pudo compensar por el arbitrario desconocimiento del saldo a favor de la declaración de renta del año 2003 por parte de la demandada, según los hechos 18 y 19 de esta demanda.

- Condenarán a la demandada a pagar los intereses a la tasa más alta autorizada por la ley sobre las sumas de dinero a las que se refieren las pretensiones anteriores, liquidadas desde la fecha en que DISTRIHOGAR debió incurrir en ese pago, hasta la fecha en que se verifique el pago total de la obligación.

3. Que se condene en costas a la demandada.

Subsidiarias

En subsidio de las pretensiones principales, solicito que reconozcan las siguientes:

1. Que se declaren nulos los actos administrativos relacionados en el acápite de actos administrativos demandados en este libelo.

2. Que se restablezcan el derecho de mi mandante para lo cual:

Declararán que la declaración de renta que por el año 2003 presentó DISTRIHOGAR y la liquidación privada del impuesto que ella contiene están en firme y,

-
- Condenarán a la demandada a pagar en favor de DISTRIHOGAR, a título de indemnización de los perjuicios por la ilegal actuación de la Administración, la suma de \$146.650.000 o la suma mayor o menor que se demuestre en el proceso, equivalentes a las sumas de dinero que DISTRIHOGAR debió pagar por concepto de los intereses y actualización por las obligaciones que no pudo compensar por el arbitrario desconocimiento del saldo a favor de la declaración de renta del año 2003 por parte de la demandada, según los hechos 18 y 19 de esta demanda.
-
- Condenarán a la demandada a pagar en favor de DISTRIHOGAR, a título de indemnización de los perjuicios por la ilegal actuación de la Administración, la suma de 39.818.525, equivalente a la suma de dinero que DISTRIHOGAR debió pagar por concepto de prima por el contrato de seguro que debió celebrar para obtener la facilidad de pago de las obligaciones que no pudo compensar por el arbitrario desconocimiento del saldo a favor de la declaración de renta del año 2003 por parte de la demandada, según los hechos 18 y 19 de esta demanda.
-
- Condenarán a la demandada a pagar la indexación de acuerdo con el incremento del índice de precios al consumidor sobre las sumas de dinero a las que se refieren las pretensiones anteriores, liquidados desde la fecha en que DISTRIHOGAR debió incurrir en ese pago, hasta la fecha en que se verifique el pago total de la obligación.
-

3. Que se condene en costas a la demandada.

Segunda subsidiaria

En subsidio de las pretensiones principales y de las primeras subsidiarias, solicito que reconozcan las siguientes:

1. Que declaren nulos los actos administrativos relacionados en el acápite de actos administrativos de este libelo.

2. Que restablezcan el derecho de mi mandante para lo cual declararán que la declaración de renta que por el año gravable 2003 presentó DISTRIHOGAR y la liquidación privada del impuesto que ella contiene están en firme, y

3. Que condene en costas a la demandada”.

Respecto de las normas violadas y el concepto de la violación, dijo:

Violación de los artículos 16 de la Ley 546 de 1995, 395 y 397 del Estatuto Tributario, 28 y 30 del Código Civil y, el Concepto DIAN No. 111450 de 2001. Desconocimiento de la renta exenta

La utilidad por la enajenación de bonos hipotecarios y los títulos de cartera hipotecaria es un rendimiento financiero. Por tanto, se encuentra amparada en la exención consagrada en el artículo 16 de la Ley 546 de 1996.

Contrario a lo que sostiene la DIAN, para efectos tributarios, el concepto de rendimiento financiero no se limita a los frutos civiles de un capital o intereses, sino que comprende todos los beneficios que pueda obtener un sujeto como resultado de negociaciones sobre un capital, entre ellas, la enajenación de los títulos que los representan.

Ello se ratifica en el artículo 395 del Estatuto Tributario y el Decreto Reglamentario 700 de 1995, normas que establecen que la utilidad en la enajenación de títulos está sometida a retención como rendimiento financiero.

Si la utilidad por la enajenación de títulos valores es un rendimiento financiero para la retención del impuesto de renta, lo es para todos los efectos de ese impuesto.

A esa misma interpretación llegó la DIAN en el Concepto No. 111450 de 2001, que no fue observado en los actos acusados, doctrina, en que se fundamentó la actuación de la sociedad.

La Administración niega el derecho a la exención sobre los bonos hipotecarios y los títulos de cartera hipotecaria, con fundamento en requisitos que no fueron contemplados en la ley, y que se concretan en que (i) los rendimientos exentos son los generados al cabo de los cinco años plazo mínimo de redención, (ii) la renta exenta debe solicitarse por quien hizo la inversión, y (iii) el titular dedique la inversión para promover la construcción de vivienda.

El artículo 16 de la Ley 546 de 1996 dispuso que la exención recae sobre los rendimientos que se causen durante la vigencia de los títulos, y no los obtenidos al finalizar el plazo de redención.

La ley no impuso ninguna restricción respecto de quiénes pueden acceder a los títulos amparados con el beneficio tributario. Por el contrario, estos títulos pueden negociarse en el mercado público de valores.

No puede exigirse que el inversionista tenga como objeto social la construcción de vivienda o el fomento a esa actividad, porque la exención es de carácter real (sobre títulos), y no personal.

El legislador se refirió al plazo de 5 años no como un plazo de inmovilidad del título sino como un término dentro del cual no puede ejercerse el derecho crediticio incorporado.

Súmese a lo dicho que la DIAN desconoció la exención, con fundamento en el artículo 56 de la Ley 546 de 1996, que regula un beneficio tributario diferente al solicitado, el cual está referido a un incentivo para la financiación de vivienda de interés social subsidiable.

Violación de los artículos 149, 151, 152, 153, 154 y 155 del Estatuto Tributario. Deducción por pérdidas en la enajenación de activos

Con fundamento en el artículo 149 del Estatuto Tributario, la sociedad solicitó la deducción de las pérdidas sufridas en la enajenación de unos títulos valores relativos a cartera hipotecaria y bonos ordinarios.

No obstante lo anterior, la Administración sustentó el rechazo de la deducción en el artículo 148 del Estatuto Tributario que regula una situación diferente, desconoció la existencia de la deducción prevista en el citado artículo 149 y, exigió al contribuyente requisitos no contemplados en la ley.

La deducción del artículo 148 se genera por la pérdida de un activo por motivos de un siniestro y, la del 149 *ibídem* se presenta en la venta de un bien por un valor

inferior al de su adquisición –costo-. Así lo entendió el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de junio de 2005².

Por su parte, en el Concepto No. 041757 de 2001, la DIAN precisó que cuando la enajenación del activo es inferior a su valor de compra, genera un menor valor de la renta líquida. Es decir, le da el mismo tratamiento de una deducción.

El artículo 149 del Estatuto Tributario no limita la deducción al término de posesión del activo señalado en el artículo 352 del Estatuto Tributario –dos o más años-.

El beneficio tributario tampoco se rige por los parámetros que exige la ley para las expensas necesarias. Por tanto, el activo objeto de enajenación no debe estar vinculado con la actividad productora de renta.

En todo caso, en el año 2003, la actividad productora de renta de DISTRIHOGAR estuvo conformada por el giro normal de actividades de la compañía y por la enajenación de títulos.

Adicionalmente, la deducción fue consagrada para todos los activos, y no solo los activos fijos, como lo considera la Administración. A pesar de ello se precisa que los títulos de los cuales se derivan las pérdidas constituyen activos fijos porque no son enajenados por la sociedad en el giro ordinario de sus negocios.

Violación de los artículos 26, 89 y 178 del Estatuto Tributario y del Concepto DIAN 041757 de 2001. Adición de ingresos no operacionales

En relación con las operaciones de venta de títulos hipotecarios, “la compañía tomó como una sola operación la venta de todos los títulos que se enajenaron en la misma fecha y, por tanto, llevó al gasto el valor neto obtenido de afectar la utilidad con la pérdida, o acumulando en una sola cifra la pérdida generada”.

Para ello tomó el resultado neto de utilidad o pérdida que arrojó cada operación y los adicionó para determinar un resultado final para cada registro, así para el registro de las operaciones del 26 de noviembre el resultado final fue una pérdida por \$10.008.627.52 y, para el del 15 de diciembre, una pérdida por \$13.694.630.40”.

² Expediente No. 14633.

No obstante lo anterior, la DIAN, de forma arbitraria, tomó las ventas que arrojaban utilidad, y adicionó esos valores como ingreso no operacional, procedimiento que desconoce lo dispuesto en el artículo 26 *ibídem* y en el Concepto DIAN 041757 de 2001.

Violación de los artículos 83 de la Constitución Política, 3 del C.C.A y 683 del Estatuto Tributario

Los cargos expuestos demuestran que la Administración violó los principios de buena fe, equidad e imparcialidad que debe primar en las actuaciones administrativas.

Sanción por inexactitud

No es procedente la sanción por inexactitud porque en el presente caso se configura una diferencia de criterios en torno a los artículos 16 de la Ley 546 de 1996 y 149 del Estatuto Tributario.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora, con los siguientes argumentos:

Excepciones:

Falta de legitimación en la causa por activa

De conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, el representante legal requería de la autorización de la Junta Directiva para demandar, en razón de que la cuantía del proceso excedía los 500 SMLMV. Por tanto, el representante legal no podía otorgar poder para demandar.

Indebida acumulación de pretensiones

La solicitud de nulidad del acto definitivo no guarda relación de conexidad, con el restablecimiento del derecho que se reclama, referido al proceso de cobranzas por obligaciones tributarias distintas a las que en este proceso se discute.

Asunto de fondo

El artículo 16 de la Ley 546 de 1999 estableció la exención sobre los rendimientos financieros causados de los títulos de cartera hipotecaria y los bonos hipotecarios.

Los antecedentes administrativos dan cuenta de que tanto la operación de compra como la de venta, se realizó en la misma fecha el 17 de diciembre de 2003, a pesar de que esos títulos tenían un vencimiento de 10 años.

Los rendimientos financieros son todo producto o utilidad que se obtiene de una inversión, y no por la enajenación de títulos valores. Es decir, son aquellos generados por el derecho incorporado en el respectivo título.

A esa misma conclusión llegó el Concepto DIAN No. 111450 de 2001 por lo que no es cierto que esa doctrina oficial fuera desconocida en los actos demandados.

El legislador no prescribió que las utilidades generadas en las transacciones efectuadas en el mercado de valores de los aludidos títulos estén exentas del impuesto.

Los conceptos de ganancias y utilidades señaladas en el artículo 395 del Estatuto Tributario, corresponden a las que se puedan originar en las negociaciones de rendimientos financieros propiamente. Por tanto, no puede considerarse que se encuentren comprendidos dentro del concepto de rendimiento financiero.

Las únicas operaciones objeto de exención son las originadas en las emisiones primarias, en consideración a que solo existe un título que representa el crédito destinado al financiamiento de vivienda de interés social, y su enajenación secundaria en el mercado financiero se restringe a la transferencia de recursos económicos de quienes financiaron inicialmente el crédito.

Las pérdidas solicitadas como deducción tienen su origen en operaciones simultáneas de compra y venta de títulos valores. Estas no son deducibles porque las únicas pérdidas que están amparadas con ese beneficio tributario son las señaladas en el artículo 148 del Estatuto Tributario –pérdidas de bienes usados en el negocio y ocurridas por fuerza mayor-.

En todo caso, los títulos hipotecarios y bonos ordinarios no tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta de la sociedad, como lo exige el artículo 107 del Estatuto Tributario para que el gasto sea deducible.

La Administración adicionó ingresos porque, como resultado de las transacciones de venta de títulos de cartera hipotecaria y bonos ordinarios, la sociedad solo declaró la pérdida obtenida, y por tanto, no quedó registrada la utilidad en el rubro ingresos.

Es procedente la sanción por inexactitud porque la sociedad omitió ingresos operacionales, y solicitó rentas exentas y deducciones improcedentes. Además, en este caso, no se presenta una diferencia de criterios sino el desconocimiento del derecho aplicable.

La Administración no vulneró los principios de buena fe, equidad e imparcialidad porque la modificación del tributo se encuentra sustentada en las normas tributarias aplicables al caso.

V) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 9 de agosto de 2013, (i) declaró no probadas las excepciones de indebida acumulación de pretensiones y falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la demanda, y (ii) negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

No prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por activa porque la demandada debió alegar la supuesta irregularidad dentro del término de ejecutoria del auto admisorio. Por tanto, se encuentra precluída la oportunidad procesal para ejercer tal medio de defensa.

De conformidad con el artículo 85 del C.C.A. es procedente que en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se solicite la reparación de los daños causados por la expedición del acto administrativo. Otra cosa es que durante el trámite del proceso se acrediten los supuestos fácticos y jurídicos necesarios para su prosperidad. Por tanto, se declara no probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones.

La utilidad por la enajenación de títulos no se encuentra cobijada por la exención prevista en el artículo 16 de la Ley 546 de 1996, porque esta solo fue consagrada para los rendimientos causados por los derechos incorporados en el respectivo título.

Ello se ratifica en el artículo 102-1 del Estatuto Tributario que dispone que las ganancias obtenidas por la enajenación constituyen renta.

En cuanto a la deducción por pérdida en enajenación de activos, se encuentra que la pérdida fue producto de la decisión voluntaria del tenedor de vender los bonos el mismo día de su compra, y no por motivos de fuerza mayor o caso fortuito.

Además, esa erogación no tiene relación con la actividad productora de renta principal de la sociedad, como lo exige el artículo 107 del Estatuto Tributario para la procedencia de las deducciones.

Es procedente la adición de ingresos porque la sociedad omitió registrar la utilidad obtenida en las operaciones de compraventa de títulos y bonos, situación, que desconoce lo dispuesto en los artículos 26 a 28 del Estatuto Tributario.

Debe mantenerse la sanción por inexactitud porque no se presenta diferencia de criterios sino el desconocimiento de la normativa tributaria.

V) EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

La interpretación armónica de los artículos 102-1 y 395 del Estatuto Tributario, 9 al 17 del Decreto 700 de 1997, conduce a concluir que la utilidad en la enajenación de títulos de cartera hipotecaria son rendimientos financieros. Por tanto, está amparada con la exención prevista en el artículo 16 de la Ley 546 de 1996.

En ningún momento el artículo 102-1 *ibídem* establece que solo se consideran rendimientos financieros los réditos de un título crediticio, y no la utilidad en la enajenación de ese título. Además, ambas operaciones son constitutivas de renta derivadas de los títulos.

El Concepto DIAN No. 041757 de 2001 y la sentencia del 11 de marzo de 2010³ precisan que la pérdida se subsume en la renta bruta. En la providencia, además, se dijo que si el contribuyente llevó la pérdida como deducción, eso no obsta para que el juez reconozca el verdadero tratamiento legal como factor inmerso en la renta bruta.

La pérdida sí tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta porque esta última no se limita al objeto social principal, sino a las demás actividades económicas que pueda realizar la sociedad.

En todo caso, la pérdida por enajenación de activos no está restringida a motivos de fuerza mayor o caso fortuito.

No es procedente la adición de ingresos porque las operaciones de enajenación de títulos que arrojaron utilidad fueron incluidas en la declaración de renta.

Como se trataba de rendimientos financieros, “fue la utilidad neta de todas las operaciones en un solo día la que se incluyó en los ingresos y que respecto de ellos la compañía no tomó ningún costo adicional porque al determinar la utilidad había afectado el valor de enajenación con los costos”. Estos hechos se encuentran soportados en el certificado de revisor fiscal de la sociedad.

No es procedente la sanción por inexactitud porque en el presente caso se configura una diferencia de criterios en torno a los artículos 16 de la Ley 546 de 1996 y 149 del Estatuto Tributario.

³ Expediente No. 17178.

El Tribunal no se pronunció sobre el cargo relativo al desconocimiento del principio de buena fe, equidad e imparcialidad.

VI) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

La **demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las pretensiones de la demanda.

1. Cuestión previa

1.1. La parte demandante solicitó el decreto de la audiencia pública de que trata el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo⁴, con el propósito de *explicar y demostrar, con base en las pruebas que obran en el expediente, que el tratamiento que la compañía le dio a las pérdidas en la enajenación de activos, y la forma como registró algunas de las operaciones, no generó un menor impuesto del que legalmente le correspondía a DISTRIHOGAR, y que en ningún momento se omitieron ingresos*⁵.

1.2. Si bien la petición se interpuso dentro del término legal, esto es, durante el traslado para alegar de conclusión⁶, la Sala estima que en el *sub examine* no es procedente

⁴ **Artículo 147. Las audiencias públicas.** En todo proceso es potestativo del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos conceder audiencias públicas, por petición de alguna de las partes, para dilucidar puntos de hecho o de derecho.

Las audiencias deberán solicitarse en el término de traslado para alegar de conclusión y efectuarse antes que el proceso entre al despacho del ponente para sentencia. (...)

⁵ FI 344 c.p.

⁶ El traslado de 10 días para alegar de conclusión finalizó el 28 de febrero de 2014 (FI 318 vuelto c.p.) y, la solicitud se presentó el 27 de febrero de 2014 (FI 344 c.p.)

decretarla, por cuanto existen suficientes elementos de juicio y, pruebas, que permiten decidir sobre los puntos objeto de controversia.

Además, se observa que lo que pretende la demandante es reiterar los argumentos expresados en la demanda, finalidad para la cual no está concebida esta norma.

1.3. En consecuencia, se niega la solicitud de audiencia presentada por la actora.

2. Problema jurídico

2.1. Corresponde a la Sala establecer si son nulas la Liquidación Oficial de Revisión No.110642006000018 del 28 de abril de 2006 y la Resolución No. 110662007000032 del 30 de mayo de 2007, que modificaron oficialmente el impuesto de renta del año gravable 2003 a cargo de la sociedad DISTRIHOGAR.

En concreto, se discute:

(i) Si hay lugar a la adición de ingresos no operacionales derivados de la contabilización de las transacciones de venta de ciertos bonos ordinarios y títulos de cartera hipotecaria, por valor de \$357.289.000.

(ii) Si es procedente la deducción de las pérdidas generadas en la enajenación de bonos ordinarios y títulos de cartera hipotecaria en la suma de \$439.325.000.

(iii) Si las utilidades obtenidas por la sociedad en la enajenación de bonos hipotecarios y títulos de cartera hipotecaria se encuentran amparadas en la exención establecida en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, en la suma de \$396.313.000.

(iv) Si es procedente la sanción por inexactitud.

2.2. La Sala analizará el cargo relativo a la deducción de las pérdidas generadas en la enajenación de títulos y, luego, el referente a la adición de ingresos, porque este último se

deriva de la forma de contabilización y de la procedencia de aquella erogación, como se expondrá más adelante.

3. Procedencia de la deducción de pérdidas generadas en la enajenación de bonos ordinarios y títulos de cartera hipotecaria por \$439.325.000

3.1. Con fundamento en el artículo 149 del Estatuto Tributario, la contribuyente solicitó la deducción de las pérdidas sufridas en la venta de los siguientes títulos⁷:

Fecha (Utilidad) transacción	Inversión Pérdida	Valor de compra	Valor de venta
26-11-03 (109.946.372)	Título hipoteca titulariz	1.368.860.946	1.478.807.318
26-11-03 <u>119.955.000</u>	Bonos Ord pas auto 10.008.627⁸	1.236.435.000	1.116.480.000
15-12-03 (85.137.525)	Título hipoteca titulariz	1.522.296.097	1.607.433.622
15-12-03 (162.205.044)	Título hipoteca titulariz	2.348.350.932	2.510.555.976
15-12-03 <u>261.037.200</u>	Bonos ord. Actiunidos 13.694.631⁹	2.290.100.400	2.029.063.200

⁷ Fls 13 c.p. (liquidación oficial de revisión)

⁸ Fls 155-159 c.a.

⁹ Fls 146, 147, 149, 153 y 154 c.a.

17-12-03	Bonos ord Fund Social	1.555.539.000	1.294.557.200
			260.981.800
17-12-03	Bonos ord Bavaria	1.751.088.000	1.596.448.000
		415.621.800¹⁰	
		<u>154.640.000</u>	

TOTAL	PÉRDIDA
439.325.061	

3.2. La DIAN considera que la deducción solicitada es improcedente, porque: (i) las únicas pérdidas deducibles son las contempladas en el artículo 148 del Estatuto Tributario, (ii) no cumple con el requisito general contemplado en el artículo 107, relativo a la relación de causalidad con la actividad productora de renta y, (iii) la venta de los títulos, que dio lugar a la pérdida, fue realizada de forma voluntaria por la contribuyente.

3.3. La Sala¹¹ ha precisado que, para efectos tributarios, la ley distingue varias clases de pérdidas, con consecuencias fiscales definidas. Veamos:

3.3.1. *Las pérdidas operacionales* resultan en el período gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. El artículo 147 del Estatuto Tributario permite que estas pérdidas se compensen con las rentas obtenidas por el contribuyente en los períodos posteriores.

3.3.2. *Las pérdidas de capital* se producen sobre los activos fijos que sean bienes usados en la actividad productora de renta, siempre que hubieren ocurrido por fuerza mayor. El artículo 148 *ibídem* consagra la deducción de esta pérdida.

3.3.3. *Las pérdidas en la enajenación de activos* se presentan cuando se vende un bien que hace parte del activo¹² del contribuyente por un valor inferior a su costo fiscal,

¹⁰ Fls 185-190 c.a.

¹¹ Sentencias del 8 de noviembre de 1991, expediente No. 045, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, del 11 de marzo de 2004, expediente No. 13542, C.P. Germán Ayala Mantilla y, del 16 de junio de 2005,

incluidos los ajustes integrales por inflación, según prescribe el artículo 90 del citado estatuto¹³. Este gasto es deducible conforme con el artículo 149 *ibídem*.

De las citadas normas -90 y 149 del E.T.- se desprende que esta pérdida aplica tanto para los activos fijos como para los activos movibles¹⁴.

3.4. Pero además, para que las pérdidas de capital y en la enajenación de activos procedan como *deducción*, deben cumplir los criterios generales previstos para esa minoración tributaria en el artículo 107 del Estatuto Tributario.

Todo, porque para que un gasto sea deducible, la normativa tributaria exige que debe tener relación de causalidad con la actividad productora de renta, debe ser necesario y proporcionado de acuerdo con cada actividad.

3.5. En el presente caso, está claro que no se trata de una pérdida de capital y, por tanto, no es aplicable el artículo 148 del Estatuto Tributario.

La procedencia de la deducción analizada está sujeta a lo dispuesto en el artículo 90, 107 y 149 del citado estatuto, en tanto la pérdida se produjo en la venta de un *activo* –título valor- de la sociedad.

Esa consideración –la no aplicación del artículo 148 del E.T.-, no vicia de nulidad los actos demandados, porque el rechazo de la deducción también se fundamentó en la falta de

¹² Conforme con el artículo 35 del Decreto 2649 de 1993, “[u]n activo es la representación financiera de un recurso obtenido por el ente económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros”. V. gr. inversiones, cuentas y documentos por cobrar, inventarios, propiedad planta y equipo, activos agotables, activos intangibles y activos diferidos. Cfr. los artículos 61 a 67 del citado decreto.

¹³ De conformidad con el 90 del Estatuto Tributario, la pérdida proveniente de la enajenación de activo a cualquier título, está constituida por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo del activo. Para este fin, deben excluirse del costo fiscal, los ajustes a que se refieren los artículos 73, 90-2 y 868 del Estatuto Tributario –artículo 149 ET-.

¹⁴ En igual sentido se pronunció la Sala en sentencia del 3 de septiembre de 2015, expediente No. 20029, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

relación de causalidad de la pérdida con la actividad productora de renta de la sociedad¹⁵, requisito previsto en el artículo 107 E.T. que debe observarse en el caso concreto.

3.6. Ahora bien, la Sala considera que la deducción es improcedente por cuanto la pérdida por enajenación de títulos valores solicitada no tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de DISTRIHOGAR, que se reitera constituye una condición para el reconocimiento fiscal de las deducciones.

3.6.1. La *relación de causalidad* atiende a que las erogaciones o simplemente salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen - efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente.

Dicha relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo – gasto) y la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero que, en todo caso, le produce la renta, de manera que sin aquella no es posible obtenerla y que en términos de otras áreas del derecho se conoce como nexo causal o relación causa - efecto¹⁶.

3.6.2. Ese vínculo no se presenta entre la venta de títulos hipotecarios y bonos ordinarios, y la actividad productora de renta de DISTRIHOGAR que se concreta “en la producción y comercialización de bienes y mercancías relacionados con el menaje doméstico y con la decoración¹⁷”.

En efecto, los títulos hipotecarios fueron previstos en la Ley 546 de 1999¹⁸, como títulos representativos de crédito otorgados para financiar la construcción y adquisición de vivienda.

¹⁵ Fls 15 y 16 c.p. (liquidación oficial de revisión) y fls 45 c.p. (resolución recurso de reconsideración)

¹⁶ Entre otras, las sentencias de 25 de septiembre de 1998, Exp. 9018, C.P. Dr. Delio Gómez Leyva, de 13 de octubre de 2005, Exp. 13631, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié; de 2 de agosto de 2006, Exp. 14549, C.P. Dra. Ligia López Díaz, de 12 de diciembre de 2007, Exp. 15856, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa y 24 de julio de 2008, Exp. 16302, C.P. Dra. Ligia López Díaz.

¹⁷ Certificado de existencia y representación de la sociedad. Objeto social. Fl 4 c.a.

¹⁸ **ARTICULO 12. TITULARIZACION DE CARTERA HIPOTECARIA.** Los establecimientos de crédito y las entidades descritas en el artículo 1o. de la presente ley **podrán emitir títulos representativos de créditos otorgados para financiar la construcción y la adquisición de vivienda**, incluyendo sus garantías o títulos representativos de derechos sobre los mismos y sobre las garantías que los respaldan, cuando tengan como propósito enajenarlos en el mercado de capitales. Dichos títulos sólo contarán, de parte de los respectivos emisores, con las garantías o

Por su parte, los bonos ordinarios son títulos que representan una parte de un crédito constituido a cargo de una entidad emisora. Su plazo mínimo es de un año; en retorno de la inversión se recibe una tasa de interés que fija el emisor de acuerdo con las condiciones del mercado, al momento de realizar la colocación de los títulos. Además de los bonos ordinarios, existen en el mercado bonos de prenda y bonos de garantía general y específica y bonos convertibles en acciones¹⁹.

Como se observa, la adquisición y venta de estos títulos no tienen por objeto desarrollar la actividad productora de renta de la sociedad -fabricación y venta de productos para el hogar- en tanto esos bienes representaban créditos de financiación de la construcción y adquisición de vivienda, o que estaban a cargo de otra empresa.

3.6.3. Es cierto que la sociedad está legítimamente autorizada para enajenar títulos, pero solo en desarrollo de su objeto social, como se precisa en el certificado de existencia y representación legal²⁰, por lo que no puede considerarse que la compra y venta de títulos constituya otra actividad económica de DISTRIHOGAR, como lo sostiene la actora.

3.6.4. Todo lo expuesto permite concluir que la venta de títulos hipotecarios y bonos ordinarios no tiene vínculo de causa –efecto con la actividad propia de una sociedad que fabrica y comercializa bienes y mercancías para el hogar.

Adicionalmente, como lo advirtió la DIAN, DISTRIHOGAR compró y vendió el mismo día los títulos hipotecarios, sin que demostrara la necesidad de incurrir en dicho gasto –pérdida-.

3.7. Por las anteriores razones, se confirma la decisión del Tribunal de no aceptar dicha deducción por valor de \$439.325.000.

compromisos respecto de la administración y el comportamiento financiero de los activos, que se prevean en los correspondientes reglamentos de emisión.
Los establecimientos de crédito podrán otorgar garantías a los títulos representativos de proyectos inmobiliarios de construcción.

¹⁹ Definición extraída del Glosario de la Superintendencia Financiera de Colombia. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?!Servicio=Glosario&ITipo=user&IFuncion=main&letra=B>

²⁰ En el certificado de existencia y representación legal se indica que para realizar su objeto social podrá realizar operaciones financieras, adquirir activos fijos y enajenarlos por razones de necesidad o conveniencia, entre otras actividades. Fl. 5 c.a.

En consecuencia, se niega el cargo para el apelante.

4. Adición de ingresos no operacionales por valor de \$357.289.000

4.1. En los actos demandados se dijo que el fundamento de la adición de ingresos fue el siguiente:

“La sociedad al realizar la contabilización de algunas pérdidas en la cuenta 531005 **las registró por el valor neto entre la utilidad y la pérdida** obtenida en las transacciones de venta de títulos de hipoteca titularizada y bonos ordinarios, es decir, **el ingreso o utilidad no quedó registrada por el contribuyente en sus ingresos** ni fue incluido en la declaración de renta y complementarios del año gravable 2003, por lo tanto, se debe adicionar la suma de \$357.288.941, en el renglón de ingresos no operacionales, que se determinaron así:

Fecha / Pérdida transacción registro	Inversión Valor	Valor de	Valor de compra	(Utilidad) venta
26-11-03 Título hipoteca titulariz		1.368.860.946	1.478.807.318	(109.946.372)
26-11-03 Bonos Ord pas auto			1.236.435.000	1.116.480.000
		<u>119.955.000</u>	10.008.627	
15-12-03 Título hipoteca titulariz		1.522.296.097	1.607.433.622	(85.137.525)
15-12-03 Título hipoteca titulariz		2.348.350.932	2.510.555.976	(162.205.044)
15-12-03 Bonos ord. Actiunidos			2.290.100.400	2.029.063.200
		<u>261.037.200</u>	13.694.631	
TOTAL (UTILIDAD) / PÉRDIDA				(357.288.941)
380.992.200				

En efecto, tal y como se constató en la verificación efectuada a la sociedad, **en la contabilización de las transacciones de venta de las inversiones antes descritas solo fueron registrados los valores de pérdida de \$10.008.627 y \$13.694.631 presentando un resultado neto y no mostrando el resultado individual de cada una**

de las transacciones en cuanto a la utilidad de en la venta de títulos hipoteca titularizada por la suma de \$357.288.941 y la pérdida obtenida en la venta de bonos ordinarios por valor de \$380.992.200, no reflejando el total de los ingresos²¹.

4.2. La Sala encuentra que los ingresos adicionados corresponden a la utilidad obtenida por la sociedad en la venta de títulos hipotecarios y bonos ordinarios, operación de la cual también se derivó la pérdida solicitada en deducción en el cargo anterior.

En el expediente se encuentra demostrado que DISTRIHOGAR en la venta de esos títulos, obtuvo en algunas operaciones una utilidad (\$357.288.941), y en otras, pérdidas (380.992.200).

Sin embargo, la contribuyente no declaró los ingresos obtenidos por dicho concepto, ni el total de la pérdida, sino la diferencia de esos valores, una pérdida neta de \$10.008.628 y \$13.694.631.

Esa situación se verifica en el Libro Mayor correspondiente al año gravable 2003²², aportado por la contribuyente en el desarrollo de la investigación tributaria.

4.3. Así las cosas, se observa que en la pérdida neta solicitada en deducción en el cargo anterior, se subsumen los ingresos que obtuvo la contribuyente en las citadas operaciones.

Todo, porque la pérdida neta de \$10.008.628 y \$13.694.631 se obtiene de restar las utilidades con las pérdidas.

²¹ Fls 356-357 c.a. y 50 -51 c.p. Es importante precisar que en este cargo no se discute el valor de las pérdidas ni de las utilidades determinadas por la contribuyente, ni su procedencia en el impuesto de renta, solo la presunta omisión de ingresos de la sociedad en el cálculo de esas operaciones.

²² Fls 78-131 c.a. En el libro de contabilidad se verifica que la contribuyente no se encuentra registro por concepto de esas operaciones en la cuenta ingresos operacionales. Por el contrario, esa situación es aceptada por la sociedad, quien afirma que sólo llevó la pérdida neta como gasto en la declaración de renta.

Lo que se observa en ese documento contable es que la contribuyente registró en la cuenta 531005 –gastos no operacionales por venta de inversiones- **la suma de \$439.325.061 (Fl 125 c.a.). Ese valor fue determinado con la pérdida neta obtenida en las aludidas transacciones de \$10.008.627 y \$13.694.630, más 415.621.800 por bonos ordinarios Fundación Social y Bavaria, diferentes a los analizados. Fl 439 c.a.**

4.4. Pero dado que en esta providencia se estableció que es improcedente la deducción de esa pérdida neta, deben adicionarse los ingresos operacionales que se subsumen en la misma.

En efecto, al no hacer parte la erogación –pérdida neta- de la liquidación del tributo, lo mismo sucede con los ingresos que la determinaron.

No puede perderse de vista que la sociedad omitió declarar como ingreso la utilidad obtenida en las citadas operaciones, y que las restó de forma directa a las pérdidas para establecer el gasto aquí rechazado. Luego, esa utilidad no conformó los ingresos gravados declarados, razón por la cual, deben adicionarse a la declaración de renta del año 2003.

Otra cosa sería si se hubiere aceptado la pérdida porque en ese caso el gasto estaría afectado con los ingresos.

En consecuencia, no procede el cargo para la apelante, razón por la cual se mantiene la adición de ingresos por la suma de \$357.289.000.

5. Procedencia de la exención del artículo 16 de la Ley 546 de 1999

5.1. La demandante sostiene que la utilidad en la enajenación de bonos hipotecarios y los títulos de cartera hipotecaria es un rendimiento financiero. Por tanto, se encuentra amparada en la exención consagrada en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999.

Afirmó que esa posición se ratifica en el artículo 395 del Estatuto Tributario y el Decreto Reglamentario 700 de 1995, normas que establecen que la utilidad en la enajenación de títulos está sometida a retención como rendimiento financiero. Si la utilidad por la enajenación de títulos valores es un rendimiento financiero para la retención del impuesto de renta, lo es para todos los efectos de ese impuesto.

Agregó, que a esa misma interpretación llegó la DIAN en el Concepto No. 111450 de 2001, que no fue observado en los actos acusados, doctrina, en que se fundamentó la actuación de la sociedad.

5.2. Sobre la procedencia de la exención prevista en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999 en la utilidad obtenida por la venta de títulos y bonos hipotecarios, la Sala se pronunció en sentencia del 10 de diciembre de 2015²³, en el siguiente sentido:

5.2.1. La Ley 546 de 1999²⁴ creó instrumentos de ahorro destinados a la financiación de vivienda. Es el caso de los títulos representativos de créditos otorgados para la financiación de la construcción y adquisición de vivienda, cuya emisión fue autorizada en el artículo 12 *ibídem*²⁵.

Para impulsar ese sector económico, la citada ley –artículo 16- estableció una exención en el impuesto de renta sobre los *rendimientos financieros* causados durante la vigencia de esos títulos.

5.2.2. La utilidad en la enajenación de esos títulos no constituye un rendimiento financiero por cuanto el artículo 102-1 del Estatuto Tributario²⁶, al establecer el

²³ Exp. 18928, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

²⁴ “Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”.

²⁵ **ARTICULO 12. TITULARIZACION DE CARTERA HIPOTECARIA.** Los establecimientos de crédito y las entidades descritas en el artículo 1o. de la presente ley **podrán emitir títulos representativos de créditos otorgados para financiar la construcción y la adquisición de vivienda**, incluyendo sus garantías o títulos representativos de derechos sobre los mismos y sobre las garantías que los respaldan, cuando tengan como propósito enajenarlos en el mercado de capitales. Dichos títulos sólo contarán, de parte de los respectivos emisores, con las garantías o compromisos respecto de la administración y el comportamiento financiero de los activos, que se prevean en los correspondientes reglamentos de emisión.
Los establecimientos de crédito podrán otorgar garantías a los títulos representativos de proyectos inmobiliarios de construcción.

²⁶ **ARTICULO 102-1. TITULARIZACIÓN.** Adicionado por el artículo 82 de la Ley 223 de 1995. En los casos de titularización, el originador está sujeto al impuesto de renta y complementarios sobre todos los valores causados o reconocidos a su favor, en el respectivo ejercicio, en exceso del costo fiscal de los bienes, títulos o derechos de su propiedad utilizados en el proceso de titularización.

Los tenedores de los títulos están sujetos al impuesto de renta y complementarios sobre las rentas generadas por los mismos y sobre las ganancias obtenidas en su enajenación. Las rentas derivadas de los títulos de contenido crediticio reciben el tratamiento de rendimientos financieros; las derivadas de títulos de participación tendrán el tratamiento que corresponda a su naturaleza. En los títulos mixtos, el tratamiento tributario será el que corresponda a las rentas obtenidas por cada uno de los respectivos conceptos.

tratamiento tributario en las operaciones de titularización de cartera, “**distingue entre la utilidad obtenida en la enajenación de los títulos emitidos en proceso de titularización y las rentas derivadas de los títulos, con la finalidad de precisar que es a este último concepto al que debe dársele el tratamiento de rendimiento financiero**”.

5.2.3. No es cierto que el artículo 395 del Estatuto Tributario disponga que la utilidad en la enajenación de los títulos constituya rendimiento financiero²⁷. Esa norma no contiene una definición de rendimiento financiero ni alude de manera expresa a la utilidad obtenida en la enajenación de activos.

5.3. En esta oportunidad, la Sala reitera las consideraciones expuestas y concluye que la exención de la Ley 546 de 1999 está limitada a los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos y bonos hipotecarios, excluyendo de tal beneficio la utilidad obtenida en la enajenación de los mismos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 102-1 del Estatuto Tributario.

Todo, porque la exención está dada por el legislador en función del tenedor del título y durante la vigencia del mismo, **no en función de la compra y venta de los títulos**²⁸.

Cuando se adquieran bienes o derechos a través del proceso de titularización, su costo fiscal será la suma del costo fiscal de los respectivos títulos.

²⁷ **ARTICULO 395. CONCEPTOS OBJETO DE RETENCIÓN.** Establécese una retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que efectúen las personas jurídicas y sociedades de hecho, por concepto de rendimientos financieros, tales como, intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general, lo correspondiente a rendimientos de capital o a diferencias entre valor presente y valor futuro de éste, cualesquiera sean las condiciones o nominaciones que se determinen para el efecto.

El gobierno determinará los porcentajes de retención en la fuente, sin que sobrepasen el quince por ciento (15%) del respectivo pago o abono en cuenta.

²⁸ En la ponencia para el primer debate de la Ley 546 de 1999 se dijo “Se propuso al Gobierno el otorgamiento de ventajas tributarias para que estos títulos tengan una más rápida penetración en el mercado, ventaja que contribuirá a estimular el ahorro a largo plazo, tan necesario para la estabilidad económica.

5.4. Para la Sala, la actora no puede fundamentarse en el Concepto No. 111450 del 31 de diciembre de 2001, para afirmar que la utilidad en la venta de títulos es un rendimiento financiero.

Esa doctrina oficial analizó el mecanismo de retención en la fuente sobre las utilidades que obtienen las comisionistas de bolsa por la compra para sí mismos y venta de títulos valores.

La tesis jurídica fue “las ganancias o utilidades generadas en las enajenaciones de sus propios títulos con intereses y/o descuentos, para efectos de la retención en la fuente se consideran rendimientos financieros sometidos a retención en la fuente por parte del enajenante”.

A esa conclusión se llegó con fundamento en los artículos 1²⁹ y 26³⁰ del Decreto Reglamentario 700 de 1997, que al establecer el régimen de retención en la fuente

El Gobierno fue receptivo a esta solicitud y presentó una propuesta aditiva a su proyecto, en la cual **reconoce que el mantenimiento de valor de los títulos hipotecarios y de los bonos constituye enriquecimiento para su tenedor e igualmente exime del impuesto sobre la renta los rendimientos financieros** para las emisiones colocadas dentro de los cinco años siguientes a la vigencia de la ley, y por el plazo de redención total de los títulos y de los bonos, que en cualquier caso no podrá ser inferior a cinco años”.

²⁹ **Artículo 1º.** Autorretención y retención en la fuente sobre rendimientos financieros. A partir del primero de abril de 1997, **la retención en la fuente por concepto de los rendimientos financieros provenientes de títulos** con intereses y/o descuentos, **o generados en sus enajenaciones**, deberá ser practicada por parte del beneficiario de los mismos, y no por quien efectúa el pago o abono en cuenta, siempre y cuando dicho beneficiario tenga la calidad de agente autorretenedor de rendimientos financieros.

³⁰ **Artículo 26.** Ajustes de autorretenciones en las enajenaciones de títulos con rendimientos vencidos Cuando se enajene un título cuyos intereses vencidos hayan estado sometidos a la tarifa de retención en la fuente mediante el mecanismo de la autorretención por parte del enajenante, éste deberá practicar la retención en la fuente por concepto del rendimiento financiero que resulte a su favor en la enajenación, de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Cuando la enajenación se realiza durante el primer período de rendimientos para el tenedor del título:

Sobre el valor de la diferencia positiva entre el precio de enajenación y el resultado que se obtenga de adicionar al precio de compra del título, los rendimientos causados linealmente desde su adquisición hasta el momento de la enajenación.

Para estos efectos, los rendimientos causados linealmente por el título desde su adquisición hasta el momento de su enajenación, se determinarán por la diferencia positiva entre el resultado que se obtenga de adicionar al valor nominal del título,

establecieron igual regulación para los rendimientos financieros y para las utilidades provenientes de las enajenaciones de los títulos.

Es por eso que en ese concepto se concluye que las ganancias en la venta de los títulos tienen el mismo tratamiento, para efectos de la retención en la fuente, de los rendimientos financieros.

La tesis jurídica expuesta en el citado concepto no desconoce lo dispuesto en el artículo 102-1 del Estatuto Tributario, porque en ninguna parte expresa que la utilidad en la enajenación de títulos sea un rendimiento financiero, sino se repite, que para efectos de la retención en la fuente tiene la misma regulación.

No puede perderse de vista que este concepto señala que la utilidad en la venta de títulos está sometida a retención en la fuente, de lo que se desprende que considera ese concepto como renta gravable.

el valor total de los intereses del período en curso a la tasa facial del mismo, y el precio de compra del título, dividida esta diferencia por el número de días contados desde la fecha de su adquisición hasta el próximo pago de intereses, y multiplicado este resultado por el número de días de tenencia del título desde la fecha de su adquisición hasta la fecha de su enajenación.

2. Cuando la enajenación se realiza durante alguno de los siguientes períodos de rendimientos para el tenedor del título:

Sobre el valor de la diferencia positiva entre el precio de enajenación y el resultado que se obtenga de adicionar al valor nominal, los intereses causados linealmente desde el último pago de intereses hasta la fecha de enajenación.

Para estos efectos, los intereses causados linealmente por el título desde el último pago de intereses hasta el momento de su enajenación, corresponderán al valor total de los intereses del período a la tasa facial, divididos por el número de días de dicho período, multiplicados por el número de días de tenencia del título, desde el último pago de intereses hasta la fecha de enajenación.

Parágrafo. Si el valor total de las diferencias determinadas conforme a lo dispuesto en el presente artículo resulta negativo, el enajenante podrá debitar de la cuenta retenciones por consignar el valor de la retención en la fuente correspondiente a dicha diferencia.

El agente autorretenedor deberá conservar los documentos que soporten cada débito que realice a la cuenta de retenciones por consignar, para ser presentados ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales., cuando ésta lo exija.

Luego, no es procedente que la contribuyente se sustente en esa doctrina oficial para afirmar que esa ganancia está exenta del impuesto de renta.

5.5. Así las cosas, por las razones expuestas se rechaza la renta exenta la utilidad obtenida por la actora en la enajenación de los bonos hipotecarios y títulos de cartera hipotecaria en la suma de \$396.313.000.

6. Sanción por inexactitud

6.1. Para la demandante no es procedente la sanción por inexactitud toda vez que el contribuyente no omitió ingresos ni solicitó deducciones y exenciones inexistentes. Además, considera que en el presente caso se configura una diferencia de criterios relativa al derecho aplicable.

6.2. Respecto de la procedencia de la sanción por inexactitud, se hacen las siguientes precisiones:

6.2.1. El artículo 647 del Estatuto Tributario sanciona el hecho que en las declaraciones tributarias se omitan ingresos, se incluyan costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes, que ocasionen un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor, y en general, la utilización de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o un mayor saldo a favor.

6.2.2. Teniendo en cuenta que el demandante no demostró ADCIÓN ING que la exención y las deducciones solicitadas cumplieran con los requisitos exigidos por las normas tributarias para su procedencia, debe mantenerse respecto de los valores no aceptados la sanción por inexactitud impuesta en los actos demandados.

6.2.3. Para la Sala, es claro que no se presentó diferencia de criterios en relación con la interpretación del derecho aplicable, sino el desconocimiento de lo previsto en los artículo 102-1 y 107 del Estatuto Tributario, y 16 de la Ley 546 de 1999 que precisan el alcance de las deducciones y exenciones declaradas.

En efecto, la sociedad solicitó una deducción de pérdidas en la enajenación de un activo sin tener en cuenta que la misma debía guardar relación de causalidad con la actividad productora de renta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.

En cuanto a la renta exenta, la discrepancia surge del desconocimiento del tratamiento tributario de la utilidad en la enajenación de títulos previsto en el artículo 102-1 del Estatuto Tributario, que la distingue del concepto de rendimiento financiero y la establece como una renta gravable.

6.3. En ese sentido, al no haberse comprobado que la interpretación de las normas haya inducido a la actora apreciarlas de manera errónea, se mantendrá la sanción por inexactitud impuesta en los actos acusados por los valores no aceptados en esta providencia.

7. Las consideraciones expuestas permiten a la Sala concluir que la DIAN no vulneró los principios de buena fe, equidad e imparcialidad, pues como se precisó la actuación demandada observó las normas tributarias aplicables al caso.

8. Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la decisión del *a quo*.

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

FALLA

PRIMERO. DENIÉGASE la solicitud de audiencia pública presentada por la parte demandante.

SEGUNDO. CONFÍRMASE la sentencia apelada.

TERCERO. RECONÓCESE personería para actuar en nombre de la parte demandada a la doctora Miryam Rojas Corredor, de conformidad con el poder que obra en el folio 411 del expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ