

PERDIDAS EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO – Clasificación / PERDIDA OPERACIONAL – Definición. Se detrae de la renta líquida / PERDIDA ORIGINADA EN LA ENAJENACION DE BONOS – No es deducible por expresa disposición legal

Es necesario indicar que el ordenamiento tributario contiene diferentes clases de pérdidas cada una con consecuencias fiscales propias, por lo que la Sala las ha clasificado así: 1. Las pérdidas operacionales son las que 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. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los periodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 E.T. 2. Las pérdidas de capital son las que se producen sobre activos fijos que sean bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por una fuerza mayor durante el año o periodo gravable, según lo dispuesto en el artículo 148 E.T., y 3. La pérdida en la enajenación de activos, que se presenta 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 E.T. Para este fin, deben excluirse del costo fiscal, los ajustes a que se refieren los artículos 73, 90-2 y 868 E.T. Así mismo, deben atenderse los límites consagrados en los artículos 149 y siguientes del E.T. De acuerdo con la anterior clasificación, la Sala observa que la demandante ubica la pérdida sufrida en la enajenación de bonos efectuada en el año gravable 1997, como una pérdida operacional, que es la que puede solicitarse como deducción conforme al artículo 147 E.T. La Sala advierte que, como lo señaló la Administración en el acto acusado, la pérdida solicitada por la demandante no corresponde al concepto de pérdida operacional, esto es, a un resultado del ejercicio en el que los costos y gastos de la actividad productora de renta fueron mayores frente a los ingresos percibidos. En este caso, la actora pretende restar de los ingresos percibidos en el año una pérdida y no costo o gasto alguno. La pérdida operacional no se detrae de los ingresos, sino de la renta líquida de los años siguientes, pues, se trata de un resultado del ejercicio, conforme al artículo 147 del Estatuto Tributario. La pérdida que pudo sufrir la demandante en la negociación de los bonos, es decir, porque los vendió por menor precio del que pagó para adquirirlos, no es deducible por expresa disposición legal contenida en los artículos 154 y 155 E.T. En esas condiciones, no es necesario entrar a analizar el objeto social de la demandante ni la posibilidad que la actora tiene o no de realizar negociaciones con títulos valores, pues con ello no se desvirtúa el rechazo de la deducción, en cuanto a que simplemente, como se indicó, la pérdida en la venta de los bonos no tiene el tratamiento legal pretendido por la actora. En consecuencia, no son de recibo los argumentos expuestos por la demandante para demostrar la procedibilidad de la deducción por pérdida en la venta de bonos, por lo que, en este punto, se ajusta a derecho el acto demandado que rechazó la suma de \$129.201.000 incluidos en el renglón 72 "otras deducciones", teniendo en cuenta que la actora aceptó ante la Administración excluir del valor total rechazado (\$133.255.846), la suma de \$4.055.042.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 147 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 148

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D. C., primero (1º) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03276-01(17981)

Actor: SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 27 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa que modificó la declaración del impuesto de renta y complementarios del contribuyente por el año gravable 1997.

ANTECEDENTES

El 11 de abril de 2000, la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cali profirió auto de apertura 050632000002892, con el fin de verificar la exactitud de la renta exenta y el descuento tributario como beneficio de la Ley Páez solicitado por SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.¹

El 13 de abril de 2000, la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali profirió auto de inspección tributaria 05063200000040², diligencia de la que se levantó Acta el 17 de julio de 2000 y en la que se concluyó que la contribuyente solicitó como deducción una pérdida en venta de inversiones por valor de \$133.256.000, que no es deducible. Además, se propuso adicionar a la renta gravable la suma de \$100.000.000 solicitada como renta exenta por beneficio de la Ley Páez, porque forma parte de la inversión realizada en el año 1996 y le dio tratamientos diferentes³.

El 14 de julio de 2000, la División de Fiscalización Tributaria profirió Requerimiento Especial 050632000000057 en el que propuso la modificación de la declaración del impuesto de renta y complementarios de 1997, en los mismos valores señalados en la inspección tributaria, esto es, por la pérdida en la venta de inversiones y la renta exenta solicitada, ésta última por considerar que la sociedad fraccionó la inversión realizada en el año de 1996 al darle tratamiento como descuento tributario a una parte (\$200.000.000) en el mismo año de la inversión y, a la otra parte, como renta exenta en el año siguiente al de la inversión (\$100.000.000), es decir, en 1997. Además, liquidó sanción por inexactitud en la suma de \$130.623.000⁴.

¹ Fl. 1 c.a.

² Fl. 2 c.a.

³ Fls. 224 a 232 c.a.

⁴ Fls. 233 a 245 c.a.

El 13 de octubre de 2000, dentro del término legal, la contribuyente dio respuesta al requerimiento especial en la que aceptó parcialmente las glosas formuladas por la DIAN, por lo que corrigió la declaración de renta de 1997 para excluir la suma de \$4.055.042 de la deducción solicitada por la enajenación de bonos de seguridad social o bonos para la paz creados por la Ley 345 de 1996 y pagar respecto de ese valor la sanción por inexactitud reducida. En relación con las demás glosas expuso los argumentos en que fundamentó su desacuerdo con el requerimiento⁵.

El 28 de marzo de 2001, la Administración profirió la Liquidación Oficial de Revisión 050642001000023 en la que tuvo en cuenta la corrección de la declaración de renta del año gravable 1997, presentada con la respuesta al requerimiento especial, pero confirmó su decisión en relación con las demás glosas.

La contribuyente no interpuso recurso de reconsideración para acudir directamente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo 720 E.T.

LA DEMANDA

SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., por medio de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en la que pide que se anulen el Requerimiento Especial 050632000000057 y la Liquidación Oficial de Revisión 050642001000023 que modificaron la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios presentada para el año gravable de 1997.

Citó como normas violadas los artículos 95 [num. 9] y 363 de la Constitución Política; 35 del Código Contencioso Administrativo y 147, 683 y 742 del Estatuto Tributario.

Violación de los principios constitucionales del deber de contribuir y de la justicia y equidad tributaria.

La demandante señala que las pérdidas obtenidas en la enajenación de los bonos se circunscriben a pérdidas operacionales que son sujetas a deducción de acuerdo con la legislación tributaria vigente. Agrega que, dentro de su objeto social, está permitida la compra de venta de títulos valores y demás inversiones mobiliarias.

Las pérdidas que cuestiona la Administración por la enajenación de los diferentes títulos valores "bonos", se enmarcan dentro de lo denominado por la ley tributaria como pérdidas operacionales susceptibles de ser descontadas de la renta bruta del contribuyente dentro de los cinco años siguientes a su ocurrencia.

En este caso, las pérdidas que obtuvo la demandante durante el año gravable de 1997 se originaron por la venta o enajenación de algunas inversiones en títulos mobiliarios que la compañía había realizado en el año gravable 1997, fruto del exceso de gastos sobre ingresos. Esa clase de inversiones son perfectamente viables para la actora porque su objeto social se lo permite al indicar en uno de sus apartes: "*Endosar, protestar, aceptar, garantizar, avalar, descontar, otorgar y tener títulos valores y efectos de comercio*".

⁵ Fls. 246 a 268 c.a.

Además, es una práctica comercial que las compañías adquieran y enajenen títulos valores y que, del desarrollo de las operaciones, se produzca una pérdida o una utilidad que, en este caso, debe ser gravada o permitir su deducción si el resultado arroja pérdida, en aras de guardar la equidad tributaria por provenir de una pérdida operacional en la negociación de inversiones mobiliarias.

Las pérdidas objeto de discusión, originadas en la enajenación de los títulos Bonos en el año 1997 son:

TÍTULOS	PÉRDIDA
Bonos Inversora Colmena	48.064.831
Bonos Distrito	69.842.973
Bonos Rentamax	11.293.000
TOTAL	129.200.804
+ Pérdida Bonos (Aceptada)	4.055.042
TOTAL PÉRDIDA DISCUTIDA	\$133.255.846

Las pérdidas cuestionadas por la Administración se originan en títulos cuya deducibilidad está permitida por las normas tributarias, salvo la establecida en los bonos para la seguridad social cuyo rechazo se aceptó en la respuesta al requerimiento especial. El argumento de la demandada para controvertir la deducción de las pérdidas consiste en que éstos títulos hacen parte de los denominados por la ley como de financiamiento presupuestal y especial (arts. 154 y 155 E.T.) que es donde existe restricción legal.

Al respecto debe tenerse en cuenta, de una parte, el hecho de que la demandante dentro de su objeto social puede realizar esta clase de actividades tendientes a negociar títulos, por lo que, la pérdida obtenida en esa negociación es operacional susceptible de compensación o deducción, conforme con lo establecido en el artículo 147 E.T. Y de otra parte, que los ingresos por rendimientos financieros que originaron los títulos, fueron declarados por la demandante como gravados en el año de su ocurrencia, tal es el caso de los "Bonos Inversora Colmena" que en el año gravable 1996, arrojaron rendimientos financieros por la suma de \$78.300.000, entonces, no resulta procedente que las pérdidas originadas en la enajenación de éstos títulos no sean aceptadas por la Administración cuando no existe prohibición para su deducción.

La actora gravó con el impuesto de renta los rendimientos financieros que arrojaron los títulos mobiliarios, pero la Administración, con el fin de elevar su recaudo tributario, pretende desconocer la deducibilidad de las pérdidas solicitadas. En atención al principio de equidad tributaria si se admite el desconocimiento de la deducción, el Estado debería reintegrar a la demandante el valor de los impuestos que originaron los rendimientos financieros, en aras de un equilibrio económico entre las partes.

El tratamiento dado a las inversiones realizadas en el año 1996 está acorde con las disposiciones que regulan los beneficios para los inversionistas de la Zona del Río Páez. Era posible tratar como renta exenta la totalidad de una inversión realizada en una empresa beneficiaria de la Ley Páez en el año siguiente al de su realización.

Sostiene que la Ley 218 de 1995 (Ley Páez) consagra, en el artículo 5º, los beneficios que tienen los inversionistas de las empresas beneficiarias con dicha ley, de donde se infiere que el contribuyente inversionista podía optar por cualquiera de los siguientes beneficios: (i) Tomar el ciento por ciento (100%) de la inversión como descuento tributario en el mismo año de la inversión; (ii) Tomar el ciento por ciento (100%) de la inversión como deducción en el mismo año de la inversión y (iii) Tomar el ciento por ciento (100%) de la inversión como renta exenta en el año siguiente al de la inversión, siendo esta última la que utilizó la demandante.

Debe tenerse en cuenta que SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A, en el año gravable de 1996, realizó de manera efectiva dos inversiones en épocas diferentes y en empresas distintas pero beneficiarias de la Ley Páez por valor de \$300.000.000, así:

Fecha	Empresa	Valor de la Inversión	Tratamiento Tributario
23-XII-96	Propulsora S.A.	\$200.000.000	Descuento Tributario (1996)
28-XI-96	Constructora Enlace 21	\$100.000.000	Renta Exenta -1997
TOTAL		\$300.000.000	

La ley permite darle el tratamiento antes mencionado a las inversiones realizadas en empresas beneficiarias de la Ley Páez, siendo procedente que al tratarse de dos inversiones realizadas en épocas diferentes y en empresas igualmente distintas, una de ellas se pudiera tratar como descuento o deducción en el mismo año de la inversión y la otra inversión se pudiera llevar como renta exenta en el año siguiente, tal como ocurrió con la inversión realizada en el año gravable de 1996 en la Sociedad Constructora Enlace 21 S.A., por valor de \$100.000.000.

El argumento de la DIAN radica en considerar que no es posible llevar como renta exenta en el año siguiente el valor total de una de las inversiones realizadas en 1996, a pesar de que la sentencia de la Corte Constitucional [C-130/98] no se infiere la imposibilidad de llevar como renta exenta el valor de una inversión en el año siguiente a la realización de la misma. Cuando la Corte Constitucional hace referencia al "valor invertido" debe entenderse como la inversión realizada de manera independiente en cada empresa y no de manera conjunta como equivocadamente lo hace la DIAN, para considerar que el tratamiento dado a la inversión realizada en la sociedad Enlace 21 S.A. no está acorde con la sentencia y la Ley Páez.

En relación con la sentencia C-130 de 1998 de la Corte Constitucional, en la que se realizó el examen de constitucionalidad del artículo 5º de la Ley 218 de 1995, indica que cuando la Corte se refiere a la imposibilidad de hacer uso simultáneo de los beneficios, debe entenderse que no es posible fraccionar el valor de una inversión para llevar en el denuncia rentístico, una parte como descuento y el saldo como deducción, mas no a la posibilidad de tratar el valor total de otra inversión como renta exenta en el año siguiente al de la inversión.

Insiste en que por tratarse de dos inversiones realizadas en épocas y empresas diferentes, no es aceptable la interpretación que hace la DIAN de los

pronunciamientos de la Corte Constitucional, para considerar que no era viable llevar como renta exenta el valor total de una de las inversiones en el año siguiente al de su realización.

Improcedencia de la sanción por inexactitud. El tratamiento tributario de las deducciones y del valor de las inversiones no configura sanción por inexactitud, porque los datos llevados a la declaración de renta son reales, siendo sancionables únicamente los inexistentes.

Afirma que conforme con lo establecido en el artículo 647 E.T., la sanción por inexactitud se configura cuando existe omisión de ingresos, de impuestos generados por operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes, de los cuales se derive un menor valor del impuesto o mayor valor del saldo a favor.

La Administración constató que el valor de las deducciones y de las inversiones realizadas en las empresas es real, razón por la que considera que no es posible que se le aplique alguna sanción, pues su proceder en ningún momento defrauda al fisco nacional.

Con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, indica que la sanción por inexactitud se configura ante la inexistencia de los factores que se consignan en las declaraciones, pero no cuando no cumplen con los requisitos para ser aceptados fiscalmente, porque la inexistencia no puede ser medida por el no cumplimiento de los requisitos formales.

En el caso, se presenta una diferencia de criterio en el derecho aplicable respecto de la deducibilidad de las pérdidas y del tratamiento de la inversión como renta exenta, porque las pérdidas y el tratamiento de la inversión como renta exenta, en ambos casos, se trata de valores reales y existentes.

La actuación administrativa configura la causal de nulidad de los actos administrativos establecida en el artículo 84 del C.C.A., porque los actos fueron expedidos sin tener en cuenta los hechos demostrados en el proceso, como es que la deducción y la renta exenta se generaron en el ejercicio de una actividad lícita de la compañía.

Aceptar los planteamientos de la Administración para el rechazo de la deducción de pérdidas y el tratamiento de la renta exenta, configura un enriquecimiento injustificado a favor del Estado y en contra de la demandante, porque la deducción y la renta exenta son existentes.

Luego de hacer referencia a doctrinantes y a jurisprudencia relacionada con el enriquecimiento ilícito, concluye que en el caso se tipifica esta figura al desconocerse una deducción y la renta exenta solicitada que son permitidas para la demandante, lo que implica un detrimento en el patrimonio de SAINC y un aumento en el patrimonio del Estado, máxime si se tiene en cuenta que los rendimientos originados por los títulos fueron gravados y la DIAN no se pronunció al respecto.

La Administración desconoció y no apreció las pruebas allegadas al proceso.

En este punto insiste en que está demostrado que el objeto social de la demandante permite la realización de actividades mobiliarias y que, por ende, los ingresos y pérdidas obtenidos por esas operaciones deben ser llevados al denuncia rentístico del año en que se produzca.

LA OPOSICIÓN

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

En primer término, señaló que la demandante debe probar que las pérdidas, por la enajenación de los bonos, corresponden a una pérdida operacional, definidas en la ley tributaria como las que resultan del exceso de los gastos en negocio o actividad generadora de renta, en relación con los ingresos brutos percibidos, concepto al que no se ajusta la negociación realizada por la actora.

Como lo explica la demandante, la Ley Páez consagró tres tipos de beneficios tributarios para los inversionistas en la zona de influencia del desastre natural (deducción, descuento o renta exenta) pero, a su vez, son excluyentes entre si, como lo indica al parágrafo 2º del artículo 12 del Decreto 2422 de 1996 y así lo entiende la DIAN al expedir el concepto general sobre el tema. Además, la Corte Constitucional en la sentencia C-130/98 dejó en claro que no es posible fraccionar las inversiones realizadas en empresas de la Ley Páez para dar a cada fracción un tratamiento tributario diferente.

En cuanto al certificado de Cámara de Comercio, como prueba de las actividades que la sociedad podía desarrollar, explica que la no aceptación de la enajenación de los títulos como una actividad habitual dentro de las actividades operacionales de la empresa, no implica desconocimiento de la prueba, sino que de ella se concluye claramente que el objeto de la empresa está dirigido a todo lo relacionado con la construcción mas no a convertir en actividad habitual la compra y venta de títulos valores, simplemente se autoriza su negociación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones.

De lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 218 de 1995, estima que los inversionistas tienen plena facultad para optar por la aplicación de cualquiera de los beneficios mencionados cuando realicen inversiones en los municipios señalados en el artículo 1º ibídem, pero esta facultad solo está condicionada a que su aplicación no se realice de manera simultánea, vale decir, que el inversionista solo puede dar a aplicación a uno de los beneficios, sin poder aplicar ambos a una misma inversión, ya que estaría dándole un tratamiento inadecuado.

Sostiene que la sociedad realizó dos inversiones en el año 1996 en empresas cobijadas por la Ley Páez, por un valor total de \$ 300.000.000; que al momento de aplicarle a esta inversión los beneficios otorgadas por la ley, no hizo uso de una opción, sino que, por el contrario, a una parte de la inversión total le aplicó uno de los beneficios (descuento tributario) y a la otra parte otro beneficio (renta exenta), bajo el argumento de que eran dos inversiones realizadas en épocas y en empresas distintas.

No comparte el *a quo* lo sostenido por la actora cuando considera que el tratamiento dado a la inversión es adecuado por tratarse de dos inversiones y que, por tal motivo, podía aplicársele al valor de una inversión uno de los beneficios, pues al momento de presentar la declaración de renta y sus complementarios para el año gravable de 1997 no se debió mirar la inversión de \$300.000.000 de manera fraccionada, ya que se estaría dando a los beneficios un tratamiento contrario a lo que dispone la Ley Páez y la jurisprudencia del Consejo de Estado, concretamente en las sentencias del 11 de julio de 1997, Exp. 8228, M.P. Dr. Julio E. Correa Restrepo y de 25 de octubre de 2006, Exp. 2002-00484, M.P. Dra. Ligia López Díaz.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad actora realizó en el año 1996, dos inversiones nuevas en dos sociedades beneficiarias de la Ley Páez, realizadas en fechas y por valores diferentes, por lo que es dable el tratamiento tributario aplicado.

La demandante insiste en afirmar que realizó en el año 1996, dos inversiones nuevas en dos sociedades beneficiarias de la Ley Páez, que las inversiones fueron realizadas en fechas y por valores diferentes, por lo que es procedente el tratamiento dado.

Aclara que no hubo fraccionamiento de la inversión como asegura el *a quo*, pues son dos inversiones realizadas en el mismo año en dos sociedades y fechas diferentes y por valores distintos, y que el pago no se efectuó con el mismo cheque. Es ajustado a derecho tratar una de ellas como descuento tributario en el año 1996 (año de la inversión) y la otra, como renta exenta en el año 1997.

Aclara que por mandato del artículo 5 de la Ley 218 de 1995, vigente para la época en que se efectuaron las inversiones, el contribuyente podía optar por alguna de las alternativas que allí se prevén, para efectos de su declaración de renta.

Sostiene que en ningún momento la sociedad dividió o fraccionó la inversión como lo entiende el Tribunal, ni se llevó el valor de una inversión como deducción y la otra como descuento en la declaración de renta del año 1996, lo que se hizo fue aplicar el artículo 5 de la Ley 218 de 1995 y la inversión realizada el día 28 de noviembre de 1996, en la sociedad Constructora Enlace 21 S.A. por valor de \$100.000.000, se trató como renta exenta en la declaración de renta del año 1997, por lo que se aplicó correctamente la ley.

Las sentencias citadas por el *a quo* avalan el proceder de la actora, porque la sentencia del 11 de julio de 1997 señala que los beneficios (descuento tributario o renta exenta) no pueden tomarse ambos en el mismo año, cuando la ley y la norma reglamentaria permiten elegir uno de ellos en el año siguiente a la inversión. Además, la norma reglamentaria es clara cuando dice “podrán tratarse como renta exenta o como menor valor del impuesto por pagar, en un período gravable siguiente a aquel en el cual se realiza la inversión”.

Insiste en que la posición del Tribunal sería acertada si la inversión de los \$300.000.000 se hubiera realizado en una sola sociedad durante el año 1996 y la actora hubiera llevado una parte como descuento y otra como renta exenta, pero, en este caso, son dos inversiones realizadas en dos sociedades diferentes en fechas y por valores distintos.

Improcedencia de la sanción por inexactitud, porque la conducta realizada por la sociedad no se enmarca dentro de los hechos sancionables por el Legislador.

Sostiene que es improcedente la sanción por inexactitud, porque los datos llevados a la declaración de renta son reales, siendo sancionable únicamente lo inexistente.

Reitera lo dicho en la demanda en cuanto a las pérdidas obtenidas en la enajenación de los bonos que se circunscriben a pérdidas operacionales que son sujetas a deducción de acuerdo con la legislación tributaria vigente y que dentro del objeto social de los negocios de SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., está permitida la compra y venta de títulos valores y demás inversiones mobiliarias.

La falta de valoración de todos los cargos expuestos en la demanda conlleva la falta de motivación de la sentencia.

Asegura que los cargos relacionados con el enriquecimiento ilícito, la deducción por pérdidas y la falta de apreciación de las pruebas identificados con los números expuestos en la demanda contra los actos administrativos proferidos por la DIAN, no fueron estudiados por el *a quo*, lo que implica que la providencia esté indebidamente motivada al incumplir lo dispuesto en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandada** hizo referencia a la sentencia C-130 de 1998 en la que se analizó la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 218 de 1995 y concluyó que la Corte Constitucional indicó que los beneficios consagrados en la norma no atentan contra los principios de equidad e igualdad siempre que constituyan una unidad en su detracción.

Resalta la prohibición contenida en el inciso final del artículo 5º antes citado, en cuanto a que no pueden ser aplicados simultáneamente la renta exenta y la deducción.

La **parte demandante** y el **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala determinar la legalidad de la liquidación oficial de revisión, mediante la cual la Administración modificó la liquidación privada del impuesto de renta del año gravable 1997, presentada por la sociedad SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., concretamente en cuanto rechazó (i) la deducción por pérdidas originadas en la venta de títulos y (ii) la renta exenta por la inversión realizada en los términos de la Ley 218 de 1995 (Ley Páez).

Previo a decidir, se advierte que es necesario precisar, dado que el *a quo* no lo hizo, que la actora en su demanda pretende la nulidad del requerimiento especial 050632000000057 del 14 de julio de 2000. Al respecto, la Sala reitera que el requerimiento especial es un acto de simple trámite, que no crea una situación jurídica de carácter particular, que en él se proponen las modificaciones que la Administración pretende efectuar a la liquidación privada y que debe ser expedido

previamente a la práctica de la liquidación oficial. Por tanto, atendiendo a su naturaleza de acto preparatorio, no es autónomamente un acto objeto de control jurisdiccional⁶.

En esas condiciones, el análisis se realizará sólo respecto de la liquidación oficial de revisión, teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de la posibilidad establecida en el párrafo del artículo 720 E.T., que permite acudir a la jurisdicción contencioso administrativa sin interponer el recurso de reconsideración, siempre que se haya atendido en debida forma el requerimiento especial, condición esta última que en el caso fue cumplida, como se establece de los antecedentes administrativos.

Precisado lo anterior, entra la Sala a analizar los cargos de fondo planteados en el recurso.

1. Rechazo de la pérdida originada en la enajenación de bonos.

La demandante ha alegado que estas pérdidas, declaradas por la demandante, se enmarcan en las denominadas “pérdidas operacionales” susceptibles de ser descontadas de la renta bruta del contribuyente dentro de los 5 años siguientes a su ocurrencia. Indica que el objeto social de la actora permite la compra y venta de títulos valores y demás inversiones mobiliarias, por lo que la actividad en la que se obtuvo la pérdida cuestionada por la Administración hace parte de su actividad productora de renta.

Sea lo primero advertir que, como lo alega el recurrente, este punto no fue estudiado por el Tribunal, a pesar de haber sido planteado en la demanda, por lo que corresponde a la Sala pronunciarse al respecto para complementar la sentencia de primera instancia⁷.

Para analizar este cargo, es necesario indicar que el ordenamiento tributario contiene diferentes clases de pérdidas cada una con consecuencias fiscales propias, por lo que la Sala las ha clasificado así⁸:

1. Las **pérdidas operacionales** son las que 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. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los periodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 E.T.

2. Las **pérdidas de capital** son las que se producen sobre activos fijos que sean bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por una fuerza mayor durante el año o periodo gravable, según lo dispuesto en el artículo 148 E.T., y

3. La **pérdida en la enajenación de activos**, que se presenta 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 inflación⁹, según prescribe el artículo 90 E.T. Para este fin, deben

⁶ Sentencia de 14 de agosto de 2008, Exp. 15871, C.P. Dr. Héctor Romero Díaz.

⁷ Art. 311 CPC

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencias de 20 de enero de 1984, exp. 8930, M.P. Enrique Low Murtra; de 8 de noviembre de 1991, exp. 045, M.P. Consuelo Sarria Olcos, de 11 de marzo de 2004, exp. 13542, M.P. Germán Ayala Mantilla; de 16 de junio de 2005, exp. 14633, M.P. Ligia López Díaz y de 8 de octubre de 2009, Exp. 16613, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁹ El sistema de ajustes integrales por inflación fue derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006.

excluirse del costo fiscal, los ajustes a que se refieren los artículos 73, 90-2 y 868 E.T. Así mismo, deben atenderse los límites consagrados en los artículos 149 y siguientes del E.T.

De acuerdo con la anterior clasificación, la Sala observa que la demandante ubica la pérdida sufrida en la enajenación de bonos efectuada en el año gravable 1997, como una pérdida operacional, que es la que puede solicitarse como deducción conforme al artículo 147 E.T.

La Sala advierte que, como lo señaló la Administración en el acto acusado, la pérdida solicitada por la demandante no corresponde al concepto de *pérdida operacional*, esto es, a un resultado del ejercicio en el que los costos y gastos de la actividad productora de renta fueron mayores frente a los ingresos percibidos. En este caso, la actora pretende restar de los ingresos percibidos en el año una pérdida y no costo o gasto alguno. La pérdida operacional no se detrae de los ingresos, sino de la renta líquida de los años siguientes, pues, se trata de un resultado del ejercicio, conforme al artículo 147 del Estatuto Tributario¹⁰.

En efecto, la pérdida cuestionada por la demandada no se originó en una *diferencia en la que los costos y gastos sean superiores a los ingresos obtenidos en el ejercicio fiscal 1997 de la demandante*, sino en la que se derivó de la enajenación de unos bonos, esto es, por la *diferencia entre el costo de su adquisición y el valor por el que fueron vendidos*, situación esta última que no corresponde a la regulada en el artículo 147 E.T. cuya aplicación pretende la demandante.

La pérdida que pudo sufrir la demandante en la negociación de los bonos, es decir, porque los vendió por menor precio del que pagó para adquirirlos, no es deducible por expresa disposición legal contenida en los artículos 154 y 155 E.T.¹¹

En esas condiciones, no es necesario entrar a analizar el objeto social de la demandante ni la posibilidad que la actora tiene o no de realizar negociaciones con títulos valores, pues con ello no se desvirtúa el rechazo de la deducción, en cuanto a que simplemente, como se indicó, la pérdida en la venta de los bonos no tiene el tratamiento legal pretendido por la actora.

En consecuencia, no son de recibo los argumentos expuestos por la demandante para demostrar la procedibilidad de la deducción por pérdida en la venta de bonos, por lo que, en este punto, se ajusta a derecho el acto demandado que rechazó la suma de **\$129.201.000** incluidos en el renglón 72 "otras deducciones", teniendo en cuenta que la actora aceptó ante la Administración excluir del valor total rechazado (\$133.255.846), la suma de \$4.055.042.

2. Rechazo de la renta exenta por la inversión realizada en los términos de la Ley 218 de 1995 (Ley Páez).

¹⁰ Sentencia de 8 de octubre de 2009, Exp. 16613, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia

¹¹ ARTICULO 154. NO SON DEDUCIBLES LAS PÉRDIDAS, POR ENAJENACIÓN DE BONOS DE FINANCIAMIENTO PRESUPUESTAL. Las pérdidas sufridas en la enajenación de los Bonos de Financiamiento Presupuestal no serán deducibles.

ARTICULO 155. NO SON DEDUCIBLES LAS PÉRDIDAS, POR ENAJENACIÓN DE BONOS DE FINANCIAMIENTO ESPECIAL. Las pérdidas sufridas en la enajenación de los Bonos de Financiamiento Especial no serán deducibles.

La demandante afirma que durante el año gravable 1996 realizó de manera efectiva dos inversiones en épocas diferentes, en empresas distintas y beneficiarias de la Ley Páez por valor de \$300.000.000, por lo que era procedente que se pudiera tratar una de ellas como descuento o deducción en el mismo año de la inversión y la otra inversión se pudiera llevar como renta exenta en el año siguiente, así lo solicitó en la declaración de renta del periodo gravable 1997, respecto de la inversión realizada en la sociedad Constructora Enlace 21 S.A., por valor de \$100.000.000.

La DIAN rechazó la renta exenta porque la forma en que la demandante solicitó el beneficio equivale a fraccionar la inversión, cuando conforme al artículo 5º de la Ley 218 de 1995 y lo considerado por la Corte Constitucional respecto de ese mismo artículo, no es posible dar a cada una de las inversiones realizadas un tratamiento diferente.

El artículo 5º de la Ley 218 de 1995, vigente para la época de los hechos¹², establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 5o. *Cuando se efectúen nuevas inversiones por empresas domiciliadas en el país, el monto del desembolso será deducible de la renta del ente inversionista.*

PARÁGRAFO. *Las utilidades líquidas o ganancias ocasionales obtenidas durante un período y las inversiones que una empresa nacional o extranjera realice en los municipios señalados en el artículo 1o. de esta Ley durante los cinco (5) años siguientes a 1994, constituye renta exenta por igual monto al invertido, para el período gravable siguiente.*

En caso de que las nuevas empresas establecidas generen pérdidas, la exención se podrá solicitar en los períodos gravables siguientes hasta completar el ciento por ciento (100%) del monto invertido.

El inversionista podrá optar por aplicar el valor invertido como un menor valor del impuesto por pagar o como renta exenta. En ningún caso podrá aplicarlo simultáneamente a ambos rubros. (Negrillas fuera de texto).

Como lo señaló el *a quo* en la sentencia apelada, esta Corporación, en diferentes oportunidades¹³, ha indicado que la norma transcrita establece tres clases de beneficios tributarios a favor de los inversionistas, así:

La **deducción** prevista en el inciso primero de la norma, la cual debe hacerse efectiva *en el mismo año gravable* en el cual se efectuó la inversión, dado que el beneficio se establece en relación con el desembolso y no se señala un período distinto para su aplicación. La **renta exenta** o el **descuento tributario** (menor valor del impuesto a pagar), por el valor de la inversión, beneficios a que se refiere el párrafo de la misma norma, para ser aplicados *“al período gravable*

¹² Este artículo fue modificado por el artículo 39 de la Ley 383 de 1997.

¹³ Sentencias de 6 de mayo de 2004, Exp. 13879 y de 22 de septiembre de 2005, Exp. 14505, M.P. Dra. Ligia López Díaz, entre otras.

siguiente", a aquél en el cual se realizó la inversión, por los que puede optar el inversionista, con la advertencia de que el valor invertido no puede aplicarse *"simultáneamente a ambos rubros"*, es decir que no puede solicitarse como renta exenta y a su vez como descuento.

Ahora bien, teniendo en cuenta las posibilidades que tenía el inversionista, en el *sub examine* se establece que la demandante invirtió \$300.000.000 en el año gravable 1996 en dos empresas ubicadas en las zonas señaladas por la Ley 218 de 1995 y aplicó como descuento tributario en el mismo año de la inversión la suma de \$200.000.000 y los \$100.000.000 restantes los llevó como renta exenta para el año gravable 1997.

Para efectos de establecer si la forma como el contribuyente utilizó los beneficios se ajusta a derecho, es pertinente el análisis que sobre la norma transcrita realizó la Corte Constitucional al estudiar su exequibilidad en la sentencia C-130 de 1998, así:

"1. Según el inciso 1 del artículo demandado, la inversión efectuada por empresas domiciliadas en el país es deducible de la renta del ente inversionista.

*Como la disposición no establece ninguna clase de restricciones ni exclusiones al respecto, y por el contrario, la parte final del párrafo - válida con referencia a toda la norma- permite aplicar "el valor invertido" - no menos de él ni más de él- como un menor valor del impuesto por pagar (una de las alternativas que el inversionista puede escoger), **es entendido que la cuantía de la deducción autorizada es igual al monto del desembolso efectuado, lo comprende en su totalidad, elemento que resulta relevante en relación con la constitucionalidad del precepto, al verificar las demás situaciones contempladas y las opciones que se consagran.***

Dado que, además, la norma tampoco establece distinción sobre el período gravable al cual se aplica la deducción, no podría decirse que deba llevarse a períodos posteriores sino que es menester que se tenga en cuenta respecto del mismo período gravable en que se efectúe.

El párrafo estipula, en otra modalidad del tratamiento tributario autorizado, que las inversiones que realice una empresa nacional o extranjera en los municipios señalados por el artículo 1 durante los cinco (5) años siguientes a 1994 constituyen renta exenta por el 100% de lo invertido, para el período gravable siguiente.

Aquí radica justamente la opción que la ley contempla, pues se trata de las mismas inversiones, sólo que el inversionista debe escoger entre aplicar "el valor invertido como un valor del impuesto por pagar" o aplicarlo en su totalidad como renta exenta, sin que le sea posible, por disposición expresa de la norma, aplicarlo simultáneamente a ambos rubros.

Del texto de la norma resulta, sin lugar a dudas, que la exención cubre el 100% de lo invertido y se aplica para el período gravable siguiente".
(Negrillas fuera de texto)

Para la Sala, tanto del texto del artículo 5º de la Ley 218 de 1995 como del pronunciamiento de la Corte Constitucional, puede establecerse lo siguiente:

La norma hace referencia al “*monto del desembolso*” y al “*valor invertido*” lo que permite precisar que para acceder a los beneficios señalados lo determinante para el legislador no era a cuántas empresas se dirigía la inversión sino el hecho mismo del *desembolso*, apreciado éste desde el punto de vista del inversionista y no de quien lo recibe. La norma no contempló la posibilidad de aplicar los beneficios independientemente a cada una de las inversiones o desembolsos ni de su tenor literal se advierte esa opción. Debe sumarse a lo anterior que, por tratarse de beneficios fiscales, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

En esas condiciones, la Sala observa que el beneficio se genera porque se haya realizado la inversión en las condiciones señaladas en la Ley 218 de 1995 y demás normas reglamentarias, y aunque se dirija a diferentes empresas, se trata de una sola inversión o un solo esfuerzo económico –apreciado en su totalidad en palabras de la Corte- que realiza el contribuyente en un mismo período fiscal en aras de reactivar la economía en una zona afectada por un desastre natural. Es decir que el hecho de la inversión debe ser visto en su integridad y otorgarle a todas las inversiones, cuando son varias las que se efectúan en un mismo año gravable, un único tratamiento tributario previsto en la norma¹⁴.

Esa ha sido la intención del Legislador al conceder los beneficios contemplados en la Ley Páez, al punto que fue expresa, aunque posteriormente, con el parágrafo del artículo 39 de la Ley 383 de 1997, que modificó el artículo 5º de la Ley 218 de 1995 antes transcrito, al indicar:

Las empresas domiciliadas en el país que realicen durante los cinco años siguientes a 1994, inversiones de capital en efectivo en el patrimonio de las empresas determinadas en el artículo 2º. del Decreto 1264 de 1994, podrán optar en el período gravable en el cual efectuó la inversión, por uno de los siguientes beneficios tributarios:

(...)

PARAGRAFO. *Los beneficios aquí previstos son excluyentes. La solicitud concurrente o complementaria de los beneficios basada en el mismo hecho, ocasiona la pérdida de los dos beneficios solicitados, sin perjuicio de las sanciones por inexactitud a que haya lugar.*

Una interpretación contraria, como la que plantea la demandante, conduciría a hacer inane o por lo menos permitiría eludir la prohibición consagrada en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 218 de 1995, vigente a la época de los hechos, en cuanto a la imposibilidad de aplicar el valor invertido simultáneamente como un menor valor a pagar o como renta exenta.

No obstante se observa que situación diferente ocurriría si la inversión la hubiera realizado la demandante en dos empresas diferentes y en periodos gravables distintos, caso en el que podría haber aplicado tratamientos fiscales individuales, en atención a que, de una parte, el supuesto fáctico del artículo 5º de la Ley 218 de 1995 prevé el tratamiento que debe otorgársele al monto total del desembolso

¹⁴ Conceptos DIAN 54168 y 065163 de 1998.

o al valor invertido en un determinado periodo gravable y, de otro, al principio de independencia de los períodos fiscales¹⁵.

En consecuencia, la Sala concluye que el tratamiento dado por la demandante a la inversión realizada en el año gravable 1996 no es procedente legalmente y, por tanto, la liquidación oficial de revisión demandada se ajusta a la legalidad al rechazar la renta exenta solicitada por la demandante en el año gravable 1997 por la inversión realizada en empresas beneficiarias de la Ley Páez.

3. Sanción por inexactitud

El demandante considera que la aplicación de la sanción por inexactitud no es procedente, porque en este caso no se evidencia que el contribuyente haya incluido valores inexistentes que es lo sancionado por el artículo 647 E.T. Aduce el recurrente que se presenta una diferencia de criterios prevista en el inciso final de la misma disposición lo que impide la aplicación de la sanción.

Sobre la diferencia de criterios, esta Corporación ha sostenido:

“(…)

*De conformidad con la norma citada, la diferencia de criterios debe versar sobre el derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras declarados sean veraces y completos. Existe una diferencia de criterio entre la autoridad tributaria y el contribuyente, cuando la discrepancia debe basarse en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento que su actuación estaba amparada legalmente, pero no ocurre lo mismo, cuando a pesar de su apariencia jurídica, no tiene fundamento objetivo y razonable”.*¹⁶

En el presente caso, la diferencia de criterios se presenta entre un criterio jurídico fundado en la ley y un criterio particular carente de respaldo legal, pues como se expuso, tanto el tratamiento que la demandante le dio a la pérdida en la venta de bonos como a la renta exenta por inversión en la zona de la Ley Páez, se fundamentaron no en una interpretación diferente sino equivocada de la ley¹⁷.

En consecuencia, la Sala encuentra ajustada a derecho la liquidación oficial de revisión demandada, razón por la cual confirmará la sentencia impugnada en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley.

¹⁵ Art. 694 E.T.

¹⁶ Sentencia del 12 de marzo de 2009, Exp. 16575, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, reiterada en sentencia del 23 de febrero de 2011, Exp. 17480, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

¹⁷ En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia del 23 de febrero de 2011, Exp. 17480, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 27 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

RECONÓCESE a la Doctora ANA ISABEL CAMARGO ÁNGEL, como apoderada de la parte demandada en los términos del poder que obra a folio 235.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ