SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Referencia:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación:	05001-23-31-000-2011-01560-01 (**20947**)
Demandante:	PERFILAR CONSTRUCCIONES S.A.
Demandado:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Temas: Impuesto sobre la renta año gravable 2008 – Costo fiscal en la enajenación de acciones

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia del 20 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda y no condenó en costas.

ANTECEDENTES

El 23 de abril de 2009, la Sociedad Perfilar Construcciones S.A. NIT 800109032-8 presentó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2008, en la cual se acogió al beneficio de auditoría de seis (6) meses y liquidó un saldo a pagar de $85.966.000[1].

El 11 de junio de 2009, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín expidió el Emplazamiento para Corregir 112382009000032, notificado el 16 de junio siguiente[2], invitando a la sociedad demandante a corregir la declaración de renta referida, «en relación con los costos e ingresos originados por la venta de acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. al Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA»[3].

El 27 de octubre de 2009, previa respuesta del emplazamiento para corregir[4], la DIAN expidió el Requerimiento Especial 112382009000098[5], en el cual propuso **adicionar** ingresos brutos no operacionales ($46.363.000), **disminuir** ingresos por ganancia ocasional ($46.363.000), «*Otras deducciones*» ($1.869.549.000) y «*Costos por ganancias ocasionales*» ($933.051.000), **calcular** el anticipo para el año gravable 2009 ($263.870.000) e **imponer**

[1] Fl. 18 del c.a.
[2] Fl. 91 del c.a.
[3] Fls. 91 a 95 del c.a
[4] Fls. 96 y 97 del c.a
[5] Fls. 106 a 114 del c.a

sanción por inexactitud ($1.479.773.000). El acto administrativo fue notificado el 29 de octubre de 2009.

El 26 de julio de 2010, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín profirió la Liquidación Oficial de Revisión 112412010000064[6], en la cual *«aceptó»* el anticipo liquidado por la sociedad y acogió las demás glosas propuestas en el requerimiento especial.

Mediante la Resolución 900.125 del 28 de julio de 2011[7], la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de las Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN decidió el recurso de reconsideración interpuesto por el contribuyente[8], en el sentido de confirmar el acto recurrido y corregir errores aritméticos de la liquidación oficial de revisión.

DEMANDA

La sociedad Perfilar Construcciones S.A, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó las pretensiones que se exponen a continuación:

> *«1.) La NULIDAD de los actos administrativos proferidos por la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín que a continuación se describen:*

[6] Fls. 161 a 191 del c.a
[7] Fls. 287 a 298 del c.a
[8] Fls. 255 a 278 del c.a

a) Liquidación de Revisión No 112412010000064 del 26 de julio de 2010, emanada de la División de Gestión de Liquidación, notificada por correo recibido el 27 de julio de 2010, y

b) Resolución Recurso de Reconsideración No 900125 del 28 de julio de 2011, proferida por la División de Gestión Jurídica de la misma Administración, notificada personalmente el 8 de agosto de 2011.

2.) Declarada la nulidad de la actuación administrativa descrita, se RESTABLEZCA EL DERECHO de la sociedad Perfilar Construcciones S.A., declarando la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre la renta correspondiente al año 2008.

3.) Declarada la nulidad de los actos demandados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, solicito condenar en costas a la entidad demandada en virtud de que su actuación fue arbitraria ya que no tiene soporte legal serio».

Invocó como disposiciones violadas, las siguientes:

- Artículos 29, 83, 95 y 363 de la Constitución Política;
- Artículos 2° y 3° del Código Contencioso Administrativo y,
- Artículos 27, 28, 58, 59, 69, 73, 76, 82, 104, 105, 647, 683, 689-1, 694, 711, 712, 714, 730, 742, 744, 745 y 807 del Estatuto Tributario.

Como concepto de la violación expuso, en síntesis, lo siguiente:

Explicó que los artículos 90 y 300 del Estatuto Tributario establecen que la renta bruta o la pérdida por la enajenación de activos está constituida por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo de los activos enajenados, y que la ganancia ocasional por la

venta de bienes que hicieron parte del activo fijo por un término igual o superior a dos años se determina por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo fiscal del activo enajenado.

Indicó que el artículo 272 del Estatuto Tributario prevé que las acciones y derechos sociales se declaran por el costo fiscal, cuando a ello haya lugar, y que no se generó renta ni ganancia ocasional, porque no se presentó diferencia positiva entre el precio de enajenación y el costo fiscal de las acciones.

Dijo que el artículo 69 del Estatuto Tributario permite tomar como costo fiscal de los bienes enajenados que tengan el carácter de activos fijos, el precio de adquisición o «*el costo declarado en el año inmediatamente anterior*[9]».

Cuestionó que la Administración aplique el artículo 2º del Decreto 2591 de 1993, que reglamentó el artículo 69 del Estatuto Tributario, al señalar que el costo de enajenación de acciones y aportes en sociedades que tengan el carácter de activos fijos está constituido por el precio de adquisición más los reajustes por inflación, porque la norma no incluyó el costo declarado el año inmediatamente anterior, como si lo hace el citado artículo 69 ibídem.

Explicó que el costo de las acciones enajenadas en el año 2008 (activo fijo acciones Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.)

[9] Citó el Oficio DIAN 090117 del 7 de diciembre de 2005.

está constituido por el costo registrado en la declaración tributaria del año inmediatamente anterior, la cual fue corregida y estaba en firme al momento de expedición del requerimiento especial y la liquidación de revisión.

Precisó que se puede aplicar el artículo 76 del Estatuto Tributario para determinar como costo el promedio de los costos de las acciones que la sociedad tenía de una misma empresa, sin que importe que las acciones se adquieran en vigencias fiscales diferentes, y aclaró que en el año 2008 no adquirió 53.493 acciones sino 52.235 y que a 31 de diciembre de 2007 poseía 26.281 y no 25.023 como afirmó la demandada.

Señaló que la Administración debió aplicar el artículo 82 del Estatuto Tributario y estimar el costo presunto de las acciones en por lo menos el 75% del valor de la venta, si tenía dudas del costo que representaban.

Adujo que la DIAN no liquidó el anticipo para el año gravable 2009 en la liquidación de revisión, sino en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, y que la sociedad no pudo discutir su legalidad. Agregó que tampoco procedía calcular el anticipo en la liquidación de revisión, pues al momento de su expedición ya se había pagado en la declaración de renta del año 2009.

Argumentó que la declaración de renta del año gravable 2008 se acogió al beneficio de auditoría y quedó en firme el 23 de octubre

de 2009, y que el emplazamiento para corregir del 11 de junio de 2009 no afectó la firmeza de la declaración, porque los artículos 689-1 del Estatuto Tributario y 9º del Decreto 406 de 2001 establecen que la Administración «*conserva competencia y facultades para modificar la declaración de renta que se acoja al beneficio de auditoría solamente para cuestionar las retenciones en la fuente y las pérdidas que registre la sociedad, o aún, aunque cuestionable porque no lo establece así el artículo 689-1 del Estatuto Tributario, el saldo a favor. Ninguno de los cuales son glosados en el acto oficial recurrido».*

Anotó que no hay correspondencia entre la declaración del contribuyente y la liquidación de revisión que utilizó valores diferentes a los declarados, para establecer erradamente las bases de cuantificación y el monto del tributo a cargo de la sociedad.

Concluyó que no se dan los presupuestos establecidos en el artículo 647 del Estatuto Tributario para imponer sanción por inexactitud, porque existe una diferencia de criterios en relación con el derecho aplicable y no se demostró la existencia del perjuicio que causó la sociedad.

OPOSICIÓN

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, por las razones que se exponen a continuación:

Afirmó que si bien la contribuyente se acogió al beneficio de auditoría, la Administración notificó el emplazamiento para corregir dentro de los seis (6) meses previstos en el artículo 689-1 del Estatuto Tributario y se aplican los términos generales de firmeza de las declaraciones tributarias, con lo cual la actuación administrativa resulta oportuna.

Adujo que la liquidación de revisión se contrajo a la declaración privada de la contribuyente y a los hechos del requerimiento especial, y que los errores aritméticos que se presentaron se corrigieron en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, como lo dispone el artículo 866 del Estatuto Tributario.

Destacó que con posterioridad a la venta de acciones realizada en el año 2008, la contribuyente corrigió la declaración privada del año gravable 2007 para incrementar el valor de las acciones, y que los actos demandados aplicaron el artículo 2° del Decreto 2591 de 1993, según el cual el costo de enajenación de acciones y aportes que tengan el carácter de activos fijos, está constituido por el valor de adquisición.

Agregó que no es aplicable el artículo 76 del Estatuto Tributario, que exige que el contribuyente tenga dentro de su patrimonio acciones de una misma empresa cuyos costos sean diferentes, porque las acciones enajenadas son de vigencias diferentes y el valor de compra es el mismo.

Precisó que no procede la determinación de los costos presuntos, en razón a que el artículo 82 del Estatuto Tributario se aplica cuando no se pueda determinar o identificar el costo real, y en este caso no se desconoció el costo de ventas que declaró la sociedad, el cual era identificable.

Concluyó que la sanción por inexactitud es procedente, pues no se presenta diferencia de criterios en relación con el derecho aplicable, el elemento subjetivo de la sanción está comprobado en el proceso y el daño ocasionado se concreta en un menor impuesto pagar.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda, por los motivos que se exponen a continuación:

Expuso que en la declaración inicial del impuesto sobre la renta del año gravable 2007, la actora aplicó el artículo 69 del Estatuto Tributario al establecer como costo fiscal de las acciones el valor de adquisición más inflación.

Advirtió que la contribuyente no podía tomar como costo fiscal de las acciones el valor registrado en la corrección a la declaración de renta del año gravable 2007, porque dicha corrección es posterior a la venta de las acciones que figuraban en su patrimonio el 31 de diciembre de 2007.

Precisó que la actora no desvirtuó la modificación oficial a los costos y gastos por ganancias ocasionales informados en los renglones 55 «*otras deducciones*» y 66 «*ganancia ocasional*» de su declaración privada, pues solo adujo la aplicación del artículo 69 del Estatuto Tributario.

Aseguró que no se presentan los supuestos para aplicar el artículo 82 del Estatuto Tributario, porque la Administración no cuestionó el costo de venta en la enajenación de acciones informado la contribuyente, ni el costo de los activos enajenados, sino el costo fiscal declarado.

Resaltó que la liquidación oficial de revisión rechazó el anticipo propuesto en el requerimiento especial y aceptó el liquidado por la sociedad, por considerar que dicho anticipo forma parte de la declaración privada y no se puede establecer en la liquidación de revisión, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado[10].

Dijo que si bien la declaración de la demandante estaba amparada con beneficio de auditoria, el emplazamiento para corregir se notificó dentro de los seis meses a que se refiere el artículo 689-1 del Estatuto Tributario, con lo cual la declaración quedó sometida al término general de firmeza de las declaraciones tributarias[11].

---

[10] Citó la sentencia del Consejo de Estado del 18 de febrero de 2000, Exp. 9715, C.P. Daniel Manrique Guzmán.
[11] Citó la sentencia del 23 de noviembre de 2005, Exp. 14891, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

Consideró que la liquidación de revisión es acorde con las modificaciones propuestas en el requerimiento especial y con la declaración del impuesto sobre la renta, y que el error aritmético registrado en la liquidación de revisión se corrigió en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, en aplicación del artículo 866 del Estatuto tributario.

Concluyó que no se verificó la presencia de errores de apreciación o diferencias de criterio en relación con la interpretación de derecho aplicable, y que la conducta del actor, al declarar costos improcedentes, constituye inexactitud sancionable.

RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad demandante apeló la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con fundamento en lo siguiente:

Alegó que no se generó renta ni ganancia ocasional, porque no se presentó diferencia positiva entre el precio de enajenación de las acciones y su costo fiscal.

Cuestionó que el *a-quo* no reconoció el valor patrimonial de las acciones registrado en la corrección a la declaración de renta del año 2007 que estaba en firme, pues el artículo 69 del Estatuto Tributario permite registrar como costo de las acciones el valor

declarado el año inmediatamente anterior «*sin más condiciones que su inclusión en dicha declaración*».

Expuso que la liquidación de revisión violó el principio de independencia de las anualidades fiscales, al afectar dos periodos gravables diferentes.

Manifestó que no procede aplicar el numeral 3° del artículo 2° del Decreto 2591 de 1993, porque el artículo 69 del Estatuto Tributario es norma de superior jerarquía y autoriza llevar como costo de enajenación de los activos fijos el valor informado en la declaración de renta del año inmediatamente anterior.

Argumentó que para determinar el costo de enajenación de las acciones se puede acudir al costo promedio establecido artículo 76 del Estatuto Tributario, pues la contribuyente tenía en su patrimonio acciones de una misma empresa con costos diferentes (2007 y 2008).

Aseguró que si la DIAN tenía dudas sobre el costo de las acciones debió aplicar el artículo 82 del Estatuto Tributario y estimar el costo de los bienes enajenados, en por lo menos el 75% del valor de la venta[12].

[12] Citó el Concepto DIAN 48461 de 2002 y las sentencias del 26 de junio de 1996, Exp. 4540 y del 19 de septiembre de 1997, Exp. 8468.

Señaló que no existe la correspondencia entre la liquidación oficial y la declaración privada, porque el acto de determinación se refiere a valores diferentes a los declarados y fijó de forma errada las bases de cuantificación del tributo.

Anotó que la declaración de renta del año 2008 estaba amparada por el beneficio de auditoría de seis (6) meses y quedó en firme 23 de octubre de 2009, porque como el emplazamiento para declarar no cuestionó las retenciones en la fuente declaradas, el saldo a favor o la existencia de pérdida fiscal, no afectó la firmeza de la declaración tributaria.

Reiteró que no procede la sanción por inexactitud, pues existe una diferencia de criterios en cuanto a la interpretación del derecho aplicable, se debe aceptar el «*error de apreciación*» como circunstancia eximente y no se demostró la existencia de un daño causado por la sociedad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** reiteró los argumentos de la demanda y del recurso de apelación, así: i) reconocimiento como costo fiscal del valor de las acciones registrado en la corrección a la declaración del año 2007; ii) aplicación del costo presunto; iii) firmeza de la declaración; iv) falta de correspondencia entre la declaración, el

requerimiento especial y la liquidación de revisión e, v) improcedencia de la sanción por inexactitud.

La parte demandada, por su parte, indicó que: i) la declaración privada no estaba en firme, porque el emplazamiento para corregir se notificó oportunamente; ii) no procede la determinación de costos presuntos, pues los costos de ventas no fueron desconocidos ni cuestionados por la Administración y, iii) se debe aplicar el artículo 2º del Decreto 2591 de 1993, pues es una norma especial que regula la venta de acciones.

El Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer la legalidad de los actos administrativos demandados, que modificaron la declaración del impuesto sobre la renta del año 2008, presentada por la sociedad Perfilar construcciones S.A.

Firmeza de la liquidación privada

La apelante argumentó que la declaración del impuesto sobre la renta del año 2008 estaba amparada por beneficio de auditoría y quedó en firme, porque el emplazamiento para corregir no afectó la firmeza reducida de la declaración, al no cuestionar las retenciones

en la fuente declaradas, la pérdida fiscal, o un saldo a favor que no existía.

El artículo 689-1 del Estatuto Tributario estableció el beneficio de auditoría como excepción a la regla general de firmeza de las declaraciones tributarias, al señalar que la liquidación privada se sujeta a un término de firmeza de 6 meses[13], siempre que el contribuyente incremente el impuesto neto de renta en al menos cinco (5) veces la inflación causada en el respectivo año gravable, y que dentro de ese término no se notifique emplazamiento para corregir.

En torno al tema, la Sala ha dicho[14] que las declaraciones amparadas por beneficio de auditoría no están excluidas de control fiscal[15], y que por disposición del artículo 689-1 del Estatuto Tributario y del Decreto 406 de 2001[16], la consecuencia de la

---

[13] El artículo 63 de la Ley 1111 de 2006 dispuso que, «*si el incremento del impuesto neto de renta es de al menos cinco (5) veces la inflación causada en el respectivo año gravable, en relación con el impuesto neto de renta del año inmediatamente anterior, la declaración de renta quedará en firme si dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su presentación no se hubiere notificado emplazamiento para corregir, siempre que la declaración sea debidamente presentada en forma oportuna y el pago se realice en los plazos que para tal efecto fije el Gobierno Nacional*». Además estableció que «*El beneficio contemplado en este artículo se prorroga por cuatro (4) años a partir del año gravable 2007*», lo cual incluye la vigencia 2008 sometida a discusión.

[14] Sentencia de 29 de junio de 2017, **Exp. 20838**, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

[15] Facultad de fiscalización e investigación, conforme lo estableció el artículo 684 del Estatuto Tributario.

[16] D.406/2001 «Art. *7°. Requisitos para acogerse al beneficio de auditoría del artículo 689-1 del Estatuto Tributario. De conformidad con el artículo 689-1 del Estatuto Tributario y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 706 del mismo estatuto, las declaraciones de impuesto sobre la renta de los años gravables 2000 a 2003, quedarán en firme dentro de los doce (12) meses siguientes a su presentación oportuna, siempre que en dicho término no se notifique emplazamiento para corregir y reúna la totalidad de los siguientes requisitos: (…) Artículo 8°. Efectos de la notificación del emplazamiento para corregir. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 706 del Estatuto Tributario, notificado el emplazamiento para corregir la declaración de renta dentro del término de doce (12) meses previsto en el artículo 689-1 del Estatuto Tributario, el término de revisión de las declaraciones de renta, impuesto sobre las ventas y retención en la fuente, se regirá por las normas generales contenidas en los artículos 705, 705-1, 706 y 714. El emplazamiento para corregir y los demás actos de determinación que se profieran dentro del término de firmeza señalado en el artículo 689-1 del*

notificación del emplazamiento para corregir dentro de los seis (6) meses siguientes a la presentación de la declaración tributaria es la pérdida del beneficio de auditoría y la aplicación del término general de firmeza de las declaraciones tributarias[17].

En esa oportunidad, la Sección precisó que el emplazamiento para corregir no está restringido a cuestionar determinados aspectos (retenciones, saldos a favor y pérdidas), por cuanto el citado artículo 689-1 del Estatuto Tributario no limita el ejercicio de las facultades de fiscalización o investigación de la Administración[18].

En el caso concreto, la Sala observa que el 23 de abril de 2009 la actora presentó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2008, amparada por el beneficio de auditoría de seis (6) meses, y que antes del vencimiento de dicho término la Administración expidió el Emplazamiento para Corregir 112382009000032 del 11 de junio de 2009, notificado el 16 de junio siguiente[19].

En esas condiciones, el beneficio de auditoría no operó y la declaración de renta no estaba en firme el 29 de octubre de 2009[20], cuando se notificó el requerimiento especial.

Estatuto Tributario, respecto de las declaraciones del impuesto sobre las ventas y retención en la fuente, solo afectan el término de firmeza de la declaración por la cual se adelanta el proceso, el cual se regirá por las normas generales de los artículos 705, 705-1, 706 y 714 del Estatuto Tributario, siempre y cuando no se haya notificado emplazamiento para corregir respecto de la declaración de renta».

[17] Artículos 705, 705-1 y 714 del Estatuto Tributario.
[18] Artículo 684 del Estatuto Tributario.
[19] Fl. 91 del c.a.
[20] Vto. fl. 107 del c.a.

Costo de enajenación de acciones – Reiteración jurisprudencial

Con fundamento en el artículo 69 del Estatuto Tributario, la actora argumentó que el costo fiscal de las acciones enajenadas en el año 2008, es el valor patrimonial registrado en la corrección a la declaración del año inmediatamente anterior que estaba en firme, y que la Administración, al desconocer dicho valor, afectó dos periodos gravables diferentes.

Por su parte, la Administración argumentó que el costo fiscal de las acciones se debió fijar por el precio de adquisición, como lo establece el artículo 2º del Decreto Reglamentario 2591 de 1993.

En otros pronunciamientos, que ahora se reiteran, en los que se discutió la determinación del costo fiscal de la enajenación de acciones de la Promotora Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., la Sala precisó[21]:

- La venta de activos fijos tiene implicaciones en el impuesto sobre la renta o en el complementario de ganancias ocasionales, según el tiempo que formaron parte del patrimonio del contribuyente; así, la utilidad en la venta los activos poseídos por un término inferior a dos años constituye

[21] Sentencias del 16 de noviembre de 2016 **Exp. 21983**, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, del 29 de junio de 2017, **Exp. 20838** y del 27 de junio de 2018, **Exp. 21603**, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

renta líquida, mientras que los poseídos por un término igual o superior se consideran ganancia ocasional. En ambos casos, la utilidad resulta de la diferencia entre el precio de enajenación y el costo fiscal del activo[22].

- Por disposición del artículo 69 del Estatuto Tributario[23], el costo fiscal del activo está constituido por: i) el precio de adquisición afectado con los ajustes o disminuciones fiscales autorizadas o, ii) el costo declarado el año inmediatamente anterior. En el caso de las acciones[24], el artículo 272 ibídem establece que se declaran por su costo fiscal ajustado por inflación[25], cuando a ello haya lugar[26].

- El artículo 2º del Decreto 2591 de 1993[27] establece que el costo enajenación de acciones corresponde al precio de

---

[22] Artículos 90, 179 y 300 del Estatuto Tributario.

[23] E.T. «***Art. 69*** *(…) El costo de los bienes enajenados que tengan el carácter de activos fijos, está constituido por el precio de adquisición o el costo declarado en el año inmediatamente anterior, según el caso, más los siguientes valores:*
a. El valor de los ajustes a que se refiere el artículo siguiente.
b. El costo de las adiciones y mejoras, en el caso de bienes muebles.
c. El costo de las construcciones, mejoras, reparaciones locativas no deducidas y el de las contribuciones por valorización, en el caso de inmuebles.
Del resultado anterior se restan, cuando fuere del caso, la depreciación u otras disminuciones fiscales correspondientes al respectivo año o período gravable, calculadas sobre el costo histórico, o sobre el costo ajustado por inflación, para quienes se acojan a la opción establecida en el artículo».

[24] De conformidad con el artículo 60 del Estatuto Tributario, las acciones que se adquieren y no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente tienen el carácter de activos fijos.

[25] Los ajustes por inflación fueron derogados por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006.

[26] El artículo 272 del Estatuto Tributario señala que para los contribuyentes obligados a utilizar sistemas especiales de valoración de inversiones, de acuerdo con las disposiciones expedidas al respecto por las entidades de control, el valor patrimonial será el que resulte de la aplicación de tales mecanismos de valoración, lo cual no aplica para la sociedad demandante.

[27] **D. 2591 de 1993** «*Art. 2º.- Costo de los activos fijos enajenados. Para efectos de lo previsto en los artículos 69, 332, 333-2 y 342 del Estatuto Tributario, el costo de los bienes, enajenados, muebles, inmuebles, acciones y aportes, que tengan el carácter de activos fijos, está constituido por los conceptos que se señalan a continuación: (…) 3. Determinación del costo de enajenación de las acciones y aportes en sociedades. El costo de enajenación de las acciones y aportes en sociedades que tengan el carácter de activos fijos, está constituido por: a) El precio de adquisición; b) El valor de los reajustes fiscales originados en los ajustes permitidos por el artículo 70 del Estatuto Tributario; c)*

adquisición, lo cual no contradice el artículo 69 del Estatuto Tributario[28], pues reglamenta el costo de adquisición de activos enajenados y no el costo declarado en el año anterior.

- El costo fiscal de las acciones que tengan el carácter de activos fijos y que pertenezcan a contribuyentes que no estén obligados a utilizar sistemas especiales de valoración de inversiones, *«se determina por el precio de adquisición del bien o el declarado en el año inmediatamente anterior, más los ajustes de ley[29]»*.

- El artículo 76 del Estatuto Tributario regula el costo fiscal de las acciones poseídas en una misma empresa que tengan costos diferentes, en cuyo caso, el contribuyente debe tomar como costo de enajenación el promedio de tales costos.

Caso concreto

La Sala debe establecer si la enajenación de las acciones que la actora tenía en la Promotora Hidroeléctrica Ituango Pescadero S.A. E.S.P. generó una utilidad gravada a título de renta o de ganancia ocasional.

En la declaración de renta del año 2007 presentada el 18 de abril de 2008, la actora registró en el renglón de «*Acciones y aportes*» la

---

El valor de los ajustes por inflación efectuados de conformidad con el título V del Estatuto Tributario a partir del año gravable de 1992». (Se subraya).
[28] Cfr. Sentencia del 16 de noviembre de 2016, **Exp. 21983**, C.P. (E) Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
[29] Exp. 20838.

suma de $249.529.000[30], que incluye 25.023 acciones en la Promotora Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., por valor de $25.023.000[31].

En virtud del contrato celebrado el 5 de agosto de 2008 con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA, la actora transfirió 78.516 acciones de la Promotora Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. por valor de $2.893.667.922 y un precio de $36.854.50 por acción[32].

El 16 de octubre de 2008 la demandante corrigió la declaración de renta del año 2007 y modificó el valor de las acciones de $249.529.000 a $3.087.877.112, generando un incremento en el costo de las acciones de $2.838.348.000[33], y un valor patrimonial de $2.872.838.000 (costo ajustado $34.490.000[34] más valorizaciones $2.838.348.000).

En la declaración de renta del año 2008, la contribuyente llevó como deducción por costo de venta de las acciones y costo por ganancias ocasionales[35], la valorización de las acciones registrada en la corrección a la declaración de renta del año 2007.

---

[30] Fl. 16 del c.a – 7 del c.p.
[31] Fl. 72 del c.a. Según balance de prueba con ajustes a diciembre 31 de 2007.
[32] Contrato de compraventa, comprobante de cheque y nota contable (Fls. 83 a 87 del c.a.).
[33] Declaración y anexo (Fls. 17 y 59 del c.a.).
[34] En los anexos de la declaración inicial del impuesto sobre la renta del año 2007, la actora registró un costo histórico de las acciones de $25.023.000 más ajustes $9.466.778.30, para un costo ajustado de $34.489.778.30
[35] En el anexo a la declaración de renta del año 2008 (Fl. 72 del c.a.), la actora registró a título de «*Costo venta acciones pescadero renta ordinaria*» la suma de $1.923.042.494, y como «*Costos y deducciones por ganancias ocasionales*» la suma de $967.540.534 (Fl. 72 Vto.).

En relación con la operación señalada, la Administración precisó que:

- A 31 de diciembre de 2007[36], la actora registró en la cuenta 120530, 25.023 acciones con un valor nominal de $1.000, para un total de $25.023.000, lo cual no fue cuestionado por la actora.

- La diferencia entre las 78.516 acciones vendidas y las 25.023 señaladas corresponde a 53.493 acciones que adquirió y vendió en el año 2008, a un valor nominal de $1.000 por acción, para un total de $53.493.000.

- El costo fiscal ajustado de las 25.023 acciones poseídas por más de dos años es de $34.490.000[37], y de las restantes 53.493 acciones es de $53.493.000.

- En la declaración del año 2008, la actora registró como *«otras deducciones»* en renta $1.957.913.000, de los que $1.923.042.000 corresponde al costo de venta de 53.493 acciones, y como «*costo de ganancia ocasional»* $ 967.541.000 por las 25.023 acciones poseídas por más de dos años. Lo anterior, no fue discutido por la actora.

En esas condiciones, la entidad demandada dijo que la venta de 78.516 acciones por la suma de $2.893.668.000, con un valor de $36.854.50 por acción, se debió declarar, así:

---

[36] Acta de Verificación y observaciones - Fls. 26 a 29 del c.p

[37] Costo fiscal de las acciones poseídas por más de dos años ($25.023.000) más ajustes por inflación ($9.466.778.30).

Concepto	Valores declarados	Valores determinados	Diferencia
Ingresos brutos no operacionales - renta ordinaria	$1.925.095.000	$1.971.458.000 (53.493 acciones)	$46.363.000
Ingresos por ganancia ocasional	$968.573.000	$922.210.000 (25.023 acciones)	($46.363.000)
Valor de venta	$2.893.668.000	$2.893.668.000	

A partir de los valores determinados y al tomar como costo fiscal de las acciones el precio de adquisición, dispuso[38]: i) **adicionar** ingresos brutos no operacionales (renta ordinaria) en $46.363.000 y **disminuir** ingresos por ganancia ocasional en esa misma cifra; ii) **establecer** una utilidad en renta de $1.917.965.000 ($1.971.458.000 - $53.493.000) y una ganancia ocasional de $887.720.000 ($922.210.000 - $34.490.000) y, iii) **disminuir** *«otras deducciones»* en renta en $1.869.549.000 ($1.923.042.000[39] - $53.493.000) y costos por ganancia ocasional en $933.051.000 ($967.541.000[40] - $34.490.000).

La entidad demandada **reclasificó** ingresos por valor de $46.363.000, aumentándolos a ingresos no operacionales (renta ordinaria) y disminuyéndolos a los ingresos por ganancias ocasionales.

[38]Liquidación de revisión - Fls. 59, 60 y 67 a 70 del c.p.
[39] Costo de venta de las acciones declarado.
[40] Costo de venta de las acciones declarado.

En la demanda, la actora afirmó que en el año 2008 no adquirió 53.493 acciones sino 52.235, y que a 31 de diciembre de 2007 poseía 26.281 acciones y no 25.023 como afirma la demandada.

La Sala observa que, con fundamento en los registros contables a 31 de diciembre de 2007, la DIAN estableció que la demandante registró 25.023 acciones por valor de $25.023.000[41], con un valor nominal de $1.000 por acción, y que en virtud del contrato de compraventa transfirió 78.516 acciones, lo cual indica que la diferencia entre las acciones poseídas en el año 2007 y las enajenadas corresponde a 53.493 acciones que se compraron y vendieron en el año 2008.

El número de acciones determinado por la Administración no fue desvirtuado por la actora, pues no ejerció ninguna actividad probatoria tendiente a establecer un número de acciones diferente al determinado.

En esas condiciones, la Sala observa que la utilidad obtenida por la venta de 25.023 acciones poseídas por dos años o más constituye **ganancia ocasional**, y la obtenida por la enajenación de las 53.493 acciones poseídas por menos de dos años constituye **renta líquida**.

[41] Cuenta 120530.

Por lo tanto, los ingresos obtenidos por la venta de 78.516 acciones, con un valor unitario de 36.854.50, se debieron declarar así:

Ingresos brutos no operacionales	$1.971.458.000 (53.493 acciones)
Ingresos por ganancia ocasional	$922.210.000 (25.023 acciones)

Desconocimiento de deducciones en renta

Las 53.493 adquiridas y vendidas en el año 2008, estuvieron en el patrimonio de la actora por un periodo inferior a dos años, por lo cual, al momento de su enajenación generaron una utilidad gravada a título de renta. Lo anterior, por cuanto la utilidad en renta resulta de la diferencia entre el precio de enajenación y el costo fiscal del activo enajenado.

La Sala, siguiendo el precedente jurisprudencial invocado[42], considera que la actora no podía tomar como costo fiscal de las 53.493 acciones adquiridas y vendidas en el año gravable 2008, el informado en la corrección a la declaración del año inmediatamente anterior, porque dichas acciones no figuraban en su patrimonio a 31 de diciembre de 2007 y sobre estas no existía un costo declarado[43].

[42] Sentencia del 29 de junio de 2017, **Exp. 20838,** C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
[43] La actora registró como costo de venta de las acciones la suma de $1.923.042.000 (fl. 72 del c.a.), con lo cual procede el desconocimiento de deducciones por $1.869.549.000 ($1.923.042.000 - $53.493.000).

Por lo tanto, el costo fiscal de dichas acciones se debe fijar por el precio de adquisición, esto es, en la suma de $53.493.000 que corresponde a 53.493 acciones con un valor unitario de $1.000 por acción.

Así pues, como las acciones fueron vendidas en $1.971.458.000 (53.493 x $36.854.5), se presentó una utilidad gravada en renta de $1.917.965.000 ($1.971.458.000 - $53.493.000).

Desconocimiento de costos – impuesto complementario de ganancia ocasional

Está demostrado en el proceso que de las 78.516 acciones enajenadas en el año 2008, 25.023 permanecieron en el patrimonio de la contribuyente por dos años o más, lo cual indica que la utilidad generada por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo fiscal se considera ganancia ocasional.

Si bien el artículo 69 del Estatuto Tributario establece que los contribuyentes pueden registrar como costo fiscal el precio de adquisición de las acciones o el registrado en la declaración del año inmediatamente anterior, la Sala, siguiendo el precedente jurisprudencial invocado[44], considera que las 25.023 acciones se debieron declarar por su precio de adquisición ($34.490.000), pues el valor patrimonial de las acciones registrado en la corrección a la declaración de renta del año 2007, incluye un incremento que no

[44] **Exp. 20838.**

fue explicado por la actora[45], y que no puede desconocer las facultades de fiscalización de la Administración en relación con la declaración del año 2008.

Al respecto, la Sala reitera[46] que *«No puede tomarse como costo unitario de las acciones el registrado en la declaración de corrección del año 2007, tal afirmación se funda en el hecho de que la potestad de fiscalización de la DIAN, para el año gravable 2008, no puede verse afectada por la corrección para un período gravable anterior; más cuando esta fue presentada con posterioridad a la venta de esas inversiones, sin que el aumento del valor, que incide en el año 2008, fuera justificado por la actora* [47]*».* .

En el caso particular, la corrección de la declaración tributaria del año 2007 (16/10/2008) es posterior a la venta de acciones al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA (5/08/2008), sin que la contribuyente precisara las razones del incremento en el valor patrimonial de las acciones, lo cual no afecta las facultades de fiscalización de la Administración sobre una operación económica celebrada con anterioridad.

En esas condiciones, se justifica que el costo fiscal de las 25.023 acciones se fije en el precio ajustado de adquisición ($34.490.000) y, por lo tanto, como las acciones fueron vendidas en $922.210.000

---

[45] En sede administrativa y ante la jurisdicción, la actora no precisó en qué consistió el incremento en el valor patrimonial de las acciones aludidas. Además, en el expediente no obran los documentos que permitan inferir en qué consistió el procedimiento relacionado con dicha valorización.
[46] Sentencia del 27 de junio de 2018, **Exp. 21603**, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
[47] Lo anterior también fue puesto de presente por la Sala en sentencia del 29 de junio de 2017, **Exp. 20838**. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

(25.023 x $36.854.5), se presentó una utilidad gravada de $887.720.000.

Finalmente, la posición asumida por la Sala, siguiendo el precedente jurisprudencial invocado, al fijar el costo promedio por el valor de adquisición de las acciones y desconocer el registrado en la corrección a la declaración tributaria del año 2007, no afecta dicho periodo o la firmeza de la corrección a la declaración, sino la declaración de renta del año 2008, en la cual se realizó la operación de venta de acciones que, se reitera, es anterior a la citada corrección.

Costo promedio y costo presunto de las acciones

La actora expresó que se podía fijar como costo de enajenación el promedio establecido en el artículo 76 del Estatuto Tributario, porque a su juicio tenía en su patrimonio acciones con costos diferentes de una misma empresa. Además, alegó que ante las dudas de la Administración sobre el costo de las acciones, debió aplicar el costo presunto establecido en el artículo 82 ibídem.

El artículo 76 del Estatuto Tributario establece que los contribuyentes que tengan dentro de su patrimonio «*acciones de una misma empresa cuyos costos fueren diferentes*», deberán tomar como como costo de enajenación el promedio de tales costos.

La Sala advierte que en la declaración de renta del año 2008 la actora aplicó el costo de las acciones declarado en el año inmediatamente anterior (artículo 69 del Estatuto Tributario), y no el costo promedio previsto en el artículo 76 ibídem.

Si bien las acciones enajenadas por el contribuyente eran de una misma empresa[48] y tenían costos diferentes[49], no procede la aplicación del artículo 76 del Estatuto Tributario en los términos señalados por la contribuyente, pues solicitó que se establezca el costo promedio teniendo en cuenta el incremento patrimonial de las acciones registrado en la corrección a la declaración de renta del año 2007 que, como se indicó, no fue justificado. Al efecto, la demandante señaló[50]:

> *.«…la operación de venta de acciones Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., que motiva la expedición de la liquidación oficial de revisión, cumple con la totalidad de los presupuestos exigidos para la aplicación del artículo 76 del Estatuto Tributario, por lo que no se genera renta ni ganancia ocasional, ya que si el costo fiscal de las acciones poseídas a 31 de diciembre de 2007 (ver declaración de renta de 2007 No 91000059781945) es de $2.838.348.000, lo que implica que por acción su costo es de $108.000, y si se toma como costo de las acciones adquiridas en 2008 a razón de $1.000 por acción, se obtendría un costo promedio por acción de $54.500, muy superior al precio de venta por acción que fue de $36.854.5. Y si se toma como costo a promediar $108.000 para las adquiridas antes del 2008 y 36.815 para las adquiridas en el 2008 ($1.923.042.494 dividido por 52.235 acciones) se obtendría un promedio de costo por acción de $72.407,5».*

[48] Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.
[49] $34.490.000 costo ajustado año 2007 y $53.493.000 costo ajustado año 2008
[50] Recurso de reconsideración (Fls. 121 y 122 del c.p.) y recurso de apelación (fl. 240 del c.p.).

Por lo anterior, como el promedio (artículo 76 del Estatuto Tributario) se calcula a partir del costo fiscal de las acciones, que en este caso corresponde al precio de adquisición, la operación de la actora se aparta de lo dispuesto en el citado artículo 76 del Estatuto Tributario.

En esas condiciones, como el precio de adquisición de las 78.516 acciones es $87.983.000[51], el costo unitario por acción es de $1.120.57, teniendo en cuenta que, como lo precisó la Sala[52], el costo unitario de las acciones *«Se refiere al costo fiscal de cada acción, el cual puede ser determinado con el precio de adquisición o el declarado en el año anterior».*

Lo anterior, bajo el supuesto de que *«el "costo promedio" de las acciones enajenadas, a que se refiere el artículo 76, es en relación con el valor unitario de las acciones que posee la sociedad en la fecha de la enajenación, y que están disponibles para su venta[53]».*

De otro lado, no procede el costo presunto previsto en el artículo 82 del Estatuto Tributario, porque el costo fiscal fue determinado por la Administración con fundamento la normativa tributaria aplicable, con observancia del precio de adquisición de las

[51]

Acciones	**Precio unitario de adquisición**	**Valor total**
25.023 poseídas dos años o más	$1.378.03	$34.490.000
53.493 adquiridas en el año 2008	$1.000	$53.493.000
Total: 78.516	$1.120.57	$87.983.000

[52] Sentencia del 27 de junio de 2018, Exp. 21603, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
[53] Sentencia del 26 de enero de 2006, Exp. 13592, C.P. Héctor J Romero Díaz.

acciones, la contabilidad de la contribuyente y los documentos que soportan la venta de las acciones[54].

Además, la demandante aplicó el costo fiscal de forma indebida, basándose para ello en el artículo 69 del Estatuto Tributario, y no en el artículo 82 ibídem.

Error aritmético

En cuanto a la aducida falta de correspondencia entre la declaración, el requerimiento y la liquidación oficial alegada por la compañía demandante por errores registrados en la hoja del sistema gestor, en relación con los datos declarados por la contribuyente, la Sala observa que se trata de errores aritméticos que fueron corregidos expresamente por la Resolución 900125 de 28 de julio de 2011[55], como lo prevé el artículo 866 del Estatuto Tributario, y que no afectaron la congruencia de la actuación administrativa adelantada[56].

Por otra parte, la Sala evidencia que la liquidación oficial de revisión no modificó el anticipo para el año gravable 2009, pues confirmó el declarado por la contribuyente en la suma de $26.776.000[57].

Sanción por inexactitud - Reiteración Jurisprudencial[58].

---

[54] Como se precisó en la sentencia del 29 de junio de 2017, Exp. 20838, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
[55] Fls. 287 a 298 del c.a.
[56] Lo anterior fue puesto de presente por la Sala en la sentencia del 25 de abril de 2018, Exp. 20620, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.
[57] Fls. 224 y 225 del c.p.

El artículo 647 del Estatuto Tributario establece que, procede la sanción por inexactitud, entre otros eventos, cuando en la declaración se incluyen costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes, o se utilizan datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados de los que se derive un menor impuesto a cargo o un mayor saldo a favor del contribuyente.

Se considera que debe mantenerse la sanción por inexactitud, porque la sociedad declaró de forma equivocada el costo fiscal de las acciones enajenadas en el año 2008, lo que derivó en un menor impuesto de renta y del complementario de ganancia ocasional. No se presentó diferencia de criterios en relación con la interpretación del derecho aplicable, sino el desconocimiento de las normas que regulan el costo fiscal de las acciones enajenadas[59].

La Sala pone de presente que mediante el artículo 282 de la Ley 1819 de 2016[60], que modificó el artículo 640 del Estatuto Tributario, se estableció en el parágrafo 5 que «*el principio de favorabilidad aplicará para el régimen sancionatorio tributario, aun cuando la ley permisiva o favorable sea posterior*».

---

[58] Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencias del 20 de febrero de 2017, **Exp. 20623**, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas (E) y 9 de marzo de 2017, Exp. 19823, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.
[59] Como se expresó en la sentencia del 29 de junio de 2017, **Exp. 20838**, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
[60] «*Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal y se dictan otras disposiciones*».

Al respecto, se observa que la sanción por inexactitud consagrada en el artículo 647 del Estatuto Tributario[61], fue modificada por la Ley 1819 de 2016[62], al establecer una sanción más favorable, en tanto disminuyó el valor del 160% -*establecido en la legislación anterior*- al 100% de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor determinado en las liquidaciones oficiales y el declarado por el contribuyente.

En consideración a lo anterior, la Sala aplicará el principio de favorabilidad y establecerá el valor de la sanción por inexactitud en el 100% y no el 160% impuesto en los actos demandados.

Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia apelada, en el sentido declarar la nulidad parcial de los actos demandados, solo en lo referente al valor de la sanción por inexactitud, conforme con lo expuesto en esta providencia.

En consecuencia, la Sala procederá a practicar una nueva liquidación del impuesto de renta del año gravable 2008, para recalcular la sanción por inexactitud y el total saldo a pagar, así:

Saldo a pagar Liquidación Privada	$85.966.000
Saldo a pagar determinado	$1.247.918.000

[61] E.T. «*Artículo 647. Sanción por inexactitud. (…) La sanción por inexactitud será equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, según el caso, determinado en la liquidación oficial, y el declarado por el contribuyente o responsable. Esta sanción no se aplicará sobre el mayor valor del anticipo que se genere al modificar el impuesto declarado por el contribuyente».*

[62] Artículo 288 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 648 del E.T.

oficialmente	
Diferencia	$1.161.952.000
Porcentaje sanción por inexactitud 100%	**$1.161.952.000**

Concepto	**Liquidación Privada**	**Liquidación Oficial corregida en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración**	**Liquidación Consejo de Estado**
Saldo a pagar por impuesto	$85.966.000	$1.247.918.000	$1.247.918.000
Sanciones	$0	$1.479.773.000	$1.161.952.000
Total saldo a pagar	$85.966.000	$2.727.691.000	**$2.409.870.000**

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar, se dispone:

1. ***DECLÁRASE*** *la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión 112412010000064 de 26 de julio de 2010 y de la Resolución 900.125 del 28 de julio de 2011, expedidas por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín y la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*

2. *A título de restablecimiento del derecho,* ***FÍJASE*** *como valor a pagar a cargo de la sociedad PERFILAR CONSTRUCCIONES S.A, por concepto del impuesto sobre la renta del año 2008, la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL PESOS M/CTE ($2.409.870.000), de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de esta providencia.*

RECONÓCESE personería para actuar en nombre de la entidad demandada al abogado Pablo Nelson Rodríguez Silva, en los términos del poder visible en el folio 261 del c.p.

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

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

MILTON CHAVES GARCÍA **STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**
Presidente de la Sección

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ **JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**