

**PATRIMONIO – Conformación / VALOR DE BIENES O DERECHOS APRECIABLES EN DINERO – Está constituido por su precio de costo / ACCIONES – Su valor es el costo fiscal / ENAJENACION – No excluye la donación / DONACION – Implica enajenar**

Conforme con el artículo 261 del E.T., el patrimonio de los contribuyentes está constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable. El valor de los bienes o derechos apreciables en dinero, al tenor del artículo 267 del E.T. está constituido por su precio de costo. Tratándose de acciones, el artículo 272 del E.T. establece que deben ser declaradas por su costo fiscal y para los contribuyentes obligados a utilizar sistemas especiales de valorización de inversiones, el valor patrimonial será el que resulte de la aplicación de tales mecanismos de valoración. Cuando la norma transcrita alude a la enajenación, se refiere a la acción de “Pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello.”. Y cuando señala que esa enajenación puede hacerse a cualquier título, es evidente que la norma no excluye ningún negocio jurídico que tenga la connotación de transmitir el dominio de los activos. La donación entre vivos, de conformidad con el artículo 1443 del C.C. “(...) es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta” En esa medida la donación implica “enajenar” y, por lo tanto, está regulada por el artículo 90 del E.T. Ahora bien, como la donación se hace a título gratuito, los beneficios fiscales que regula el Estatuto Tributario son los que justifican que esa donación pueda arrojar una renta bruta o una pérdida. Por el hecho de que tales beneficios fiscales existen, el legislador reguló las modalidades de la donación y la forma en que se estima el precio de mercado de los títulos valores objeto de donación. Esa regulación le permite a la DIAN ejercer el control sobre el patrimonio del contribuyente y los beneficios fiscales derivados, precisamente, de la enajenación de los activos que conforman ese patrimonio.

**FUENTE FORMAL:** ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 272 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 261 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 267 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 90

**DONACION DE TITULOS VALORES – Se hace conforme el procedimiento de la superintendencia de valores / DONACION – Procede como deducción o como descuento**

Cuando el artículo 125-2 del E.T. dispone que “Cuando se donen títulos valores, se estimarán a precios de mercado de acuerdo con el procedimiento establecido por la Superintendencia de Valores. (...)” se hace para efectos de controlar la base sobre la cual, los contribuyentes invocan el beneficio de la deducción por donaciones (artículo 125 E.T) o el beneficio del descuento por donaciones (artículo 249 del E.T. vigente para la época de ocurrencia de los hechos). Fíjese que en el primer caso, el contribuyente aminora la renta y, en el segundo, aminora el impuesto, y esa detracción, por supuesto, incrementa el patrimonio en la medida en que sea por la deducción o por el descuento, el beneficio fiscal que resulta para los contribuyentes se traduce en el menor pago de impuestos y, por ende, en el menor flujo de egresos para el pago de tales impuestos. En esa medida, a los contribuyentes del impuesto sobre la renta les corresponde hacer un uso adecuado de los beneficios fiscales y, para el efecto, las formas jurídicas que establecen estatutos distintos al Tributario, se deben aplicar de forma adecuada de tal manera que no se aprovechen para hacer prácticas elusivas que den lugar a liquidar un pagar un menor valor por concepto de impuestos. En esa medida, siendo la donación un acto de enajenación del que se puede derivar una renta

bruta o una pérdida, y si la renta o pérdida equivale a la diferencia entre el precio de la enajenación de las acciones que, en el caso concreto ascendió a \$369.925.310 y el costo del activo o activos enajenados, que en el caso concreto ascendió a \$74.281.460, la DIAN interpretó y aplicó debidamente el artículo 90 del E.T., cuando decidió adicionar los ingresos de la parte actora en \$295.644.000.

**FUENTE FORMAL:** ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 90 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 249 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 125-2

**EXPENSAS NECESARIAS – Son aquellas que tienen relación de causalidad con las actividades productoras de renta / NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD – Deben determinarse con criterio comercial / DEDUCCION POR PERDIDAS DE ACTIVOS – Procede cuando se trata de bienes usados en la actividad productora de renta / ACTIVOS FIJOS – Sobre éstos procede la deducción por pérdidas / LIQUIDACION PRIVADA – Se presumen ciertos los hechos económicos declarados en ella**

Conforme con el artículo 107 del E.T. son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad. La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes. Las expensas necesarias corresponden a los gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta, de manera que sin tales gastos no se puede obtener la renta. Son indispensables aunque no sean permanentes sino esporádicos. Como lo exige la norma, lo esencial es que el gasto sea “normalmente acostumbrado en cada actividad”, lo que excluye que se trate de gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos, o meramente útiles o convenientes. Con respecto a la deducción por pérdidas de activos, reguladas en el artículo 148 del E.T., son deducibles las pérdidas sufridas durante el año o período gravable, concernientes a los bienes usados en el negocio o actividad productora de renta, ocurridas por fuerza mayor; es decir, pérdidas de activos vinculados con el desarrollo de las actividades productoras de renta. Sin embargo, esta Sala ha aclarado que la procedencia de esta deducción sólo recae sobre los activos fijos o sobre los bienes usados en el negocio con carácter de permanencia. En ese orden la Sala considera que la demandante solicitó de manera inoportuna el reconocimiento del costo de compra de los títulos de deuda pública que vendió en la liquidación oficial cuestionada. Si bien es cierto que PROTABACO admitió incurrir en error al mostrar el valor neto de la operación de compra y venta de los títulos como una pérdida, tal equivocación no resultó suficiente para desvirtuar las glosas efectuadas por la DIAN, que fueron debidamente soportadas en la contabilidad de la empresa, la cual mostró que dicha pérdida se había registrado en la cuenta de gastos PUC 531005 “Pérdida en venta de inversiones”. En efecto, si la demandante consideró que en la declaración privada debió mostrarse el valor de los ingresos obtenidos por la venta de los títulos, menos los costos de adquisición, debió acudir a los mecanismos que la ley señala para corregir tal situación en su denuncia fiscal, y no pretender en esta instancia justificar su error a partir del análisis de las normas que gobiernan la deducibilidad de pérdidas fiscales en materia de impuesto de renta, para finalmente concluir que ninguna de ellas servía de base para rechazar el costo de adquisición de los TES, aspecto que nunca fue discutido por la DIAN. No debe perderse de vista que conforme con el artículo 746 del E.T. se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las

mismas o en las respuestas o requerimientos administrativos, siempre y cuando sobre tales hechos no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija. Y, que habida cuenta de esta presunción de veracidad, la carga de la prueba del contribuyente opera inmediatamente se solicita la comprobación especial por iniciativa de la autoridad tributaria o por autoridad de la ley.

**FUENTE FORMAL:** ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 107 / ESTATUTO TRIBUTARIO - 148

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION CUARTA**

**Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS**

Bogotá, D.C., Veintiocho (28) de julio de dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01028-01(17073)**

**Actor: PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA S.A. – PROTABACO S.A.**

**Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

#### **FALLO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA S.A. –PROTABACO S.A.- contra la sentencia del 15 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, que negó las pretensiones de la demanda.

#### **1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS**

1. El 8 de abril de 2002, la Sociedad PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA S.A. presentó por vía electrónica la declaración de renta y complementarios del año gravable 2001, en la que liquidó un total de ingresos netos (IG) de \$ 155.422.793.000; un total de otras deducciones (CX) de \$ 32.349.854.000; una renta líquida gravable (RE) de \$ 8.339.625.000; un impuesto a cargo (FU) de \$ 2.397.507.000 y un total saldo a pagar (HA) de \$ 486.123.000.

2. El 23 de octubre de 2003, la División de Fiscalización Tributaria de la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá expidió el Requerimiento Especial No. 310632003000222, en el que propuso modificar la liquidación privada del impuesto de renta del año gravable 2001 en el sentido de adicionar ingresos gravados por \$ 369.925.310, correspondientes a la donación de unas acciones que efectuó PROTABACO S.A. a favor de la Universidad de los Andes, para un total de ingresos netos (IG) de \$ 155.792.718.000; rechazar cierta deducción en cuantía de \$ 124.690.000, correspondiente a pérdida en venta de títulos TES, para un total de otras

deducciones (CX) de \$ 32.225.164.000; modificar la renta líquida gravable (RE) en cuantía de \$ 8.834.240.000; el impuesto a cargo (FU) en cuantía de \$ 2.570.622.000; imponer sanción por inexactitud (VS) en cuantía de \$ 276.984.000 y fijar un nuevo saldo a pagar (HA) de \$ 936.222.000.

3. Previa respuesta al anterior requerimiento, la División de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá formuló Liquidación Oficial de Revisión No. 310642004000079 del 23 de julio del 2004, en la que modificó los renglones 32 IG, 47 CX, 58 RE, 70 FU, 82 VS y 83 HA de la declaración privada del impuesto de renta del año 2001, así:

RENLÓN 32 IG TOTAL INGRESOS NETOS		\$ 155.718.437.000
Declarado por la demandante	\$ 155.422.793.000	
Más Ingresos adicionados	\$ 295.644.000	

RENLÓN 47 CX OTRAS DEDUCCIONES		\$ 32.225.164.000
Declarado por la demandante	\$ 32.349.854.000	
Menos deducciones improc.	\$ 124.690.000	

RENLÓN 58 RE RENTA LÍQUIDA GRAVABLE		\$
8.759.959.000		
Declarado por la demandante	\$ 8.339.625.000	
Mayor valor determinado	\$ 420.334.000	

RENLÓN 70 FU TOTAL IMPUESTO A CARGO		\$
2.544.624.000		
Declarado por la demandante	\$ 2.397.507.000	
Mayor valor determinado	\$ 147.117.000	

RENLÓN 82 VS SANCIONES		\$ 235.387.000
Declarado por la demandante	\$ 0	
Más sanción determinada	\$ 235.387.000	

RENLÓN 83 HA TOTAL SALDO A PAGAR		\$ 868.627.000
Total imp. a cargo determinado	\$ 2.544.624.000	
Menos ret. declaradas	\$ 1.911.384.000	
Más total sanción determinada	\$ 235.387.000	

4. La anterior liquidación oficial de revisión fue confirmada mediante la Resolución 3106620050000-10 del 15 de marzo de 2005, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la demandante.

## 2. ANTECEDENTES PROCESALES

### A) LA DEMANDA

La PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA S.A. –PROTABACO S.A.-, a través de apoderado judicial, formuló las siguientes pretensiones:

*“PRIMERO: Que se declare la nulidad de la actuación administrativa comprendida por los siguientes actos:*

1. *Liquidación Oficial de Revisión Renta Sociedades No. 310642004000079 del 23 de julio de 2004, emanada de la División de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá, notificada por correo certificado el 26 de julio de 2004, por medio de la cual se modificó la declaración de renta y complementarios presentada por PROTABACO S.A. del año gravable 2001.*

2. *Resolución Recurso de Reconsideración que Confirma No. 310662005000010 del 15 de marzo de 2005, emanada de la División Jurídica Tributaria de la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá, notificada personalmente el día 5 de abril de 2005, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la mencionada Liquidación Oficial y se agota la vía gubernativa.*

*SEGUNDO: Restituir en su derecho a la demandante, en el sentido de reconocer que se ajusta a las normas legales la liquidación privada (declaración) del impuesto sobre la renta y complementarios que por el año gravable 2001 presentó PROTABACO S.A.”*

Invocó como disposiciones violadas las siguientes:

- Violación de los artículos 90 y 125-2 del Estatuto Tributario, por aplicación indebida.
- Violación del artículo 249 del Estatuto Tributario, por falta de aplicación.
- Violación del artículo 23 de la Ley 383 de 1997, por aplicación indebida.
- Violación del artículo 36-1 del Estatuto Tributario, por falta de aplicación.

La demandante explicó el concepto de violación de las normas invocadas de la siguiente forma:

**1) El tratamiento tributario de la donación. Adición de ingresos en cuantía de \$295.644.00**

PROTABACO puso de presente que en el mes de diciembre del 2001 adquirió 73.000 acciones de la Clínica de Marly S.A., en cuantía de \$ 74.201.460, y que las donó ese mismo año a la Universidad de los Andes. Explicó que la donación fue avaluada en \$369.925.310, valor que la DIAN propuso adicionar a título de ingreso gravable en el requerimiento especial y que luego disminuyó a \$ 295.643.850 en la Liquidación Oficial de Revisión. Dijo que este último valor resultó de la diferencia entre el avalúo de las acciones al momento de la donación y el valor de las acciones cuando fueron adquiridas.<sup>1</sup>

Consideró violados los artículos 90 y 125-2 del E.T., por aplicación indebida, porque consideró que la DIAN partió de la errónea concepción “*de que la donación genera utilidad para el donante y de que los contribuyentes donantes no tienen derecho al descuento tributario cuando la enajenación genera ganancia.*” Dijo que la DIAN presupone que en todo contrato de donación hay un precio base del cual se puede inferir la ganancia que percibe el donante, ganancia que se mide conforme lo estipula el artículo 90 E.T.

---

<sup>1</sup> \$ 369.925.310 – 74.281.460 = \$ 295.643.850.

Además, dijo que la DIAN invocó en los actos acusados el artículo 90 del E.T., sin explicar *“cómo integra cada una de las partes de esa norma al caso concreto y, mucho menos, justifica cómo se concilia esa disposición con las nociones fundamentales que trae ese Estatuto sobre el concepto de renta y de realización para fines impositivos.”*

Para la actora, la DIAN se escuda en la expresión “enajenación de activos a cualquier título”, contenida en el artículo 90 ib., para presumir que en la donación se puede fijar un precio que comparado con el costo de los activos respectivos, le permite determinar una renta bruta por su enajenación a título gratuito.

Dijo que al aplicar el artículo 90 ib. no bastaba con que la DIAN fijara el valor comercial a las acciones donadas, sino que debía demostrar que el contribuyente realizó en dinero o en especie ese valor comercial.

Transcribió la definición de “donación entre vivos” del artículo 1443 del C.C. como aquel acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que los acepta. Así mismo, dijo que el contrato de donación era un contrato unilateral, gratuito, principal y consensual.

Añadió que uno de los elementos esenciales de la donación era la ausencia de contraprestación del donatario a favor del donante. Y, que de existir dicha contraprestación o precio a favor del donante, el negocio no produciría efecto alguno o degeneraría en otro contrato, conforme lo estipula el artículo 1501 del Código Civil.

Precisó que la donación no tiene, por definición, el elemento retributivo que la DIAN pretende endilgarle a la demandante, en su condición de donante de unas acciones a favor de la Universidad de los Andes. Que al no existir un precio o contraprestación a favor del donante, para efectos del impuesto sobre la renta no se puede afirmar que existe para el donante un ingreso gravable, entendido como aquel ingreso ordinario o extraordinario susceptible de incrementar el patrimonio al momento de su realización.

Dijo que en el contrato de donación el donatario es el que se beneficia en la medida que percibe un ingreso en dinero o en especie, susceptible de capitalización al momento de su percepción, según el artículo 17 del D.R. 187/75.

Puso de presente que mediante escritura pública PROTABACO transfirió en forma gratuita a la Universidad de los Andes un total de 73.000 acciones que poseía de la Clínica de Marly S.A., sin recibir precio o contraprestación alguna.

Dijo que no interesaba que las acciones donadas hubieran sido previamente adquiridas por la donante a un precio inferior al de su cotización en Bolsa al día del perfeccionamiento de la negociación, pues esa valorización de las acciones sólo era una expectativa de ganancia que la donante jamás llega a realizar, por haber sido transferidas sin exigir nada a cambio.

Agregó que la escritura pública que da cuenta de la donación demuestra que la donante no realizó, en dinero o en especie, ni por el sistema de causación, el valor comercial de las acciones, pues la donataria (Universidad de los Andes) ni se obligó en el contrato a pagar un precio, ni efectivamente pagó suma o especie alguna a cambio por fuera del contrato.

Para la actora, la interpretación sistemática del artículo 90 E.T. con las reglas de realización de renta contenidas en los artículos 26, 27, 28 y 29 del E.T. y 17 del Dec. 187/75 permiten concluir que sólo respecto del donatario se puede hablar de la realización de un ingreso en dinero o en especie, y que cuando es en especie, existe la posibilidad de que la DIAN revise su valor comercial para determinar la renta correspondiente realizada en cabeza del donatario, de acuerdo con la cotización de esas acciones en el mercado bursátil.

A juicio de la actora, *“el planteamiento de la Administración desconoce que el propio Estatuto Tributario reconoce que para los donantes las donaciones efectuadas no son una renta bruta sino una expensa deducible (véanse artículos 125 y siguientes de ese ordenamiento), y sienta sin mayor sindéresis la tesis de que alrededor del artículo 90 se establece una presunción, conforme a la cual la Administración está facultada, sin mediar prueba alguna, para determinar la renta del donante por el simple hecho de haberse producido la enajenación en forma gratuita.”*

Añadió que los actos demandados pasaron por alto que los bienes donados consistían en unas acciones de la Clínica de Marly S.A., que a su vez cotizan en Bolsa y que, por lo tanto, llegado el extremo de que su enajenación hubiere generado utilidad, tal utilidad no constituye renta ni ganancia ocasional en los términos del artículo 36-1 E.T.<sup>2</sup> Que, en ese orden, la adición de renta gravable quebranta, por falta de aplicación, el artículo 36-1 ib.

Indicó que las pruebas que se practiquen dentro del proceso permitirán esclarecer que la enajenación de 73.000 acciones de la Clínica de Marly, que a su vez cotizan en bolsa, fue una operación que no superó el 10% de las acciones en circulación de la respectiva sociedad y que, por lo tanto, cualquier ingreso que en forma presunta se le endilgue a PROTABACO por dicha enajenación, debe ser calificado como ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional.

En cuanto a la violación del artículo 125-2 E.T., por aplicación indebida, la parte actora dijo que esa norma era inaplicable al caso, porque nunca solicitó una deducción tributaria sino un descuento tributario. Aclaró que la compañía pidió un descuento tributario sobre la donación, que sustrajo directamente del impuesto de renta determinado, conforme con las previsiones del artículo 249 E.T., que, según dijo, fue violado por la DIAN, por falta de aplicación.

Agregó que la DIAN debió cuestionar que la donación efectuada no cumplía los presupuestos del artículo 249 ib., y no glosar la procedencia del descuento tributario a partir de la regla de deducción de donaciones del artículo 125-2 ib.

Adujo que no solicitó el reconocimiento de dos beneficios fiscales sobre una misma operación económica, pues sólo pidió el descuento tributario del artículo 249 E.T. Dijo que la empresa no solicitó de manera simultánea la deducción de la donación, no sólo porque habría constituido una indebida proliferación de beneficios, sino porque, además, la donación de acciones no genera derecho a la deducción del gasto correspondiente.

---

<sup>2</sup> Artículo 36-1. Utilidad en la enajenación de acciones. De la utilidad obtenida en la enajenación de acciones o cuotas de interés social, no constituye renta ni ganancia ocasional, la parte proporcional que corresponda al socio o accionista, en las utilidades retenidas por la sociedad, susceptibles de distribuirse como no gravadas, que se hayan causado entre la fecha de adquisición y la de enajenación de las acciones o cuotas de interés social.

INC. 2º. No constituye renta ni ganancia ocasional las utilidades provenientes de la enajenación de acciones inscritas en una bolsa de valores colombiana, de las cuales sea titular un mismo beneficiario real, cuando dicha enajenación no supere el diez por ciento (10%) de las acciones en circulación de la respectiva sociedad, durante un mismo año gravable.

A su juicio, y conforme con el artículo 23 de la Ley 383 de 1997, no constituye acumulación de beneficios el hecho de que hubiera solicitado el descuento tributario por la donación y que no hubiera determinado renta bruta sobre tal donación.

**2) Pérdida por venta de TES y Bonos de Solidaridad para la Paz en cuantía de \$124.690.000**

En los hechos de la demanda PROTABACO indicó que en mayo de 2001 suscribió a través del Banco de Occidente bonos de paz por \$ 139.855.000, que luego fueron entregados como parte de pago de TES por \$ 2.086.900.000. Y, que posteriormente vendió los TES adquiridos por \$ 2.040.740.000, generándose una pérdida de \$46.160.000.

Luego, dijo, en el mes de octubre de 2001 suscribió bonos de paz por \$ 326.327.346, que luego fueron entregados como parte de pago en la adquisición de TES por \$632.805.000. Y, que posteriormente fueron vendidos los TES por \$ 550.890.000, generándose una pérdida neta de \$ 78.530.000 y una comisión de \$ 3.385.000.

Puso de presente que los actos acusados rechazaron las pérdidas del ejercicio 2001, por \$ 124.692.000, generadas en la venta de TES y de Bonos de Paz. La DIAN, agregó, sostuvo que estas pérdidas no son deducibles de acuerdo con los artículos 107 y 148 del E.T.

Dijo que el artículo 148 E.T. no era aplicable a su caso. Manifestó que esta disposición regula exclusivamente las llamadas pérdidas de capital, esto es, las pérdidas materiales de bienes usados en el negocio o actividad productora de renta, ocurridas por fuerza mayor. Que no es pertinente invocar este artículo para rechazar el derecho a deducir las pérdidas originadas en la enajenación de activos fijos o movibles, que nada tienen que ver con las pérdidas materiales de los activos poseídos no enajenados.

Aclaró que las pérdidas que se originaron en las operaciones de compra y venta de TES y bonos de paz negociados por PROTABACO son pérdidas originadas en la enajenación de activos poseídos por menos de dos años. Agregó que, por error, se neteó la pérdida en el renglón correspondiente a las deducciones, cuando técnicamente debía mostrar separadamente los ingresos netos por la enajenación y el costo realizado imputable a dichos ingresos. Dijo que ese error formal no acarrea sanción alguna, en la medida que no alteraba el resultado de la liquidación privada ni del impuesto neto de renta a pagar.

Transcribió apartes de la sentencia del 22 de mayo de 1987, exp. 1410, del Consejo de Estado, relacionada con el reconocimiento de las pérdidas por la enajenación de activos fijos y movibles poseídos por menos de dos años, así como de la sentencia del 18 de septiembre de 1992, exp. 3766.

Consideró que la DIAN debió efectuar las glosas pertinentes respecto de cualquiera de los extremos de la enajenación, y rechazar el costo de adquisición de las acciones o el valor en que fueron vendidas. Sin embargo, como la DIAN no cuestionó el costo de adquisición de los activos ni los ingresos obtenidos en su enajenación, aceptó indirectamente la pérdida ocurrida en estas operaciones, pues una vez aceptados los costos y los ingresos, el resultado se obtiene matemáticamente sin estar sujeto a más requisitos para su procedencia. Explicó que las operaciones de compra y venta fueron canalizadas a través de la Bolsa de

Valores y que, por eso, los precios respectivos no son objeto de controversia con la DIAN.

En relación con la aplicación del artículo 107 E.T., invocada en los actos cuestionados, precisó que en el caso no se está solicitando la convalidación de una deducción por pérdida neta en la venta de ciertos activos, sino que se reconozca que de los ingresos netos gravables por la venta de TES y Bonos de Paz se reconozcan e imputen los costos realizados en que incurrió la demandante para adquirirlos inicialmente.

Específicamente, explicó que lo que se pretende es que el renglón 23 IL de la liquidación privada del impuesto de renta del año 2001 sea adicionado con el valor de venta de esos TES y Bonos, cuyo monto asciende a \$ 13.057.812.346, que el costo de compra sea reconocido en el renglón 35 CB y que quede en firme el renglón 49 GJ.

Rechazó la tesis de la DIAN en el sentido de que una sociedad sólo puede deducir los gastos relacionados con las rentas derivadas de la actividad principal, y que las rentas de las actividades secundarias no eran susceptibles de ser disminuidas con los gastos asociados a estas últimas.

*Dijo que “[L]a relación de causalidad con la actividad es asunto sobre el cual no cabe discusión, pues de serlo, en primer lugar no se habrían podido realizar las inversiones a través de la Bolsa de Valores, ya que en ese mercado formal no se pueden llevar a cabo las operaciones de compra y venta si los representantes legales de las sociedades intervinientes ni cuentan con las autorizaciones y facultades estatutarias respectivas. Se trata de un juicio gratuito que la Administración hace sin siquiera revisar los estatutos de la sociedad.”*

Añadió que si es normal y frecuente que las empresas industriales inviertan sus excedentes de tesorería, y que esas inversiones sean tanto en papeles de renta fija como variable, la necesidad del gasto está justificada en términos comerciales y tributarios. Agregó que *“[D]esde luego, podría decirse que era innecesario hacer una inversión de gran magnitud en unos papeles del Gobierno expuestos a (...) fluctuación, pero si se examina la declaración de renta objeto de controversia, el H. Tribunal podrá llegar a la conclusión de que estas operaciones bursátiles no representan un riesgo significativo para PROTABACO, dado el volumen de recursos que maneja gracias al tamaño de sus ventas.”*

Dijo que, conforme con lo anterior, no se ve en qué forma se podría convalidar la argumentación de la DIAN, en cuanto a que esta operación no reunió los requisitos del artículo 107 E.T. Transcribió apartes de la sentencia del Consejo de Estado del 20 de enero de 1984, exp. 8930.

### **3) Sanción por inexactitud**

La demandante dijo que los actos impusieron una sanción por inexactitud sin probarse que se declararon hechos inexistentes o inexactos, que hubieran derivado en un menor impuesto de renta a cargo. Añadió que la existencia y cuantía de la donación hecha a la Universidad de los Andes, así como la realización y cuantía de las operaciones de compra y venta de TES y de Bonos de Paz, son hechos que no están sujetos a controversia.

Consideró que se violó el artículo 647 E.T., por falta de aplicación, porque se impuso una sanción por inexactitud, existiendo diferencia de criterios entre la DIAN y PROTABACO frente a los efectos tributarios de estas operaciones.

#### **B) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– se opuso a las pretensiones de la demandante, por las siguientes razones:

1. Precisó que el fondo del asunto se centra en que la sociedad donante (PROTABACO) no contabilizó el valor real de la donación en el renglón 27 IE “Otros ingresos distintos de los anteriores”, correspondientes al valor de compra de las acciones más la valorización de las mismas al momento de realizar la donación y si llevó como descuento por donación en el renglón 63 LR “Donaciones” la suma de \$ 221.955.000, correspondientes al 60% de la donación efectuada a la Universidad de los Andes.

2. Puso de presente que la demandante compró 73.000 acciones de la Clínica de Marly S.A. en el mes de diciembre de 2001 a través de la Bolsa PROFESIONALES DE BOLSA, por valor de \$ 74.281.460, a razón de \$ 1.017,55 cada acción, y que fueron registradas en la cuenta PUC del activo No. 120535 “Inversiones en acciones comercio al por mayor y al por menor”.

3. Dijo que en el Requerimiento Especial se manifestó que *“en el momento de la donación el contribuyente disminuye el valor de sus activos cuenta PUC 120535 (Inversiones en acciones) por la suma de \$ 74.281.460 y registra un gasto contable en la cuenta PUC 5395425 “Donaciones” en igual cuantía, que no es solicitada como deducción Fiscalmente.”*

4. Dijo que, contablemente, la demandante registró la adquisición y la donación de las acciones por el valor del costo histórico de las mismas, pero no contabilizó el valor real de la enajenación a título de donación, correspondiente al valor del beneficio del descuento por donación solicitado. De modo que, agregó, la valorización de las acciones cuando eran de propiedad de la demandante, es la que se encuentra gravada con el impuesto sobre la renta, el cual no se habría generado si el precio de enajenación del activo hubiera sido igual al costo fiscal declarado. Que, como el costo fiscal que declaró la demandante fue de \$ 74.281.460 y el precio de la enajenación fue de \$ 369.925.310, sobre la diferencia se generó una renta bruta en los términos del artículo 90 E.T.

5. Insistió en que la demandante no solicitó el valor de la donación como deducción sino como descuento tributario, conforme con el artículo 249 E.T. Esto se demuestra con la solicitud del 60% sobre el valor real de la donación efectuada, como descuento tributario por donaciones en el renglón 63 (LR), equivalente a \$ 221.955.000.

6. Indicó que la DIAN en ninguna oportunidad ha mencionado que el negocio jurídico que llevó a cabo PROTABACO fuera una venta, sino que siempre se ha entendido que lo que ocurrió fue una donación. Dijo que la demandante confundió el título y modo de transmitir el dominio de las acciones, toda vez que limitó la expresión “enajenar” a la acepción de “vender”. De tal manera que los argumentos sobre la inaplicabilidad del artículo 90 E.T., en cuanto a la expresión enajenar en el sentido de venta, no tiene sustento alguno.

7. Aclaró que conforme con el numeral segundo del artículo 125-2 E.T., al referirse a la modalidad de las donaciones que dan derecho a deducción, establece que cuando se donen títulos valores, se estimarán a precios de mercado de acuerdo con el procedimiento establecido por la Superintendencia de Valores. Puso de presente que en el expediente administrativo obran apartes de los artículos 1.7.1.8 y 1.7.1.9 de la Resolución 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores, sobre la determinación del precio de mercado para las inversiones de renta variable para las acciones de alta bursatilidad, media bursatilidad, baja y mínima bursatilidad, así como sobre la contabilización de las inversiones negociables. Que, también está la fotocopia de la Carta Circular Externa No. 15 del 12 de diciembre de 2001 de la Superintendencia de Valores, según la cual, las acciones de la Clínica de Marly S.A. son de baja bursatilidad.

Agregó que según el certificado del 20 de diciembre de 2001, expedido por la Jefe de Contabilidad de la Clínica de Marly, se encuentra probado que “al 30 de noviembre de 2001”, el valor intrínseco de la acción era de \$ 2.622,47 y que el valor intrínseco con valorización era de \$ 5.067,47. Que, por consiguiente, es evidente que para establecer el valor de la donación de las acciones se tomó el valor intrínseco con valorización, a pesar de que el valor de compra de dichas acciones, que de acuerdo con el auxiliar contable se efectuó el 21 de diciembre de 2001, corresponde a su valor intrínseco sin valorización, inclusive menor al certificado en esa oportunidad por el emisor.

8. Reiteró que de conformidad con el artículo 90 E.T., constituye renta bruta la enajenación a título de donación de las acciones, la diferencia entre el valor de la donación (\$ 369.925.310) y el costo de los activos en cuantía de \$ 74.281.460, es decir, \$ 295.643.850, producto de la valorización de las acciones.

9. En relación con la **pérdida en la venta de TES y bonos de solidaridad para la paz**, reiteró que la pérdida en la venta de TES y de bonos no era deducible por cuanto dicha operación no se ajustó a los presupuestos del artículo 148 E.T., específicamente en cuanto a que los TES y los bonos no eran bienes usados en el negocio o actividad productora de renta.

10. Agregó que el hecho de considerar que los excedentes de tesorería de una sociedad, por el hecho de ser invertidos en títulos valores negociables en bolsa y sujetos a las contingencias del mercado, son “bienes usados en el negocio o actividad productora de renta de la sociedad”, “*riñe con la lógica*”, por cuanto el giro ordinario de PROTABACO S.A. no es la inversión en títulos valores.

11. Afirmó que si no procede la deducción del artículo 148 E.T., mucho menos procede por las reglas generales de las deducciones establecidas en el artículo 107 E.T. Que se debe tener en cuenta, agregó, que la inversión en TES y bonos no era expensa necesaria para la producción de la renta de la demandante y tampoco tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta.

12. Recordó que el artículo 90 E.T. establece la forma de determinar la utilidad o la pérdida originada en la enajenación de activos de una sociedad a cualquier título, y que no se aplica para deducir las pérdidas de los activos usados en el negocio o actividad productora de renta. Que, no era acertado sostener que por ser inversiones transitorias poseídas por menos de un mes eran activos movibles.

3. Por último, en cuanto a la **sanción por inexactitud**, la DIAN dijo que es evidente que existió la omisión de una renta bruta, toda vez que la diferencia entre el valor de compra y el de enajenación de las acciones (valorización) al momento

de ser donadas, no fue contabilizado ni declarado por el contribuyente. Que en cuanto a la venta de TES, se incluyó una deducción improcedente, porque no tenía tal carácter. Que estas circunstancias derivaron en un menor impuesto a pagar, razón por la que se configuran los presupuestos del artículo 647 E.T.

### **C) LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Frente a la glosa relacionada con la adición de ingresos, el Tribunal aclaró que el concepto “enajenar” implica “pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derechos sobre ello”. Y, que conforme con el artículo 765 del C.C., la donación es *“un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.”*

2. Dijo que conforme con las anteriores definiciones, sí es aplicable el artículo 90 del E.T. para el caso de las enajenaciones a título de donación, pues el contenido de la misma alude a la enajenación, sin que ésta pueda ser entendida necesariamente como venta, pues la norma es precisa al establecer que la enajenación puede ser a cualquier título.

3. Precisó que en concordancia con el artículo 26 E.T., el valor de \$ 369.925.310 (precio de la enajenación de las acciones) tuvo que ser contabilizado por la demandante para determinar la renta bruta del período, ya que enajenó sus activos (acciones) por un valor superior al costo (generado por la valorización de las mismas), lo que ocasionó una diferencia entre aquél y el valor de la donación que constituye renta bruta, tal y como lo señala el artículo 90 ib.

4. En cuanto a la aplicación del artículo 36-1 E.T. (Utilidad en la enajenación de acciones), teniendo en cuenta que la donación no genera utilidad para el donante, consideró que no es procedente predicar su aplicación al caso, pues el mayor valor que determinó la DIAN en los actos acusados no es el resultado de la utilidad en la enajenación de acciones, sino de la valorización de las mismas, que se constituye renta bruta.

5. Encontró procedente la adición de ingresos en cuantía de \$ 295.644.000, porque si se reconoce el descuento por donación, es “lógico” que deba tenerse en cuenta el valor de la donación y su diferencia con el costo de los activos, para efectos de determinar la renta bruta.

6. Frente al reconocimiento de la pérdida generada en la venta de TES y Bonos de Solidaridad para la Paz, puso de presente que la demandante incluyó la pérdida en la venta de TES y Bonos de Paz, por valor de \$ 124.690.000, en el renglón No. 47 “Otras deducciones” de la declaración privada del impuesto de renta del año gravable 2001. De modo que sí se trata de la aplicación de una deducción.

7. El Tribunal explicó que tanto los TES como los bonos de solidaridad para la paz son activos que al momento de su adquisición entran a hacer parte del patrimonio de quien los posee. Que para que proceda la deducción que plantea la sociedad era necesario que la pérdida hubiera ocurrido por fuerza mayor o caso fortuito, aspecto que no se demostró en el proceso.

8. Entendió el a quo que si hubo menor valor por concepto de la venta de los activos (títulos y bonos), esta circunstancia se hace presente en el momento en

que se hace la depuración de la renta prevista en el artículo 26 E.T., razón que refuerza la improcedencia de la deducción.

9. Finalmente, frente a la sanción por inexactitud, estableció que la demandante liquidó el impuesto de renta con una tarifa inferior a la que le correspondía, al no tener en cuenta el valor de la donación realizada y al deducir gastos no consagrados en la ley como deducibles. Y, que estos presupuestos son suficientes para imponer la sanción del artículo 647 E.T. Consideró que no existió diferencia de criterios entre las partes en relación con las normas que regulan el asunto.

#### **D) RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la sociedad demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal, con el fin de que se revoque y se concedan las pretensiones de la demanda. Para el efecto precisó:

##### **1. La donación de acciones**

- Compartió la conclusión del a quo en el sentido de que para el donante la donación de acciones no genera utilidad.

- Indicó que la transferencia gratuita de las 73.000 acciones de la Clínica de Marly S.A., a título de donación de PROTABACO a la Universidad de los Andes, sólo puede comportar aumento patrimonial para quien recibe las acciones.

- Dijo que no pretende desconocer la potestad de la DIAN para revisar el precio de las enajenaciones conforme con el artículo 90 E.T., sino que está en desacuerdo con la utilización de dicha norma para imputar renta gravable a la persona donante.

- Rechazó la afirmación de que al efectuarse la enajenación de acciones el donante realiza o capta la valorización obtenida con dicha operación. Dijo que la valorización es un concepto ligado a la posesión de un activo no enajenado, al punto de que si el bien se transfiere gratuitamente a un tercero, la valorización pasa a manos del donatario, que en el caso es la Universidad de los Andes.

- Añadió que la valorización en materia de inversiones presupone que la utilidad potencial se ha realizado. Reiteró que la donación no tiene potencialidad de incrementar el patrimonio del donante, ni siquiera por vía de la valorización.

- Agregó que la referencia en la escritura pública al valor de la donación no corresponde a la fijación de un precio a favor del donante y no entraña la realización de una renta gravable o aumento de su patrimonio. Este valor, indicó, sirve únicamente de base para determinar si la donación se sujeta legalmente a la insinuación.

##### **2. Las ventas de títulos-valores de deuda pública**

- Consideró un “contrasentido” el hecho de que el Tribunal a quo haya analizado el artículo 90 E.T. para el caso de la enajenación de acciones y la haya ignorado frente al rechazo de la deducción por pérdida en la venta de títulos.

- Dijo que pese a la recurrencia del a quo en emplear la expresión “deducción”, la demanda lo que planteó fue el reconocimiento del costo de adquisición de los TES y de los Bonos de Paz. No obstante, dijo, el Tribunal se explayó en analizar el

artículo 107 E.T., referente a la regla general de reconocimiento de las deducciones.

- Indicó que *“La Administración, (...), no transitó por este artículo 107 del Estatuto Tributario, y se limitó en el requerimiento especial previo a invocar el artículo 148 del Estatuto Tributario. Como la sentencia de primera instancia pasa tangencialmente por este último artículo, y busca razonar de manera distinta, vemos con preocupación que el derecho de defensa y de contradicción ha salido lesionado.”*

- Puso de presente que en la declaración de renta que se discute, PROTABACO incurrió en el error de mostrar el valor neto de la operación de compra y venta de los títulos (pérdida), cuando la fórmula de depuración del artículo 26 del E.T. demanda que separadamente se presenten los ingresos netos y luego se detraigan los costos incurridos para determinar la renta bruta.

- Afirmó que cuando la renta líquida resulta negativa, nacen las llamadas pérdidas fiscales del artículo 147 E.T., las que confieren el derecho a su compensación en ejercicios posteriores. Que, en consecuencia, no resulta cierta la afirmación del a quo en el sentido que las pérdidas en ventas de títulos no encajan en alguno de los artículos del E.T.

- Añadió que el hecho de no mostrar los ingresos y costos en las casillas correspondientes del formulario del año gravable 2001 no significa que la DIAN o el Tribunal puedan desconocer este costo en la liquidación oficial, porque el precio de compra de los títulos de deuda pública no se gobierna por la regla del artículo 107, sino por las reglas de los artículos 58, 66 (num1 ) y 90 del E.T.

- Preciso que en el caso de la compra y venta de inversiones no hay lugar a exigir la acreditación de la fuerza mayor o de caso fortuito, como lo consideró el a quo, toda vez que los títulos de deuda pública son emitidos por el Gobierno para restringir el circulante del sector real. Dijo que la compra y venta de TES o Bonos de Paz no se hacen por fuerza mayor o caso fortuito. Que, por lo tanto, resulta ilógico que el Tribunal exija demostrar la ocurrencia de un fenómeno de la naturaleza u orden de autoridad competente para justificar este tipo de movimientos en las inversiones.

- Manifestó que las pérdidas del artículo 148 E.T. no se refiere a las pérdidas originadas en la enajenación de inversiones, sino a las pérdidas fiscales o extravío de activos fijos usados en la actividad productora de renta por inundaciones, expropiación por equidad u otras calamidades; situación completamente distinta a la del punto discutido.

- Agregó que los artículos 147 y siguientes del E.T. contienen disposiciones permisivas y prohibitivas, pero ninguna de ellas sirve de base para rechazar el costo de adquisición de los TES o de los Bonos de Paz dentro de la fórmula de depuración del artículo 26 E.T., en concordancia con el artículo 90 del mismo ordenamiento.

- Por último, dijo que la sanción por inexactitud es improcedente porque el propio Tribunal reconoció que los costos de adquisición de los TES y de los Bonos de Paz fueron superiores a los precios de venta, y aunque formalmente se incurrió en el error de no revelar separadamente las ventas y las compras según la metodología del artículo 26 ib, ello no significa que la base gravable denunciada deba modificarse.

## **E) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**PROTABACO S.A.** presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos de la demanda y del recurso de apelación.

La **U.A.E. DIAN** alegó de conclusión, reiterando los argumentos de la contestación de la demanda.

## **2. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **Cuestión preliminar**

Previo a decidir de fondo, la Sala observa que la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez manifiesta estar impedida para conocer del proceso de la referencia, por configurarse la causal prevista en el numeral 5 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala declarará fundado el impedimento formulado y por las razones que pasan a exponerse:

La causal de impedimento invocada en el presente asunto es la prevista en el artículo 150 5 C.P.C., que a la letra dice:

**“Artículo 150.-** Son causales de recusación la siguientes:

*5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.”*

Conforme con dicha causal, se configura impedimento o recusación cuando una de las partes del proceso funge como representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho de que la doctora Amparo Merizalde Martínez, que en la actualidad tiene la calidad de Magistrada Auxiliar del despacho de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, actuó en el proceso como apoderada judicial de la DIAN.

Es un hecho cierto no discutido que la doctora Merizalde en este momento es dependiente de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, porque fue nombrada como Magistrada Auxiliar.

Tampoco se discute que en este asunto las partes del proceso son la Productora Tabacalera de Colombia S.A. PROTABACO (demandante) y la U.A.E. DIAN (demandada).

Está probado que el Subdirector de Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN le confirió poder a la doctora Amparo Merizalde Martínez, para que representara a la Nación, U.A.E. DIAN en el asunto de la referencia. En virtud del poder conferido, la doctora Merizalde Martínez presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, así en ésta instancia aún no haya sido reconocida como apoderada judicial de dicha entidad.

En consecuencia, como la doctora Amparo Merizalde que ahora se desempeña como Magistrada Auxiliar de esta Corporación, actuó en representación de la DIAN, se configura la causal de impedimento en cuestión.<sup>3</sup>

#### **Asunto de fondo.**

En esta oportunidad le corresponde a la Sala decidir sobre la solicitud de nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642004000079 del 23 de julio de 2004 y de la Resolución número 310662005000010 del 15 de marzo de 2005, proferidas por la División de Liquidación y la División Jurídica Tributaria de la Administración Especial de los Grandes Contribuyentes de Bogotá, respectivamente.

De acuerdo con las pretensiones de la demanda y con los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala establecerá las siguientes situaciones: i) si es procedente la adición de ingresos originados en la donación de ciertas acciones, conforme con el artículo 90 E.T.; ii) Si es deducible del impuesto sobre la renta la pérdida originada en la venta de inversiones TES y Bonos de Paz y, iii) Si es procedente la sanción por inexactitud impuesta en los actos acusados.

#### **1. ADICIÓN DE INGRESOS EN CUANTÍA DE \$ 295.644.000**

Conforme con lo alegado por las partes y, concretamente, en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala decidir si la donación de ciertas acciones que hizo la parte actora (PROTABACO) a favor de la Universidad de los Andes, genera o no renta gravable en cabeza de aquella, en los términos del artículo 90 del E.T.

En el presente caso no se discute ni el procedimiento que la parte actora utilizó para establecer el precio de la donación de las acciones ni el precio de mercado que finalmente les asignó, pues es un hecho probado que no se discute que la parte actora donó 73.000 acciones a la Universidad de los Andes, por un valor intrínseco de cada acción de \$5.067.47, para un total de \$369.925.310<sup>4</sup>.

Lo que se discute es si la DIAN interpretó de manera errónea y, por lo tanto, aplicó de manera indebida, el artículo 90 del E.T. en cuanto consideró que la donación de activos es un acto de enajenación y, por lo tanto, la transferencia de dominio, conforme con esa fórmula jurídica, puede generar renta bruta o pérdida.

Para la parte actora, la donación no está regulada en el artículo 90 del E.T., por cuanto, puso de presente que la donación es un acto jurídico que se hace a título gratuito y, por tanto, a lo sumo, ese acto comporta un decremento patrimonial para quien dona el activo y un incremento patrimonial para quien las recibe.

La Sala considera que le asiste razón a la DIAN por las siguientes razones:

---

<sup>3</sup> La Sala reitera, entre otros, el auto del 19 de agosto de 2010. Proferido dentro del contencioso de nulidad iniciado por la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA LTDA, en contra de la U.A.E. DIAN, Expediente 760012331000200405315 01 (17243).

<sup>4</sup> Fls. 909 y 910 c.a.

Conforme con el artículo 261 del E.T., el patrimonio de los contribuyentes está constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable.

El valor de los bienes o derechos apreciables en dinero, al tenor del artículo 267 del E.T. está constituido por su precio de costo. Tratándose de acciones, el artículo 272 del E.T. establece que deben ser declaradas por su costo fiscal y para los contribuyentes obligados a utilizar sistemas especiales de valorización de inversiones, el valor patrimonial será el que resulte de la aplicación de tales mecanismos de valoración.

Ahora bien, el artículo 90 del E.T. dispone lo siguiente:

**“Artículo 90. Determinación de la renta bruta en la enajenación. La renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título está constituida por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo del activo o activos enajenados.**

(...)

*El precio de la enajenación es el valor comercial realizado en dinero o en especie. (...)*”

Cuando la norma transcrita alude a la enajenación, se refiere a la acción de “Pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello.”<sup>5</sup>. Y cuando señala que esa enajenación puede hacerse a cualquier título, es evidente que la norma no excluye ningún negocio jurídico que tenga la connotación de transmitir el dominio de los activos.

La donación entre vivos, de conformidad con el artículo 1443 del C.C. “(...) es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”

En esa medida la donación implica “enajenar” y, por lo tanto, está regulada por el artículo 90 del E.T.

Ahora bien, como la donación se hace a título gratuito, los beneficios fiscales que regula el Estatuto Tributario son los que justifican que esa donación pueda arrojar una renta bruta o una pérdida. Por el hecho de que tales beneficios fiscales existen, el legislador reguló las modalidades de la donación y la forma en que se estima el precio de mercado de los títulos valores objeto de donación. Esa regulación le permite a la DIAN ejercer el control sobre el patrimonio del contribuyente y los beneficios fiscales derivados, precisamente, de la enajenación de los activos que conforman ese patrimonio.

En esa medida, cuando el artículo 125-2 del E.T. dispone que “**Cuando se donen títulos valores, se estimarán a precios de mercado de acuerdo con el procedimiento establecido por la Superintendencia de Valores. (...)**”<sup>6</sup> se hace para efectos de controlar la base sobre la cual, los contribuyentes invocan el

---

<sup>5</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>6</sup> Se reitera que para el año en que se hizo la donación (2001), regía la Resolución 1200 de 1995 que prescribía que las acciones de baja y mínima bursatilidad se valoran de acuerdo con las siguientes reglas:

3.1. Valor intrínseco de acuerdo con la última información divulgada por el emisor, o (...)

beneficio de la deducción por donaciones (artículo 125 E.T<sup>7</sup>) o el beneficio del descuento por donaciones (artículo 249<sup>8</sup> del E.T. vigente para la época de ocurrencia de los hechos).

<sup>7</sup> **ARTICULO 125. DEDUCCIÓN POR DONACIONES.** <Artículo subrogado por el artículo 31 de la Ley 488 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Los contribuyentes del impuesto de renta que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios dentro del país, tienen derecho a deducir de la renta el valor de las donaciones efectuadas, durante el año o período gravable, a:

1. Las entidades señaladas en el artículo 22, y

2. Las asociaciones, corporaciones y fundaciones, sin ánimo de lucro, cuyo objeto social y actividad correspondan al desarrollo de la salud, la educación, la cultura, la religión, el deporte, la investigación científica y tecnológica, la ecología y protección ambiental, la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y el acceso a la justicia o de programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general.

El valor a deducir por este concepto, en ningún caso podrá ser superior al treinta por ciento (30%) de la renta líquida del contribuyente, determinada antes de restar el valor de la donación. Esta limitación no será aplicable en el caso de las donaciones que se efectúen a los fondos mixtos de promoción de la cultura, el deporte y las artes que se creen en los niveles departamental, municipal y distrital, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- para el cumplimiento de sus programas del servicio al menor y a la familia, ni en el caso de las donaciones a las instituciones de educación superior, centros de investigación y de altos estudios para financiar programas de investigación en innovaciones científicas, tecnológicas, de ciencias sociales y mejoramiento de la productividad, previa aprobación de estos programas por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

**PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 40 de la Ley 1379 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Incentivo a la donación del sector privado en la Red Nacional de Bibliotecas Públicas y Biblioteca Nacional, las personas jurídicas obligadas al pago del impuesto sobre la renta por el ejercicio de cualquier tipo de actividad, que realicen donaciones de dinero para la construcción, dotación o mantenimiento de bibliotecas de la Red Nacional de Bibliotecas Públicas y de la Biblioteca Nacional también tendrán derecho a deducir el ciento por ciento (100%) del valor real donado para efectos de calcular el impuesto sobre la renta a su cargo correspondiente al período gravable en que se realice la donación.

Este incentivo solo será aplicable, previa verificación del valor de la donación y aprobación del Ministerio de Cultura. En el caso de las bibliotecas públicas municipales, distritales o departamentales se requerirá la previa aprobación del Ministerio de Cultura y de la autoridad territorial correspondiente.

Para los efectos anteriores, se constituirá un fondo cuenta sin personería jurídica, al que ingresarán los recursos materia de estas donaciones. Dicho fondo será administrado por el Ministerio de Cultura mediante un encargo fiduciario, y no requerirá situación de fondos en materia presupuestal.

En caso de que el donante defina la destinación de la donación, si se acepta por el Ministerio de Cultura de conformidad con las políticas y reglamentaciones establecidas en materia de bibliotecas públicas, tal destinación será inmodificable.

Estas donaciones darán derecho a un Certificado de Donación Bibliotecaria que será un título valor a la orden transferible por el donante y el cual se emitirá por el Ministerio de Cultura sobre el año en que efectivamente se haga la donación. El monto del incentivo podrá amortizarse en un término de cinco (5) años desde la fecha de la donación. Igual beneficio tendrán los donantes de acervos bibliotecarios, recursos informáticos y en general recursos bibliotecarios, previo avalúo de los respectivos bienes, según reglamentación del Ministerio de Cultura.

Para los efectos previstos en este parágrafo podrán acordarse con el respectivo donante, modalidades de divulgación pública de su participación.

<sup>8</sup> **ARTÍCULO 249. DESCUENTO POR DONACIONES.** Modificado por la Ley 633 de 2000. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta podrán descontar del impuesto sobre la renta y complementarios a su cargo, el sesenta por ciento (60%) de las donaciones que hayan efectuado durante el año gravable a las instituciones de educación superior estatales u oficiales y privadas, reconocidas por el Ministro de Educación Nacional, que sean entidades sin ánimo de lucro y que en un proceso voluntario hayan sido acreditadas u obtenido acreditación de uno o varios programas.

Con los recursos obtenidos de tales donaciones las instituciones de educación superior podrán:

a) Constituir un Fondo Patrimonial, cuyos rendimientos se destinen a financiar las matrículas de estudiantes de bajos ingresos, cuyos padres demuestren que no tienen ingresos superiores a cuatro (4) salarios mínimos mensuales vigentes, o

b) Destinarlos a proyectos de mejoramiento educativo de la institución acreditada o de sus programas académicos acreditados de manera voluntaria. En este último caso la institución deberá demostrar que la donación se destinó al programa o programas acreditados.

El gobierno reglamentará los procedimientos para el seguimiento y control de tales donaciones.

Este descuento no podrá exceder del treinta por ciento (30%) del impuesto básico de renta y complementarios del respectivo año gravable.

Los donantes no podrán tener participación en las entidades sujetas de la donación.

**PARÁGRAFO 1o.** Los contribuyentes podrán descontar sobre el impuesto a la renta el sesenta por ciento (60%) de las donaciones que hayan efectuado durante el año gravable a asociaciones, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro

Fíjese que en el primer caso, el contribuyente aminora la renta y, en el segundo, aminora el impuesto, y esa detracción, por supuesto, incrementa el patrimonio en la medida en que sea por la deducción o por el descuento, el beneficio fiscal que resulta para los contribuyentes se traduce en el menor pago de impuestos y, por ende, en el menor flujo de egresos para el pago de tales impuestos.

En esa medida, a los contribuyentes del impuesto sobre la renta les corresponde hacer un uso adecuado de los beneficios fiscales y, para el efecto, las formas jurídicas que establecen estatutos distintos al Tributario, se deben aplicar de forma adecuada de tal manera que no se aprovechen para hacer prácticas elusivas que den lugar a liquidar un pagar un menor valor por concepto de impuestos.

La Sala evidencia, en el caso concreto, que la demandante contabilizó las acciones que donó, por el valor de adquisición (\$74.281.460), en la cuenta 120535 "Inversiones en acciones comercio al por mayor y al por menor" y, al momento de la donación, disminuyó el mismo valor de la cuenta 12053501 y registró un gasto en la cuenta 539525, no obstante que en la escritura de donación, las acciones se donaron por un valor de \$369.925.310.

Al momento de hacer el denuncia rentístico, hizo efectivo el beneficio fiscal del descuento por donación (artículo 249 E.T), descuento que, como se recordará equivale al 60% de la donación.

En el entendido de que la donación se contabilizó por un valor de \$74.281.460, lo propio era que descontara del impuesto, el 60% de ese valor. Sin embargo, lo que hizo la parte actora fue descontar el 60% del \$369.925.310, para un total de \$221.955.000.

La DIAN no cuestionó ese descuento, habida cuenta de que de conformidad con el artículo 249 del E.T. el descuento es procedente, en el entendido que la donación se hizo a una institución de educación superior como lo demanda esa norma. Las partes tampoco discutieron si los \$369.925.310 equivalían al valor intrínseco de las acciones, como lo exigían el artículo 125-2 del E.T. La DIAN cuestionó los ingresos, porque la parte actora se benefició de la valorización que hizo de las acciones al momento de efectuar la donación<sup>9</sup>.

---

que destinen de manera exclusiva los recursos de dicha donación a la construcción, adecuación o dotación de escuelas u hospitales, que se encuentren incluidos dentro de los sistemas nacionales, departamentales o municipales de educación o de salud.

PARÁGRAFO 2o. Para que proceda el reconocimiento del descuento por donaciones, se requiere una certificación de la entidad donataria, firmada por el revisor fiscal o contador, en donde conste la forma, el monto y la destinación de la donación, así como el cumplimiento de las condiciones señaladas en los artículos 125-1 y 125-2 de este estatuto.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El requisito de la acreditación de las Instituciones de Educación Superior o de la acreditación voluntaria de uno o varios de sus programas, como condición para acceder al descuento por donaciones de que trata el presente artículo, comenzará a regir a partir del 1o. de enero del año 2002.

<sup>9</sup> Sobre el particular, mediante sentencia del 23 de junio de 2011, M. P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Expediente 76001-23-31-000-2007-01320-01 (17932) en un asunto análogo al que ahora se analiza, la Sala precisó que en casos análogos como el que ahora se resuelve, debían diferenciarse dos situaciones:

1. El valor que debe calcularse para solicitar el descuento previsto en el artículo 249 E.T., y
2. La determinación de la utilidad que pudo obtener la demandante al donar las acciones, esto es, por la diferencia entre el costo de adquisición y el costo de donación

En esa medida, siendo la donación un acto de enajenación del que se puede derivar una renta bruta o una pérdida, y si la renta o pérdida equivale a la diferencia entre el precio de la enajenación de las acciones que, en el caso concreto ascendió a \$369.925.310 y el costo del activo o activos enajenados, que en el caso concreto ascendió a \$74.281.460, la DIAN interpretó y aplicó debidamente el artículo 90 del E.T., cuando decidió adicionar los ingresos de la parte actora en \$295.644.000.

Por lo tanto, no prospera el cargo de apelación.

## **2. PÉRDIDAS ORIGINADAS EN LA VENTA DE INVERSIONES TES POR \$124.690.000**

PROTABACO S.A. consideró que los actos son nulos porque rechazaron la deducción por pérdidas originadas en la venta de TES y Bonos de Paz con fundamento en los artículos 148 y 107 del E.T. Puso de presente que por equivocación la sociedad reportó en el renglón 47 CX "Otras deducciones" la pérdida neta en venta de títulos TES, cuando ha debido registrar el precio de venta en los renglones de ingreso y solicitar el reconocimiento del costo respectivo, sin hablar de deducibilidad.

Así mismo, la demandante solicitó *"que el renglón 23 IL de la liquidación sea adicionado con el valor de venta de esos TES y Bonos, cuyo monto total asciende a la suma de \$ 3.057.812.346, y su vez (sic), se está solicitando que el costo de compra sea reconocido en el renglón 35 CB de esa misma liquidación, y que por el contrario, en cuanto a este cargo concierne, quede en firme el renglón 49 GJ de la liquidación oficial."*

Por su parte, la DIAN, después de establecer que la actora solicitó deducciones por concepto de pérdida en la venta de bonos de solidaridad de paz y títulos TES por \$124.690.000, concluyó que dicho concepto no era deducible por no reunir los presupuestos previstos en los artículos 107 y 148 del E.T.

La Sala considera que el cargo no prospera por las siguientes razones:

Es un hecho no discutido que en el mes de junio de 2001, la demandante adquirió TES por valor de \$ 2.086.900.000, que al ser vendidos en el mismo mes por \$2.040.740.000, originó una pérdida neta de \$ 46.160.000. Así mismo, que en el mes de diciembre de 2001 compró TES por valor de \$ 632.805.000, que al ser vendidos por \$550.895.000 generó una pérdida neta de \$ 78.530.000.

También es un hecho no discutido que la sociedad solicitó las anteriores pérdidas como deducibles en el renglón 47 CX "Otras deducciones", de la declaración del impuesto de renta del año gravable 2001, y que estas pérdidas corresponden al saldo de la cuenta PUC 531005 "Pérdida en venta de inversiones".

De igual forma, es un hecho cierto que la DIAN no discutió la existencia de las pérdidas, sino sólo su procedencia como deducción. Por lo tanto, la discusión giró en torno a la interpretación los artículos 107 y 148 del E.T.

---

En relación con el primero, dijo la Sala, no se puede hacer referencia al costo fiscal porque para determinar el valor del descuento por donación debe tomarse el valor de las acciones de acuerdo con lo señalado por las normas que regulan la determinación del precio de las acciones. Sobre el segundo, no lo analizó porque no fue objeto de glosa.

Conforme con el artículo 107 del E.T. son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad. La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.

Las expensas necesarias corresponden a los gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta, de manera que sin tales gastos no se puede obtener la renta. Son indispensables aunque no sean permanentes sino esporádicos. Como lo exige la norma, lo esencial es que el gasto sea "*normalmente acostumbrado en cada actividad*", lo que excluye que se trate de gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos, o meramente útiles o convenientes.

Por su parte, la relación de causalidad significa que los gastos, 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. Esa relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que desarrolla (el objeto social principal o secundario), que es el que le produce la renta, de manera que sin aquella no es posible obtenerla<sup>10</sup>.

Y, en cuanto a la proporcionalidad del gasto, ésta atiende a la magnitud que las erogaciones representan dentro del total de la renta bruta (utilidad bruta) la cual, debe medirse y analizarse en cada caso, de conformidad con la actividad económica que se lleve a cabo, según la costumbre comercial para ese sector, de tal manera que el rigor normativo cede ante los gastos reiterados, uniformes y comunes que se realicen, sin perjuicio de la causalidad y necesidad que también deben concurrir<sup>11</sup>.

Ahora bien, con respecto a la deducción por pérdidas de activos, reguladas en el artículo 148 del E.T., son deducibles las pérdidas sufridas durante el año o período gravable, concernientes a los bienes usados en el negocio o actividad productora de renta, ocurridas por fuerza mayor; es decir, pérdidas de activos vinculados con el desarrollo de las actividades productoras de renta.

Sin embargo, esta Sala ha aclarado que la procedencia de esta deducción sólo recae sobre los activos fijos o sobre los bienes usados en el negocio con carácter de permanencia.<sup>12</sup>

En el caso en examen, la DIAN estableció que el valor de \$ 124.690.000, correspondiente a las pérdidas originadas en la venta de TES durante el año gravable 2001 no era deducible por no probarse la fuerza mayor del artículo 148 E.T. o los requisitos de necesidad, causalidad y proporcionalidad del artículo 107 del mismo ordenamiento.

---

<sup>10</sup> Entre otras, ver sentencias de 25 de septiembre de 1998, exp. 9018, C.P. Delio Gómez Leyva; de 13 de octubre de 2005, exp. 13631, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; de 2 de agosto de 2006, exp. 14549, C.P. Ligia López Díaz; de 12 de diciembre de 2007, exp. 15856, C.P. María Inés Ortiz Barbosa; de 24 de julio de 2008, exp. 16302, C.P. Ligia López Díaz y de 1 de octubre de 2009, exp -16286 C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>11</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2009, exp 16286. C.P. doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>12</sup> Sentencia del 10 de junio de 2010, expediente 16599, CP. William Giraldo Giraldo.

La demandante admitió que *“el hecho de no mostrar los ingresos y costos en el lugar correspondiente del formulario del año gravable 2001, no significa que la Administración o el juzgado pueda desconocer ese costo en la liquidación oficial de la renta, porque el precio de compra de los títulos de deuda pública no se gobierna por la regla del artículo 107 del Estatuto Tributario, sino por las reglas de los artículos 58, 66 (num 1) y 90, ibídem, (...)”*.

En ese orden la Sala considera que la demandante solicitó de manera inoportuna el reconocimiento del costo de compra de los títulos de deuda pública que vendió en la liquidación oficial cuestionada.

Si bien es cierto que PROTABACO admitió incurrir en error al mostrar el valor neto de la operación de compra y venta de los títulos como una pérdida, tal equivocación no resultó suficiente para desvirtuar las glosas efectuadas por la DIAN, que fueron debidamente soportadas en la contabilidad de la empresa, la cual mostró que dicha pérdida se había registrado en la cuenta de gastos PUC 531005 “Pérdida en venta de inversiones”.

En efecto, si la demandante consideró que en la declaración privada debió mostrarse el valor de los ingresos obtenidos por la venta de los títulos, menos los costos de adquisición, debió acudir a los mecanismos que la ley señala para corregir tal situación en su denuncia fiscal, y no pretender en esta instancia justificar su error a partir del análisis de las normas que gobiernan la deducibilidad de pérdidas fiscales en materia de impuesto de renta, para finalmente concluir que ninguna de ellas servía de base para rechazar el costo de adquisición de los TES, aspecto que nunca fue discutido por la DIAN.

No debe perderse de vista que conforme con el artículo 746 del E.T. se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas o requerimientos administrativos, siempre y cuando sobre tales hechos no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija. Y, que habida cuenta de esta presunción de veracidad, la carga de la prueba del contribuyente opera inmediatamente se solicita la comprobación especial por iniciativa de la autoridad tributaria o por autoridad de la ley.

Como la demandante no logró desvirtuar que el valor que registró como pérdida por la venta de TES no era una deducción en los términos de los artículos 148 y 107 E.T., sino que, por el contrario, trató de justificar dicha omisión en un error en la información consignada en la declaración, la Sala no hará un análisis al respecto, pues, además de lo anterior, la misma demandante consideró *“innecesario entrar a verificar el cumplimiento de los presupuestos del artículos 107 del E.T.”*

En consecuencia el cargo no prospera y se confirma lo decidido por el a quo.

### **3. SANCIÓN POR INEXACTITUD**

En atención a todo lo expuesto, la sanción por inexactitud resulta procedente en virtud de que la parte actora omitió incluir ingresos por \$ 295.644.000, incluyó deducciones improcedentes por pérdidas en la venta de TES por valor de \$ 124.690.000, omisiones e inclusiones que originaron un menor valor

a pagar por impuesto de renta en el año gravable 2001, presupuesto suficiente para su imposición en los términos del artículo 647 del E.T.

En consecuencia, y habiendo quórum para decidir, se confirma la sentencia.

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,

### **F A L L A**

**CONFÍRMASE** la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", que negó las pretensiones de la demanda, dentro del contencioso de nulidad promovido por Productora Tabacalera de Colombia S.A. PROTABACO S.A., contra la DIAN.

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

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidente

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO**