



**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN
CUARTA**

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D.C. Diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación:	250002327000200800136-02
No interno:	18928
Demandante:	TORO ORTIZ Y COMPAÑÍA S. A.
Demandado:	UAE DIAN
Asunto:	Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Renta 2003

F A L L O

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 4 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decidió negar las pretensiones de la demanda, que se transcriben más adelante.

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

- El 5 de abril de 2004, TORO ORTIZ Y COMPAÑÍA LTDA. presentó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2003.

- El 30 de marzo de 2006, mediante el Requerimiento Especial 300632006000044¹, la DIAN propuso las siguientes modificaciones a la declaración antes referida:
 - Rechazar la deducción por pérdida en venta de títulos de tesorería -TES declarada en la suma de \$1.777.370.000, por encontrar que no cumple con los preceptos contemplados en los artículos 107, 177-1 y 148 del Estatuto Tributario, y artículo 10 del Decreto Reglamentario 779 de 2003;
 - Rechazar como renta exenta la suma de \$1.709.451.000, ingresos generados en la venta de títulos hipotecarios- TIP, por considerar que no se cumplen los presupuestos previstos en la Ley 546 de 1999 y encontrar que la compra y venta de títulos TIP y TES constituyó una operación simulada, con el fin de obtener los beneficios tributarios previstos en la citada ley.
 - Rechazar gastos operacionales de administración por la suma de \$20.107.000, que corresponden a salarios que no cumplen con lo previsto en el artículo 108 del Estatuto Tributario y otros gastos que no se encuentran soportados o no tienen relación de causalidad.
 - Imponer sanción por inexactitud en cuantía de \$2.147.883.000.

- El 21 de diciembre de 2006, mediante la Liquidación Oficial de Revisión 300642006000097², la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2003 presentada por Toro Ortiz y Compañía S. A. en los términos del requerimiento especial.

¹ Folios 53 a 75 c.p.

² Folios 113 a 149 c.p.



- El 21 de febrero de 2007, Toro Ortiz y Compañía S.A. corrigió la declaración de renta del año 2003, modificada por la citada liquidación oficial de revisión. Aceptó parcialmente el rechazo de gastos operacionales de administración en la suma de \$13.032.000, y, por tanto, liquidó el mayor impuesto generado por este concepto.
- El 14 de enero de 2008, mediante la Resolución 300662008000001³, la DIAN confirmó la liquidación oficial de revisión.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. LA DEMANDA

Toro Ortiz y Compañía S. A. formuló las siguientes pretensiones:

1. Que por los motivos de ilegalidad que expondré en la sección cuarta de esta demanda, se anulen los actos administrativos a los que hice referencia en el numeral 5º. del punto I de esta demanda, mediante los cuales se modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios de mi representada por el año gravable 2003.

Que como consecuencia, se restablezca a mi representada en la plenitud de sus derechos de conformidad con la acción contenciosa que con esta demanda se interpone y por tanto, se declare la firmeza de la declaración privada presentada por TORO ORTIZ Y COMPAÑIA S.A. por el año gravable 2003.

2. En el evento en que la petición anterior no sea de recibo, y a pesar de la flagrante violación al derecho de defensa y de tener derecho a las rentas exentas originadas en la utilidad obtenidas en la venta de Títulos Hipotecarios -en adelante, TIP- y a la procedencia de la deducción por la pérdida en la venta de Títulos de Tesorería -en adelante, TES- en ningún caso la modificación de la liquidación privada puede generar una situación más gravosa a la que el contribuyente se

³ Folios 181 a 213 c.p.



encontraba antes de la realización de las operaciones cuestionadas, y en todo caso sin que haya lugar a la imposición de una sanción de inexactitud.

3. En caso de que las anteriores peticiones no sean de recibo, y si se avala la actuación oficial respecto al desconocimiento de la deducción por la pérdida en venta de TES, de todas maneras surgió el derecho para el tratamiento de rentas exentas por los rendimientos financieros en las ventas de TIP en los términos del artículo 16 de la Ley 546 de 1999, y en todo caso sin que el mayor valor derivado de la liquidación efectuada de esta manera genere sanción de inexactitud.

4. Si las anteriores peticiones no son de recibo, y en caso de que no se acepte el tratamiento de rentas exentas en la obtención de rendimientos financieros en la venta de TIP, en todo caso habría lugar a aceptar la deducción por la pérdida en la venta de TES, sin que, de ninguna manera, el mayor valor derivado de la liquidación efectuada de esta manera genera sanción de inexactitud.

5. En todo caso debe aceptarse el pago del impuesto por valor de COL\$ 4.561.000 y la sanción reducida por valor de COL\$ 4.014.000, efectuados con ocasión de la aceptación de la modificación al renglón 73 en los términos propuestos en la Liquidación de Revisión, tal y como consta en la declaración de corrección presentada el 21 de Febrero de 2003.

2.1.1. Normas violadas:

La demandante invocó como disposiciones violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 29, 95 [numeral 9] y 338.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 3, 35, 59 y 84.
- Estatuto Tributario: artículos 26, 102-1, 107, 148, 177-1, 395, 647, 683, 707, 730, 742 y 744.
- Ley 546 de 1999: artículo 16.
- Ley 962 de 2005: artículo 1.
- Ley 2.
- 23 de 1995: artículo 264.



2.1.2. Concepto de la Violación

- **Desconocimiento de Rentas Exentas por**

\$1.709.451.000.

Sobre el desconocimiento de las rentas exentas argumentó:

Que la utilidad obtenida por la contribuyente a través de la negociación de TIP en el mercado secundario constituye un rendimiento financiero de acuerdo con los artículos 102-1 (inciso segundo) y 395 del Estatuto Tributario, y como tal, esto es, como rendimiento financiero, puede calificarse como renta exenta en los términos del artículo 16 de la Ley 546 de 1999.

Señaló que la argumentación expuesta en la liquidación oficial de revisión para descalificar la renta exenta obtenida por la sociedad no se propuso en el requerimiento especial, puesto que la DIAN adicionó la supuesta falta de concordancia de la operación financiera con los objetivos de la ley de financiación de vivienda.

Adujo que no obstante ser interesante el análisis efectuado por la administración para concluir que solamente los intereses que producen los TIP son objeto del beneficio tributario, dicho análisis, a su juicio, contraviene los artículos 27 y 28 del Código Civil, puesto que la expresión "*rendimientos financieros*" a que se refiere el



artículo 16 de la Ley 546 de 1999 es perfectamente clara, máxime cuando cuenta con una definición contenida en los artículos 102-1 y 395 del Estatuto Tributario, con un significado y efectos diferentes a los que pretende aplicar la Administración, tal como lo indicó la propia DIAN, según dijo, en el concepto No. 59797 de 1996.

Precisó que el análisis efectuado en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, fundamentado en el tratamiento contable de la utilidad en venta de inversiones, y su contabilización en la cuenta 4210, en vez de desvirtuar la aplicación del beneficio, lo reafirma, porque confirma que el ingreso, efectivamente se contabilizó como una ganancia obtenida en la venta de inversiones y, por tanto, como lo habría señalado la propia DIAN en el ya citado concepto, ese ingreso constituye un rendimiento financiero sujeto al beneficio establecido en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999.

Que si el legislador hubiese querido restringir el beneficio a los intereses que devengan los títulos, así se habría señalado en la norma. Que, por el contrario, el legislador utilizó un concepto más amplio que cobija las utilidades obtenidas en la compra y venta de los títulos, independientemente de que haya habido o no una erogación de recursos, situación que no aparece por ninguna parte como un requisito para acceder al beneficio. En consecuencia, alegó que la DIAN desconoció el artículo 1 de la Ley 962 de 2005, según el cual *"Para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones únicamente podrán exigirse las autorizaciones, requisitos o permisos que estén previstos taxativamente en la ley o se encuentren autorizados expresamente por esta"*.



Afirmó que si se tratara de una equivocación del legislador al denominar de manera incorrecta los eventos que dan lugar a la aplicación del beneficio tributario, de todas maneras la interpretación que propone la sociedad, a su juicio, cuenta con suficiente soporte legal, y que cualquier desconocimiento de sus actuaciones con base en una interpretación diferente constituye una violación al principio de certeza que gobierna la expedición de las normas tributarias, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en las sentencias C-488 y C- 569 de 2000, y C-114 de 2006.

Que no existe ninguna duda respecto a la obtención de rendimientos financieros con ocasión de la compra y venta de TIP en el mercado secundario de valores por parte de la sociedad, y por lo tanto, tampoco hay duda respecto de la aplicación del beneficio previsto en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999.

Explicó que con la respuesta al requerimiento especial y con el recurso de reconsideración se solicitó oficiar a CORREVAL S. A. para que certificara que los títulos a través de los cuales se obtuvieron los rendimientos cumplían los requisitos establecidos por la ley. Que esta prueba no la valoró la DIAN por ser presuntamente impertinente. A su juicio, esa omisión genera la nulidad de la actuación administrativa.

Señaló que resulta relevante demostrar que los títulos que dieron origen a los rendimientos financieros considerados como exentos, cumplían la totalidad de los requisitos señalados en el artículo 16 de la Ley 569 de 1999, y que dichos rendimientos efectivamente se produjeron, tal y como consta en las papeletas de bolsa que soportan las respectivas transacciones, pruebas que, según dijo, no han



sido tachadas de falsas. Que es por ello que solicitaba, nuevamente, que se oficiara a Correval S.A. para que informe respecto de los TIP que dieron origen a los rendimientos financieros obtenidos por TORO ORTIZ Y COMPAÑIA S. A. en el año 2003, en operaciones realizadas por su intermedio.

Insistió en que la sociedad ejecutó las operaciones financieras con el propósito de acceder al beneficio tributario previsto para los rendimientos financieros derivados de la compra y venta de TIP. Que no es cierto que las operaciones se hayan simulado, pues está probado que sí se ejecutaron.

De otra parte, afirmó que la sentencia C-015 de 1993 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el artículo 278 del Estatuto Tributario (costo mínimo de los inmuebles adquiridos con préstamos), no se aplica al caso concreto por las siguientes razones: No se presenta una mimetización ilegal de ingresos para dificultar la tarea de las autoridades, por cuanto todos los ingresos, costos y gastos vinculados con las operaciones cuestionadas, desde el principio han estado disponibles sin que se haya ocultado o distorsionado la información; no se está infringiendo ninguna disposición, porque no se está transformando la naturaleza de los ingresos; no se están incluyendo costos y deducciones ficticias; no se están clasificando inadecuadamente las partidas; ni se están subvalorando inversiones.

Adujo que aprovechando la existencia de un beneficio tributario, simplemente se les dio a los rendimientos financieros derivados de los TIP el tratamiento que legalmente les corresponde y que, de otra parte, a las pérdidas obtenidas en la negociación de títulos de otra naturaleza pero definitivamente vinculados a la



generación de rentas en el mercado público de valores, se les dio la connotación de gastos financieros.

Que no se aplica el principio de la prevalencia del derecho sustancial, en la medida que las formas jurídicas para realizar determinadas actividades de inversión en el mercado público de valores son las que corresponden de acuerdo con su naturaleza, de tal manera que no se presentan abusos de las formas jurídicas. Para realizar inversiones en el mercado público de valores, simplemente se compran y se venden los títulos disponibles en el mercado, como en efecto sucedió en el caso concreto.

Que el hecho de realizar una planeación adecuada para acceder a un beneficio no va en contravía de las disposiciones legales. Si las autoridades tributarias no están de acuerdo con la aplicación de los beneficios deben buscar la derogatoria de las normas, pero mientras estén vigentes, los contribuyentes tendrán el derecho a realizar las actividades que se requieran para acceder a tales beneficios.

Afirmó que la calificación del beneficio como desproporcionado constituye un simple juicio de valor que no tiene efectos jurídicos y que las autoridades tributarias no tienen facultades para desestimar las actuaciones de los contribuyentes por considerar que los efectos derivados de la aplicación de las normas son proporcionados o desproporcionados pues, la calificación de los efectos de las normas no es una facultad que está en cabeza de las autoridades de impuestos. Concluyó que por virtud de dicha calificación no se puede desconocer la aplicación de las normas que consagran los beneficios tributarios.



Que si se consideró que el efecto tributario era desproporcionado "*frente a la actividad propia de la sociedad*", dicha calificación carece de consecuencias jurídicas y no puede resultar en el desconocimiento de los efectos de las normas, especialmente si se cumplieron los requisitos legales para acceder al beneficio.

- **Rechazo de la Deducción por Pérdida en Venta de TES por \$1.777.370.000**

Manifestó no compartir las razones de la administración para rechazar como gasto deducible las pérdidas obtenidas en la venta de TES.

Explicó que las pérdidas obtenidas en las ventas de TES están reguladas por el artículo 177-1 del Estatuto Tributario y, además, cumplen los requisitos de las deducciones previstos en el artículo 107 del mismo estatuto.

Precisó que la sola mención del artículo 177-1 del Estatuto Tributario en la liquidación de revisión para rechazar los gastos resulta contradictoria e inconsistente con el rechazo al tratamiento de la renta exenta originada en el rendimiento financiero, por cuanto dicho artículo se refiere a los costos y gastos vinculados con ingresos no constitutivos de renta y con rentas exentas, razón por la cual en la resolución del recurso de reconsideración no se hace remisión al citado artículo.

Que en la medida que, como se demostró anteriormente, se cumplen los requisitos para considerar los rendimientos financieros obtenidos en la venta de los TIP como rentas exentas, se comparte el criterio de las Divisiones de Fiscalización y Liquidación, respecto de la aplicación del párrafo del artículo 177-1 del Estatuto



Tributario, pero para concluir que el gasto originado en la compra y venta de TES, si puede ser tratado como deducible, en cuanto para este tipo de rentas exentas no existen limitaciones para la imputación de costos y gastos.

Señaló que se trata de operaciones estrechamente relacionadas, que corresponden a unos ingresos y gastos de la misma naturaleza, ya que ambos se originan en la compra y venta de títulos en el mercado público de valores, por lo que no se puede desconocer la condición de ingresos gravables de los primeros y de gasto deducible de los segundos, independientemente de que exista o no una disposición que posteriormente permita el desgravamen de los ingresos por considerarlos como rentas exentas.

Afirmó que no puede desconocerse que los rendimientos financieros obtenidos en la utilidad por la compra y venta de títulos en el mercado público de valores puedan ser afectados con los gastos vinculados con esa misma actividad, entre los cuales se incluyen los relacionados con las pérdidas en la compra y venta de títulos de la misma naturaleza.

Que utilizando la misma terminología de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia del 13 de Octubre de 2005 (expedientes 13631 y 14122), con ponencia del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, es innegable "el vínculo o correspondencia" que debe establecerse entre la expensa, en este caso, el gasto financiero originado en la pérdida de los títulos, y "la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero que en todo caso le produce la renta", es decir, con el rendimiento financiero obtenido por esta misma actividad de negociación de títulos en el mercado bursátil.



Manifestó que por la forma en que se encontraba estructurada la operación, no se podía obtener una utilidad en la venta de los TIP sin que también se incurriera en la pérdida de los TES. En este sentido -dijo- este gasto es necesario puesto que, de lo contrario, no se hubieran podido llevar a cabo las transacciones que derivaron en los rendimientos por la compraventa de TIP. De donde se reitera su necesidad y relación con una actividad generadora de renta.

Que en los casos en que el legislador ha querido prohibir la deducción del gasto generado en la pérdida por la enajenación de ciertos títulos, así lo ha manifestado, tal como ocurre con los Bonos de Financiamiento Especial y Bonos de Financiamiento Presupuestal a que se refieren los artículos 154 y 155 del Estatuto Tributario, y el artículo 53 de la Ley 383 de 1997 que de manera expresa limitó la deducción del gasto originado en el descuento otorgado en la enajenación de títulos derivados de obligaciones fiscales y cambiarías.

Que la deducción originada por la pérdida en la venta de TES no se encuentra regulada por el artículo 148 del Estatuto Tributario, tema que fue planteado en la respuesta al requerimiento especial, sobre el cual no se desvirtuaron las razones esgrimidas por el contribuyente. Por esta razón, el demandante dijo que reiteraba los mismos argumentos expuestos en dicha respuesta.

Afirmó que tal como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado del 20 de Enero de 1984 citada en la página No. 7 del requerimiento especial, las pérdidas de capital a que se refiere el artículo 148 del Estatuto Tributario son las que ocurren



sobre los activos fijos, característica que no se predica de los títulos que originan los gastos que se están rechazando. Además debe estarse en presencia de activos que se "usen" en la actividad productora de renta, situación que no se presenta respecto de los títulos que se compran para ser posteriormente enajenados.

Que el hecho que no exista una disposición específica que se refiera a la deducción por pérdidas originadas en la venta de TES no significa que no haya lugar a la deducción, porque existen normas que limitan la deducción por las pérdidas originadas en cierto tipo de títulos, como los ya mencionados, y porque la regulación especial de algunos egresos en que incurre el contribuyente "no quiere decir que sean los únicos aceptados como deducciones". Dijo que en este sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia del 11 de mayo de 2006, refiriéndose a las pérdidas en las ventas de Títulos de Ahorro Cafetero -TAC.

- **Violación al principio de justicia y equidad.**

Indicó que en la medida que el desconocimiento tanto de las rentas exentas como del gasto por pérdida en venta de TES tiene un doble efecto frente a la situación del contribuyente antes de la realización de las operaciones en bolsa, se está desconociendo el principio de justicia y equidad que debe gobernar las actuaciones de impuestos tal como lo establecen los artículos 95 [numeral 9] de la Constitución Política y 683 del Estatuto Tributario.



Que si parte de la argumentación de la DIAN ha consistido en sostener que se trata de una operación simulada, lo pertinente y concordante sería el desconocimiento total de todos los efectos de la transacción.

Afirmó que con ocasión de la liquidación oficial de revisión, el valor del impuesto y de la sobretasa se incrementaron 1.8 veces, respecto del impuesto y la sobretasa que se hubieran pagado ante la eventualidad de realizar las operaciones en bolsa, cuyos efectos se están desconociendo, a pesar de calificarse como operaciones simuladas.

Que por ello, la actuación de la administración no puede dar lugar al pago de un impuesto superior al que se hubiera pagado, si no se hubieran realizado las operaciones cuyos efectos se están dejando de tener en cuenta.

- **Improcedencia de la Sanción por Inexactitud**

El demandante alegó que está demostrado que aplicó correctamente las normas relativas al tratamiento de rentas exentas de los rendimientos financieros obtenidos en la negociación de TIP, así como las que regulan las deducciones por pérdidas generadas en la venta de TES. Que, en consecuencia, no procede imponer la sanción de inexactitud.

Expuso que se impuso la sanción por la presunta distorsión de la naturaleza de los costos y rentas exentas, hecho que no está tipificado como falta. Que, además, en la liquidación oficial de revisión no se establece cuál de las conductas señaladas en



dicha norma es la que origina la sanción, situación que genera violación al derecho de defensa, en cuanto no basta citar la norma, sino que es necesario, señalar cuál es la conducta que se le endilga al contribuyente.

Afirmó que existe una diferencia de criterios respecto del tratamiento tributario aplicable a los resultados de unas operaciones en bolsa real y efectivamente realizadas, en donde se destaca que no existe discusión respecto a la naturaleza de los títulos y la condición de rendimientos financieros que dieron origen al tratamiento de rentas exentas, y que no existe ninguna disposición que limite el gasto deducible originado en la pérdida por las transacciones en TES, sobre todo si se considera que dicha posición se encuentra soportada no solo en el texto de las normas citadas, sino en jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Que la posición jurídica asumida por la contribuyente no es caprichosa e infundada sino que cuenta con un respaldo normativo y jurisprudencial, que además no es único sino que se comparte con otras entidades, entre las cuales se incluye la propia DIAN.

- **Nulidad de la actuación administrativa**

Indicó que la actuación administrativa es nula en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que con la respuesta al requerimiento especial se solicitó oficiar a CORREVAL S. A. para que certificara sobre las operaciones realizadas por su intermedio, con el fin de demostrar que los rendimientos financieros obtenidos en las operaciones de compra y venta de los TIP cumplían los requisitos previstos en la Ley 546 de 1999, prueba que fue negada en



la liquidación de revisión por considerarla impertinente, cuando por el contrario, dicha prueba cumplía los requisitos de conducencia y pertinencia para que fuera decretada.

Que la misma prueba fue solicitada con el recurso de reconsideración, y que la administración no se pronunció al decidir el recurso y, adicionalmente, efectuó un análisis parcial del material probatorio. Que tampoco se pronunció sobre todas las cuestiones planteadas tanto en la respuesta al requerimiento especial como en el recurso de reconsideración incurriendo en violación por falta de motivación.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.2.1. Rechazo de renta exenta (utilidad por venta en títulos TIP) y de la deducción por pérdida (pérdida en la venta de títulos TES)

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda. Solicitó tener en cuenta los argumentos esgrimidos en las etapas de determinación y discusión, y adicionalmente los siguientes:

Señaló que la investigación se originó a raíz de una verificación de las operaciones realizadas por varias sociedades con CORREVAL S.A., empresa que a través de supuestas operaciones Swap ofrecía a sus clientes la obtención de beneficios tributarios a cambio de una módica comisión.

Que la División de Normativa y Doctrina Tributaria, en el concepto No. 051977 del 2 de Agosto de 2005 analizó el concepto de Fraude Fiscal en Colombia, y precisó lo siguiente: *"...la evasión que reviste formas sofisticadas, mediante el*



encadenamiento de actos o contratos formalmente válidos que persiguen un objetivo evasivista, no justificándose comercialmente, de manera que de no haberse organizado determinada actividad económica o empresa, con esa diversidad de actos, el impuesto sería superior...".

Que la Corte Constitucional, en Sentencia C-015 de enero 21 de 1993, desarrolló el concepto de fraude fiscal, definiendo la elusión y evasión fiscal.

Para la DIAN, el riguroso análisis del acervo probatorio demuestra que el demandante incurrió en fraude fiscal, por lo siguiente:

Explicó que en los folios 4 al 6 del cuaderno 1 del expediente, se encuentra el oficio del 25 de marzo de 2004, remitido a la Subdirección de Fiscalización Tributaria por el representante legal de la sociedad y el revisor fiscal, mediante el cual hace una descripción detallada por fecha de operación, nombre y NIT del vendedor o comprador según el caso, valor de la transacción (valor nominal y valor neto), de cada una de las operaciones SWAP realizadas en la Bolsa de Valores en diciembre del año 2003.

Detalló que en el oficio referido se relacionan una serie de operaciones de compra y venta tanto de títulos hipotecarios TIP como de TES, realizadas entre CORREVAL S. A. y TORO ORTIZ Y COMPAÑIA S. A. por operaciones SWAP, en las que se registra una utilidad y una pérdida. Que se convino como forma y medio de pago la compensación y el giro de cheque.



Agregó que en los folios 12 al 15 reposan los comprobantes internos de contabilidad con el respectivo comprobante de liquidación de la operación, sistema centralizado de operación de la Bolsa de Valores de Colombia, todos del año 2003. Que con estos documentos se acredita que, ante la Bolsa de Valores, se realizaron operaciones SWAP con títulos hipotecarios TIP y TES.

Que al analizar las operaciones con los TIP se advierte que se presentó una diferencia entre el precio de compra y de venta pero que no generó ningún desembolso real para TORO ORTIZ Y CIA. S. A. porque la diferencia entre la supuesta utilidad en la venta de TIP y la pérdida en la venta de TES es el valor de la comisión \$67.918.924 que fue el valor realmente pagado.

Sostuvo que es evidente el propósito de obtener un doble beneficio al llevar el valor de \$1.709.451.205 como renta exenta y el valor de \$1.777.370.129 como deducción por pérdida en la enajenación de activos, cuando la operación solo existió en el papel ya que la compra y venta de los títulos duró apenas unos segundos.

Que el hecho de que en ninguno de los certificados se registre suma alguna por concepto de rendimientos ni fecha en que se hubieren generado, lleva a concluir que no se generaron en ninguna de estas operaciones rendimientos financieros, porque lo único que se dio fue la supuesta compra-venta de títulos y no los rendimientos que se generan por la tenencia de los mismos en el tiempo.

Afirmó que obra en el expediente, en los folios 37 y 38, fotocopia de la propuesta del modelo de optimización tributaria de la sociedad CORREVAL S. A., en la que se



establece como estrategia para las sociedades, el estructurar operaciones SWAP de compra y venta de TIP contra títulos TES para generar rentas exentas. Que este modelo de operación financiera fue aportado a la investigación a través del acta de traslado de pruebas del 18 de febrero de 2005, en la que se observa que su finalidad era generar rentas exentas para disminuir el impuesto a través de operaciones de tesorería con títulos hipotecarios.

También explicó que en los folios 25 y 26 se encuentra el informe de la visita realizada a la sociedad demandante en el que se estableció que registró en la cuenta 424035 la utilidad en la venta de inversiones por un valor de \$1.709.451.205, y en la cuenta 531005 el valor de la pérdida en venta de inversiones en cuantía de \$ 1.777.370.129.

Que, así mismo, en los folios 462 a 487 se encuentra el Informe de Visita No. 396 del 15 de diciembre de 2004, remitido por la Superintendente delegada para las investigaciones de la Superintendencia de Valores, en el que se hace un análisis pormenorizado de las operaciones realizadas por CORREVAL S. A. con las sociedades clientes entre las que se encuentra Toro Ortiz y CIA. S. A.

Del citado informe, dijo la DIAN, se desprende claramente que no se transfirieron los títulos, así como tampoco recursos. Que, por tanto, las operaciones fueron aparentes pues se ejecutaron con el único fin de obtener beneficios tributarios a los que no tenía derecho la sociedad, como llevar como renta exenta el valor de \$1.709.451.000 y, a su vez, deducir como pérdida el valor de \$1.777.370.000, valor



este último que incluye el pago de la comisión efectuada a la firma CORREVAL S.A por \$67.919.000, único pago realmente hecho.

Agregó que las operaciones ejecutadas no cumplieron los objetivos de la Ley 546 del año 1999, concretamente, los requisitos establecidos en el artículo 16 previstos para la obtención de los beneficios que esa ley consagra.

Afirmó que el Superintendente de Valores, en uso de sus facultades legales y, en especial, las conferidas por la Ley 546 de 1999, en concordancia con el Decreto 1719 de 2001, mediante la Resolución 775 de 2001, reguló los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de los títulos hipotecarios. Explicó que el artículo 11 de esa resolución reguló, precisamente, el pago de rendimientos y amortización, disposición que fue modificada por la resolución 223 de 2002 que estableció que los títulos hipotecarios se sujetarán en todo a la Resolución 179 de 2002.

Que respecto al pago de intereses, el artículo primero de la Resolución 179 de 2002 adicionó al capítulo primero del título segundo de la parte primera de la Resolución 400 de 1995 el artículo 1.2.1.5; estableció reglas de transparencia y homogeneización sobre los valores de contenido crediticio o mixto que sean objeto de oferta pública, entre estas, la reglas para el pago de intereses según la cual, éstos sólo podrán ser pagados al vencimiento del período objeto de remuneración, que dichos períodos serán mensuales, trimestrales, semestrales o anuales, y que se contarán a partir de la fecha de emisión del respectivo valor y hasta el mismo día del mes, trimestre, semestre o año siguiente.



Que con el fin de establecer si lo llevado por la sociedad como renta exenta corresponde a utilidad o rendimientos financieros, se tuvo en cuenta que conforme con el PUC, en la cuenta 4210 se registran los ingresos financieros y en la cuenta 4240, la utilidad en venta de inversiones.

Señaló que en el presente caso el valor de \$1.709.451.000 que es la supuesta utilidad proveniente de la enajenación de los TIP contablemente quedó registrada en la cuenta 42403500 y luego, al observar los documentos allegados como pruebas dentro de la investigación a la luz del marco jurídico que regula el tratamiento jurídico de los rendimientos financieros, se concluye que ninguno de los documentos dan cuenta de la causación de rendimientos financieros obtenidos por la sociedad por los títulos TIP.

Aclaró que la certificación de CORREVAL S. A. que fue solicitada por la sociedad fue desestimada por inconducente, teniendo en cuenta que de las pruebas recaudadas se estableció que las operaciones comentadas únicamente tuvieron como finalidad la obtención de beneficios tributarios, sin que existiera verdaderamente una compra y posterior venta con y sin utilidad de los títulos, por lo que dicha certificación no aportaría nada nuevo al proceso.

Que la Ley 546 de 1999 regula la inversión en títulos de vivienda cuyo propósito consiste en que se canalicen los recursos invertidos a financiar vivienda, pero que las rentas exentas proceden sobre los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y de los bonos hipotecarios.



Precisó que la demandante no tiene derecho al beneficio tributario por cuanto atendiendo al acervo probatorio que reposa en el expediente, la sociedad no obtuvo rendimientos financieros que se hubieren causado a cargo del emisor del título, por lo tanto, no existe ninguna suma sobre la cual pueda acceder al beneficio.

Que la deducción por las pérdidas obtenidas en la venta de TES igualmente no cumple con los requisitos de relación de causalidad y necesidad para su procedencia, a la luz del marco jurídico de los Títulos de Tesorería contemplado en el artículo 40 de la Ley 546 de 1999 y el parágrafo 4o del artículo 41 de la misma ley que autoriza al Gobierno Nacional para emitir y entregar títulos de tesorería, TES, denominados en UVR, con el rendimiento que éste determine, con pagos mensuales, y en las cuantías requeridas para atender la cancelación de las sumas que se abonarán a los créditos hipotecarios; y lo previsto en el Decreto número 249 de 2000, mediante el cual se definen las condiciones de emisión de los TES, sus características financieras, condiciones de emisión, colocación, el procedimiento a seguir por las entidades acreedoras, sus condiciones de entrega y devolución.

Afirmó que tampoco se trata de erogaciones necesarias sin las cuales la sociedad no puede llevar a cabo su actividad generadora de renta, porque no son de las operaciones normalmente acostumbradas en el desarrollo de su actividad productora de renta. La DIAN se pronunció en el concepto No. 075978 de agosto 22 de 2001, indicando que *"De acuerdo con la norma citada (Art.178 E.T.) no es deducible la pérdida ocurrida en la enajenación de títulos o inversiones en cuanto no corresponden, a bienes usados en el negocio o actividad productora de renta"*.



Que la doctrina ratificó esa posición mediante oficio No. 24942 de 2007 del 30 de marzo, frente a la inquietud planteada en cuanto a si la pérdida en la enajenación de los certificados de inversión cinematográfica de que trata la Ley 814 de 2003, era deducible en la determinación del impuesto sobre la renta, por ausencia de disposición tributaria que lo permita.

Concluyó que la deducción solicitada en relación con la pérdida en venta de títulos TES UVR, no es procedente por cuanto no cumple los presupuestos exigidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario y tampoco procede a la luz del artículo 148, idem.

2.2.2. Violación del principio de justicia y equidad

Manifestó que no es cierto que sobre este punto no se haya pronunciado la DIAN en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, puesto que en el folio 210 del expediente se expresó: *"En cuanto al argumento expuesto por el recurrente sobre violación de los principios de justicia y equidad, no le asiste la razón cuando afirma que se está castigando doblemente, a la sociedad contribuyente, por cuanto la consecuencia por haber incluido en la declaración de renta y complementarios rentas exentas inexistentes y deducciones no procedentes necesariamente es la imposición de la sanción por inexactitud, ya que son presupuestos establecidos en el artículo 647 del Estatuto tributario."*

Que en cuanto a la vulneración del derecho de defensa, se encuentra demostrado que el contribuyente conoció cada una de las etapas de la actuación administrativa, y tuvo la oportunidad de presentar escritos como la respuesta al requerimiento especial y el recurso de reconsideración. Que la DIAN analizó cada uno de los



argumentos expuestos por el actor, tal como se evidencia en la liquidación oficial de revisión en la que se hizo un análisis pormenorizado de las operaciones realizadas por la sociedad que dieron origen a las rentas exentas y las deducciones solicitadas por esta.

2.2.3. Sanción de inexactitud

Precisó que al establecerse que se incluyó en la declaración del impuesto de renta del año gravable 2003, renta exenta y deducciones improcedentes se llega necesariamente a colegir que se incurrió en inexactitud, evidenciándose por lo mismo que las cifras declaradas no fueron completas y verdaderas, de modo que conforme con lo previsto en el inciso final del artículo 647 del Estatuto Tributario, no es procedente evaluar si existe diferencia de criterio en la interpretación del derecho aplicable.

2.2.4. Nulidad de la actuación administrativa

Afirmó que la certificación de CORREVAL S.A., que la demandante pidió como prueba, fue desestimada por inconducente, porque no se estaban cuestionando los títulos en sí, sino la realidad de la operación y anteriormente se había efectuado requerimiento ordinario de solicitud de información y auto de verificación y cruce a dicha firma, de donde se estableció la figura de las operaciones, por lo que dicha certificación no aportaba nada nuevo al proceso.



En cuanto a la certificación de la Bolsa de Valores, dijo que no existe duda del registro de las operaciones en la bolsa, sino de la existencia y realidad de las mismas.

2.3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de la decisión se resumen así:

2.3.1. Violación al debido proceso

Sobre los cargos de la demanda que aluden a la violación al debido proceso, concluyó: si bien la certificación de CORREVAL S. A., solicitada por la sociedad en la respuesta al requerimiento especial se considera prueba conducente, el hecho de que no hubiera sido decretada por la administración no vulnera el debido proceso, habida cuenta de que la DIAN no cuestionó el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, sino que lo discutido es la realidad de las operaciones de venta de los TIP y si la utilidad obtenida en la compra de dichos títulos constituye rendimientos financieros exentos del impuesto de renta.

2.3.2. Violación por falta de motivación

Precisó que la falta de motivación no se puede predicar de lo extenso o no de los argumentos expuestos por la administración, sino de la ausencia de motivos que fundamentan la decisión y lo que se observa en el caso concreto es que la administración analizó la ley 546 de 1999, así como el artículo 619 del Código de



Comercio y arribó a la conclusión de que la sociedad no obtuvo rendimientos financieros a cargo del emisor del título por lo que no existía suma sobre la cual se pudiera acceder al beneficio contenido en la citada ley.

Que, asimismo, la DIAN se refirió a los artículos 177-1, 107 y 148 del Estatuto Tributario, para concluir que la sociedad no tenía derecho a las rentas exentas declaradas, que la deducción no tenía relación de causalidad ni cumplía el requisito de la necesidad y que la deducción por pérdida de activos solo era procedente cuando correspondía a bienes usados en la actividad productora de renta, de donde se deduce que no incurrió en falta de motivación.

2.3.3. Desconocimiento de rentas exentas por la suma de \$1.709.451.000.

Advirtió que la DIAN propone, de una parte, la exclusión de la utilidad por la venta de TIP y, de otra, acepta su inclusión como ingreso gravado con el impuesto de renta en el año 2003.

Para efectos de analizar el argumento de la DIAN, según el cual la operación en cuestión resulta inexistente y además configura un fraude fiscal, consideró pertinente traer a colación lo expuesto por el mismo Tribunal en la sentencia del 18 de marzo de 2011, expediente No. 2008-000135-01, donde se analizaron operaciones de compra y venta de títulos TIP mediante la modalidad SWAP, que la



sociedad TRIADA LTDA realizó por intermedio de CORREVAL S. A., operaciones que se ejecutaron el 15 de diciembre de 2003.

Previa transcripción parcial de la aludida sentencia concluyó: "En este asunto, al igual que ocurrió con el traído a colación, no resulta coherente que la administración rechace la exención en la utilidad obtenida por la venta de TIP y la deducción por la venta de TES fundamentado en la inexistencia de las operaciones o el abuso en las formas jurídicas, y a su vez asentir la inclusión como ingreso, esto es, incluir la utilidad generada como base gravable del impuesto sobre la renta del año gravable 2003 y, en consecuencia, aplicarle la correspondiente tarifa para cobrar el impuesto sobre la utilidad generada por la venta de los títulos."

Consideró igualmente pertinente ilustrar el desarrollo de las operaciones de los títulos y la normativa sobre el cumplimiento de los requisitos en la transferencia y tenencia de los mismos, acudiendo a lo expuesto en la sentencia referida en el punto anterior transcribiendo la parte pertinente.

Revisado el contenido del CD allegado por CORREVAL S. A., prueba decretada en el proceso, con la que se aportó el prospecto de emisión y colocación de títulos, su vigencia, plazo de vencimiento, estructura legal y condiciones de amortización, entre otras, hizo las siguientes precisiones:

- Los TIP que interesan al proceso fueron adquiridos por CORREVAL S. A. y posteriormente enajenados a TORO ORTIZ Y CIA. S. A.; están sujetos a la condición de negociabilidad definida en el numeral 8.1.8 del prospecto de colocación títulos hipotecarios TIP E-4 y, por ende, la transferencia y



circulación se debía efectuar mediante el mecanismo de anotación en cuenta, con lo que los tenedores de los títulos se legitiman para el ejercicio de sus derechos con las constancias de depósito expedidas por Deceval.

- La operación está soportada en los comprobantes de liquidación de operaciones en bolsa aportados en sede administrativa y jurisdiccional, que son el comprobante válido para la realización de este tipo de transacción, en los que consta y así lo certifica Correval S. A., que los títulos fueron efectivamente adquiridos por la sociedad el 17 de diciembre de 2003, dentro de la estructura de operaciones SWAP, por lo que la actora debe considerarse como tenedora legítima de los TIP al haber efectuado la transferencia conforme a la ley de su circulación.

Por lo anterior, manifestó no compartir la apreciación de la administración en relación con la inexistencia de la operación y procedió a analizar si la utilidad obtenida por la contribuyente a través de la negociación de los TIP constituye un rendimiento financiero exento del impuesto de renta conforme el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, previa transcripción de la parte pertinente de la sentencia ya referenciada.

Consideró que una interpretación sistemática de los artículos 102-1 y 395 del Estatuto Tributario permitiría en principio afirmar que las utilidades en la venta de títulos y en particular de TIP constituyen rendimientos financieros, como quiera que el artículo 16 de la citada ley no excluye la utilidad en la venta de los títulos, ni exige que los rendimientos se contraigan a los intereses.



No obstante lo anterior, advirtió que el artículo 395 del E.T. no es aplicable al caso, por cuanto el sentido de la norma especial que consagra la exención se refiere a rendimientos financieros "*causados durante la vigencia de los títulos*", buscando que se cumplan los objetivos de la ley, los que apuntan a la protección y fomento del ahorro destinado a la financiación de vivienda y propende por mecanismos de financiación de vivienda a largo plazo (artículos 2, 12 y 16 de la Ley 546/99).

Teniendo en cuenta el informe del representante legal de la Bolsa de Valores de Colombia S. A. en el que constan las operaciones por compra y/ o venta en el mercado de venta fija IRST1518117⁴ que coincide con el certificado del Revisor Fiscal de CORREVAL S. A., concluyó que en este caso los TIP se negociaron en el mercado secundario, en el que no juega ningún papel el emisor (Titularizadora Colombiana S. A.), sino los tenedores de los valores ya emitidos en el mercado primario, por lo que comparte la apreciación de la DIAN, según la cual, los recursos no se canalizaron para financiación de vivienda y, en consecuencia, no es viable acceder al beneficio del artículo 16 de la Ley 546 de 1999, porque lo previsto por el legislador fue la exención de los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria, proceso que ya se surtió y cuyo beneficio se materializa a través de la creación del título.

2.3.4. Rechazo de la deducción por pérdida en venta de TES por la suma de \$1.777.370.000.

⁴ Folio 322



Advirtió que la pérdida que obtuvo la contribuyente por la venta de TES no corresponde al concepto de pérdida de capital, pues no se trata de la desaparición del activo, sino de su transferencia por un menor valor del costo fiscal, tal como se desprende del certificado del revisor fiscal de CORREVAL S. A., por lo que no es aplicable el artículo 148 del Estatuto Tributario y no se puede exigir para la procedencia de la deducción que haya ocurrido por fuerza mayor o caso fortuito, por lo que se debe analizar si la deducción cumple los requisitos generales del artículo 107 del Estatuto Tributario.

Visto el objeto social de TORO ORTIZ Y CIA. S. A., concluyó que la pérdida no tiene relación de causalidad, porque no corresponde a aquellas normalmente acostumbradas dentro de la actividad económica del contribuyente, ya que no es el antecedente necesario (causa) para producir el ingreso (efecto) que se genera en el desarrollo de dicha actividad y tampoco es necesaria porque no puede predicarse que el gasto sea de aquellos comercialmente necesarios según las costumbres mercantiles de la actividad.

En lo atinente al argumento de la actora, según el cual las enajenaciones de TIP y TES llevadas a cabo en el año 2003 deben ser vistas de forma integral porque hacen parte del mismo periodo fiscal y de una misma operación, advirtió que tal argumento no es de recibo, menos tratándose de títulos de diferentes características y que, por consiguiente, la pérdida en la enajenación de TES no era un gasto asociado a la venta de títulos de otra naturaleza, razón por la cual no existía la alegada violación del párrafo del artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

2.3.5. Violación de los principios de justicia y equidad tributaria



Precisado el alcance de los principios de justicia y equidad en los términos expuestos por la Corte Constitucional, el Tribunal advirtió que el desconocimiento de la renta exenta y el rechazo de la deducción por pérdida en venta de TES no vulneran tales principios, por haberse establecido que la sociedad no tiene derecho a la renta exenta ni a la deducción pretendida y porque precisamente en cumplimiento de los principios de igualdad y equidad tributaria la demandante está en el deber de declarar sus ingresos como lo hacen los demás contribuyentes. Tampoco es admisible alegar que con las glosas propuestas se esté imponiendo un doble castigo, porque lo que se evidencia es que en aplicación de las normas se está propendiendo porque el contribuyente cumpla con su deber de tributar en los términos establecidos por el legislador.

2.3.6. Sanción por inexactitud

Advirtió que en este caso la sociedad actora incluyó en su declaración deducciones y exenciones que no eran procedentes y, adicionalmente, no se evidencia diferencia de criterios pues la exención originada en la utilidad en la enajenación de los TIP obedeció a una interpretación de la propuesta presentada por CORREVAL S. A. a sus clientes, que fue aceptada por la demandante, obviando los objetivos de la ley que pretendía aplicar y que para nada se equiparan a los pretendidos por la sociedad, por lo que su interpretación no cuenta con solidez alguna y,



adicionalmente, el rechazo de la deducción obedeció al incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 107 del E.T.

2.4. EI RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia del Tribunal y expuso en los siguientes términos su inconformidad con la decisión adoptada:

2.4.1. Reconocimiento de contradicciones, imprecisiones y equivocaciones en la actuación administrativa por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Para efectos de abordar el análisis del caso, el Tribunal cita una sentencia del 18 de marzo de 2011, expediente No. 2008-000135-01, de TRIADA S. A. contra la DIAN, correspondiente a un caso similar. Este hecho presenta una particularidad y es que la sentencia citada para el momento en que se profirió el fallo de primera instancia en el presente caso, aún no había sido notificada a ninguna de las partes.

Luego de citar la sentencia, el Tribunal reconoce las contradicciones en las que se incurrió en la actuación administrativa y en este sentido manifestó:

"En este asunto, al igual que ocurrió con el traído a colación, no resulta coherente que la Administración rechace la exención en la utilidad obtenida por la venta de TIP y la deducción por la venta de TES fundamentando en la inexistencia de las operaciones o el abuso en las formas jurídicas, y a su vez asentir la inclusión como ingreso, esto es, incluir las utilidad generada como base gravable del impuesto sobre la renta del año gravable 2003 y en consecuencia aplicarle la correspondiente tarifa para cobrar el



impuesto sobre la utilidad generada por la venta de los títulos." (PG. 53 de la sentencia) (Negrilla y subrayado fuera del texto)

A pesar de esa conclusión, en donde de manera directa se descalifica la glosa propuesta por la administración, situación que por sí misma tendría que derivar en la nulidad de la actuación administrativa por una falsa motivación, el Tribunal, excediendo la función jurisdiccional, no le otorga ninguna consecuencia jurídica a esta gravísima circunstancia.

El Tribunal cita un análisis de la dinámica de las operaciones de enajenación de títulos contenido en la sentencia referida anteriormente, para concluir que existen contradicciones de la actuación administrativa, y en este sentido afirma:

"no se comparte la apreciación de la Administración en relación con la inexistencia de la operación, y en consecuencia, se torna indispensable analizar en esta oportunidad si en el sub examine la utilidad obtenida por el contribuyente a través de la negociación de los TIP en el mercado secundario constituye un rendimiento financiero y como tal, está exento del impuesto sobre la renta en los términos del artículo 16 de la Ley 546 de 1999" (PG. 62 de la sentencia)

Es necesario llamar la atención sobre otras afirmaciones que obran en la sentencia citada por el Tribunal, en donde se cuestiona la legalidad de la actuación administrativa, sin que dicha descalificación tenga efectos jurídicos, como lo ilustra este aparte: " *la Sala anota, para que resultara coherente y procedente el rechazo de la exención en la utilidad obtenida en la venta de TIP y la deducción por pérdida de TES fundamentado en la inexistencia de las operaciones, o el abuso de las formas jurídicas, la Administración **debió** desconocer los costos asociados que la*



sociedad detrajo en su denuncia, y como quiera que en su sentir no hubo realmente enajenación y, por ende, tampoco hecho gravable, no podía incluirlos ingresos ni la utilidad..."

El Tribunal admite y cita una sentencia en la cual también se reconoce la ilegalidad de la actuación administrativa, pero en lugar de decretar su nulidad, se arrogó las facultades de la DIAN para generar en esta instancia la supuesta fundamentación legal que "debió" incluirse en los actos administrativos impugnados.

Al momento de efectuar el análisis respecto de la procedencia o no del beneficio tributario para las utilidades obtenidas en la compraventa de TIP, el Tribunal rechaza los argumentos planteados en la demanda, teniendo en cuenta el artículo 102-1 del Estatuto Tributario, disposición que no fue mencionada en los actos impugnados ni en la contestación de la demanda.

Si bien la disposición se encuentra dentro de las normas violadas, pero precisamente por no haberse tenido en cuenta en la forma en que fue interpretada por la DIAN en el concepto No. 59797 de 1996, no se encuentra dentro de la motivación de los actos administrativos, y en esta instancia no es procedente su inclusión.

Como se evidencia en el concepto No. 59797, que fue ignorado en la sentencia, se desvirtúa la interpretación que hace el Tribunal respecto del artículo 102-1 del Estatuto Tributario, para enmendar la omisión incurrida por la DIAN.



En la sentencia apelada, también se resaltó otro de los errores de la DIAN, frente a la pérdida incurrida en la venta de TES, cuando se afirmó, que "no es dable aplicar el artículo 148 del E.T.", pero en lugar de subsanar los errores, contradicciones, imprecisiones y equivocaciones ha debido decretar la nulidad de la actuación administrativa y acceder a las pretensiones de la demanda. Tal y como se señaló por parte del propio Tribunal, en la sentencia que cita para la solución del presente caso.

2.4.2. La utilidad en la venta de TIP constituye rendimiento financiero cuyo tratamiento es el de renta exenta.

Precisó que a pesar de los múltiples cuestionamientos respecto a la legalidad de la actuación administrativa efectuada en la sentencia de primera instancia y que han debido conducir a la declaratoria de nulidad, se refirió a la utilidad obtenida en la enajenación de TES, que calificó como rendimiento financiero y que, por tanto, es renta exenta a la luz del artículo 16 de la ley 546 de 1999, conforme se incluyó en la declaración de renta del año 2003.

Manifiesta el Tribunal que la operación adelantada por la demandante está soportada en los comprobantes de liquidación de las operaciones realizadas en el Sistema Centralizado de la Bolsa de Valores de Colombia, circunstancia que acredita la legitimidad de la tenencia de los títulos de cartera hipotecaria y, por lo tanto, se debe considerar a CORREVAL y TORO ORTIZ Y COMPAÑÍA S. A. como legítimos tenedores, como quiera que la transferencia de los mismos se llevó a cabo de acuerdo a la ley de circulación de los títulos.



Reiteró que de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, los **rendimientos financieros** causados durante la vigencia de los TIP tienen la condición de rentas exentas, pues el artículo es claro al determinar que la exención del Impuesto de Renta es para los rendimientos financieros.

Siendo así -concluyó- para efectos de la procedencia de la exención es necesario acudir al artículo 395 del Estatuto Tributario, de donde se deriva que, "rendimientos financieros" es un género dentro del cual se encuentran especies como los intereses, descuentos, beneficios, ganancias, **utilidades** y, en general, lo correspondiente a rendimientos de capital o diferencias entre valor presente y valor futuro de un título. De donde resulta evidente que los ingresos originados en la venta de un título tienen la naturaleza de **rendimiento financiero**, y si se trata de TIP, dichos rendimientos financieros, cualquiera que sea su naturaleza (intereses, ganancias de capital, etc.), estarán exentos del Impuesto de Renta.

Explicó que el Tribunal consideró que la utilidad obtenida en la enajenación de los TIP no es renta exenta, desconociendo la normativa relativa a rendimientos financieros y exponiendo argumentos que no fueron esgrimidos en la vía gubernativa por la DIAN, generándose una clara violación al derecho de defensa, ya que dichos argumentos nunca fueron objeto de discusión y no se dio la oportunidad al contribuyente de controvertirlos.

Que, independientemente de que el artículo 395 del Estatuto Tributario incluya dentro del concepto de rendimientos financieros "las utilidades", las obtenidas por la enajenación de TIP no pueden ser consideradas como rendimientos financieros



para efectos de la aplicación de la exención de que trata el artículo 16 de la Ley 546 de 1999.

Reiteró que la discusión en el presente caso desde el inicio se ha circunscrito y se debe circunscribir tan sólo a determinar si las utilidades obtenidas en la enajenación de TIP es exenta con base en la aplicación del artículo 395 del Estatuto Tributario, ya que la DIAN siempre ha sostenido que las operaciones realizadas por la sociedad fueron simuladas con fines evasivos y que las utilidades obtenidas en la enajenación de estos títulos no constituyen rendimiento financiero, porque no encuadra dentro de los supuestos del citado artículo.

Que la DIAN nunca sostuvo que las utilidades originadas en la enajenación de TIP no tenían la condición de rendimiento financiero a la luz del artículo 102-1 del Estatuto Tributario, de manera que, la conclusión del Tribunal debió ser, como en efecto lo reconoce en la sentencia que, *"Conforme a la interpretación sistemática de las anteriores normas, en principio, se podría afirmar que las utilidades en la venta de los títulos valores, y en particular de los TIP constituyen rendimientos financieros sujetos a retención, y por tanto, como quiera que el artículo 16 de la Ley 546 de 1999 no exige de manera exclusiva que los rendimientos financieros para acceder al beneficio se contraigan a los intereses, y tampoco excluye la utilidad en la venta de los títulos, la conclusión a la que se arribaría es que sobre dichos rendimientos financieros se configuró la exención"*.

A juicio del apelante, el Tribunal olvidó que la DIAN se pronunció sobre la aplicación de los artículos 395 y 102-1 del Estatuto Tributario, en relación con la calificación como rendimiento financiero de la utilidad obtenida por el contribuyente mediante la



negociación de TIP en el mercado secundario, y su determinación como renta exenta en los términos del artículo 16 de la Ley 546 de 1999 y que en este sentido expidió Concepto No. 59797 de 1996, cuya aplicación no puede desconocerse en los términos del artículo 264 de la Ley 223 de 1995.

Criticó que el Tribunal hizo una interpretación, a su juicio, contraria a los lineamientos de la entidad demandada, en la medida en que es la DIAN quien reconoce que de conformidad con el artículo 102-1 del Estatuto Tributario, las utilidades provenientes en la enajenación de TIP constituyen rendimiento financiero y, por lo tanto, resulta procedente la exención del artículo 16 de la ley 546 de 1999.

Recalcó que el Tribunal afirmó: *"No obstante lo anterior, en este caso no se puede perder de vista que la disposición general (art. 395 del ET) que enmarca a las utilidades dentro de los rendimientos, no tiene aplicación por cuanto ese no es el sentido que puede dársele a la norma especial que consagra la exención."*

Alegó que el Tribunal desconoció la aplicación del artículo 27 del Código Civil ya que tratándose de la definición de rendimientos financieros establecida en el artículo 395 del E.T., se debe dar aplicación a esta norma como lo indica el artículo 28 del mismo Código, "buscando el sentido teleológico" de la norma, cuando el artículo 395 es claro al determinar que las utilidades provenientes de la enajenación de los TIP se enmarca dentro del concepto de rendimientos financieros, norma aplicable al caso, referente obligado cuando para efectos tributarios se utiliza la expresión "rendimientos financieros", que fue la utilizada en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999.



Que en la medida que la exención cubije la totalidad de los rendimientos financieros, la negociabilidad y liquidez que generan los títulos se incrementan y, por tanto, la posibilidad de generar recursos con destino a la construcción de vivienda, no son los mismos cuando los beneficios del título se circunscriben a los intereses, por lo cual no hay duda que el origen de la expresión, tuvo como propósito generar un mayor atractivo para los títulos. Según el apelante, la inclusión del artículo 102-1 por parte del Tribunal, cuando la DIAN había omitido cualquier referencia al respecto, viola el principio de congruencia y se constituye un fallo *extra petita*, en cuanto el Tribunal se está pronunciado sobre argumentos no expuestos por la entidad demandada, subsanando las omisiones de la administración.

Alegó que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se ha pronunciado respecto de la aplicación del Principio de Congruencia de los fallos judiciales en sentencia del 21 de noviembre de 2007 y respecto de los fallos *extra petita*, también se ha pronunciado en repetidas oportunidades y, en el mismo sentido, se pronunció en sentencia del 16 de septiembre de 2010.

2.4.3. Los gastos originados en la venta de TES son deducibles de acuerdo el artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

El apelante explicó que la deducción del gasto financiero originado en la pérdida en la venta de TES estuvo irrescindiblemente relacionada a la operación de venta de los TIP, independientemente de la naturaleza distinta de cada uno de estos títulos. La pérdida originada en la enajenación de los TES es deducible de conformidad con el artículo 177-1 del Estatuto Tributario, circunstancia no aceptada por el Tribunal,



ya que manifiesta que por no tratarse de rentas exentas no es aplicable dicha norma.

Que de acuerdo con el artículo 177-1, los gastos asociados a los rendimientos financieros en la enajenación de TIP son deducibles, por cuanto los gastos originados en la operación con los TES fueron necesarios para obtener el ingreso por la venta de TIP.

Dijo que, al respecto, el Tribunal manifestó que contrario a lo que afirmó la DIAN, la operación no corresponde a una pérdida de capital, ya que no se trata de la desaparición del activo, sino de su transferencia por un menor valor del costo fiscal. Lo anterior para concluir que, la demandante enajenó títulos de tesorería por un precio inferior a su costo, razón por la cual no se trata de la deducción regulada por el artículo 148 del Estatuto Tributario.

Increpó que el Tribunal reconoció que la argumentación de la DIAN era equivocada y que, por eso, se configuraba una indebida motivación de los actos administrativos, pero que a pesar de eso, el Tribunal desconoció la consecuencia de tal circunstancia, porque no declaró la nulidad de los actos demandados.

Dijo que el juzgador señala que la norma aplicable es el artículo 107 del Estatuto Tributario, que establece los requisitos generales para las deducciones y justifica su decisión diciendo que la pérdida por la venta en TES no cumple con los requisitos de necesidad y causalidad, si se tiene en cuenta el objeto social de TORO ORTIZ Y COMPAÑÍA S. A. A su juicio, esta posición resulta equivocada porque para que proceda deducción por pérdida, no es necesario que la actividad originadora de la



misma esté comprendida dentro del objeto principal de la sociedad, es decir, no puede afirmarse que el gasto no es necesario, puesto que no es una de las actividades que acostumbra a realizar la sociedad en desarrollo de su objeto principal.

Precisó que teniendo en cuenta que el origen de la pérdida es un menor precio de venta de los TES, cualquier cuestionamiento sobre el mismo se ha debido debatir en los términos del artículo 90 del Estatuto Tributario, que regula los precios mínimos de venta, sin que dicha disposición haya sido mencionada por la entidad demandada.

Explicó que en desarrollo de dicha operación se adquirieron los TIP y TES, constituyéndose de este modo como una operación integral, en consecuencia las pérdidas obtenidas en la enajenación de TES, son atribuibles a la obtención de utilidades en la enajenación de TIP, operaciones que desde luego tuvieron relación estrecha con la obtención de las rentas de la sociedad.

De la forma en que se encontraba estructurada la operación, no se podía obtener una utilidad en la venta de TIP sin que también se incurriera en la pérdida de TES; en este sentido el gasto fue necesario, puesto que de lo contrario no se hubieran podido llevar a cabo las transacciones que derivaron en los rendimientos por la compra de TIP. De esta manera se reitera su necesidad y relación directa con una actividad generadora de renta, en cuanto si se hubiera prescindido del gasto, no se hubieran obtenido los rendimientos. El hecho de que los ingresos generados simultáneamente con la pérdida en la venta de TES, sea calificado como renta



exenta, no genera el desconocimiento de la misma, o permite darle un tratamiento diferente al que legalmente corresponde.

Dijo que el Tribunal manifestó que la pérdida obtenida en la enajenación de TES es deliberada y que como tal no se estableció que se haya cumplido con las exigencias del artículo 107 del Estatuto tributario, ya que no se aportaron en vía gubernativa ni ante la jurisdicción pruebas que llevaran al convencimiento sobre la necesidad o siquiera el nexo causal de la pérdida en la venta de los TES para la obtención de los ingresos por la enajenación de TIP o la producción de renta.

Que la DIAN nunca exigió al contribuyente tal carga procesal, por el contrario, siempre manifestó que la razón por la cual no era procedente el gasto, era porque no se cumplían los requisitos del artículo 148 del Estatuto Tributario, circunstancia que fue desestimada por el Tribunal, pero a la que no se confirió la consecuencia de falsa motivación, que es la nulidad del acto administrativo, configurándose una violación al principio de congruencia de las sentencias, profiriendo un fallo *extra petita*.

A su juicio, se trata de una operación integral, comprendida por la adquisición de TIP y de TES, en virtud de la cual la enajenación de los primeros arrojó una utilidad, que de acuerdo con el artículo 16 de la ley 546 de 1999, da el tratamiento de renta exenta; y la enajenación de los segundos, arrojó una pérdida, necesaria para la estructuración de la operación, cuyo nexo causal está plenamente demostrado, por lo cual no se puede afirmar que existe una pérdida deliberada.

Explicó que contrario a lo manifestado en la sentencia de primera instancia, obran en el expediente pruebas que demuestran que efectivamente se trata de una



operación integral, y que de ninguna manera se hubiera podido llevar a cabo de manera individual, generando exclusivamente las utilidades en compraventa de TIP o solamente las pérdidas en la venta de TES. Dicha circunstancia se encuentra acreditada por el Modelo de Optimización Tributaria con Títulos Hipotecarios TIP elaborado por CORREVAL S. A., en el que consta como estrategia: *"Estructurar operaciones SWAP de compra y venta de TIP 's contra los títulos TES. Generar rentas exentas"*.

Que, de la misma manera, en el análisis efectuado por la Superintendencia de Valores, así como en los actos administrativos impugnados, se hace el análisis integral de todas las operaciones, resultando contraevidente que se trata de operaciones que no guardan ningún tipo de relación.

Precisó que el argumento según el cual los títulos adquiridos durante la operación gozan de naturaleza distinta, y que su adquisición no obedece al desarrollo del objeto principal de la sociedad, carece de fundamento, toda vez que la norma no exige que para efectos de la obtención del beneficio de rentas exentas de las utilidades obtenidas en la enajenación de TIP, y la deducción por pérdida en la enajenación de TES, la operación esté circunscrita al desarrollo de una actividad específica por parte de quien decida acogerse al beneficio.

Alegó que las expensas generadas por regla general son deducibles al amparo del artículo 107 del Estatuto Tributario porque la norma no trae una lista taxativa de cuales deducciones son procedentes o no. Que la deducción discutida cuenta con sustento legal, aunque no haya un artículo que trate la deducibilidad de la pérdida



en TES, dicha pérdida es deducible por la vía general, especialmente cuando de ella se derivaron ingresos, aunque estos ingresos no fueran gravados.

Precisó que la ocurrencia de las pérdidas no ha estado en discusión y está demostrada con los comprobantes de liquidación de las operaciones que obran en el expediente. Que, además, como se ha expresado desde la vía gubernativa, el fundamento para tomar la deducción originada en la pérdida por la venta de TES, se encuentra en los artículos 177-1 y 107 del Estatuto Tributario, así como en lo señalado en la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 11 de Mayo de 2006, expediente No. 25000-23-27-000-2001-01674-01-14412, reiterada en la sentencia del 8 de Marzo de 2007 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Dijo que el objeto principal de la demandante no está dado por la adquisición de títulos en el Mercado Público de Valores, pero que el Consejo de Estado entendió que por motivos de conveniencia, cuya razón se explica en la necesidad de liquidez de la compañía, se vendieron los títulos, obteniendo una pérdida en su enajenación, cuya deducción fue aceptada. Similar situación ocurre en este caso, ya que para llevar a cabo la operación era necesario enajenar los TES, y obtener una pérdida en el desarrollo de la operación, por lo cual se debe permitir de igual forma la deducción.

Reiteró que a la sociedad le asistía el derecho de tratar como deducible las pérdidas generadas en las ventas de TES, y que la negativa del Tribunal, con base en el artículo 107, carece de fundamento jurídico ya que la sociedad obtuvo ingresos



(enajenación de TIP), los cuales se pretenden gravar desconociendo la normativa tributaria, y en detrimento de los derechos de la actora.

2.4.4. Violación del principio de justicia y equidad Tributaria. A efectos de modificar la declaración privada de Renta, la DIAN ha argumentado que la operación con TIP y TES fue simulada, pero a pesar de ello está incluyendo los ingresos originados en la operación como ingresos gravados.

Alegó que el Tribunal pretende desconocer sólo lo que respecta a la naturaleza de renta exenta y a la deducción del gasto por la venta de los TES, pero está pretendiendo que el ingreso por la venta de los TIP se incluya como gravable.

Dijo que la argumentación del Tribunal es contradictoria, pues no se puede pretender que se rechace una renta exenta, y que las utilidades provenientes de dicha operación se incluyan en la declaración como rentas gravables, pero no se permita deducir los costos asociados a tal operación. Así, se está haciendo más gravosa la situación del contribuyente, pues al desconocer parte de los efectos de la operación, se le está generando un impuesto que no se hubiera causado si nunca se hubiera efectuado la operación. Este hecho se puso de presente en vía gubernativa y ante la jurisdicción, como se puede apreciar en el cuadro inserto en el texto de la demanda.

Que al analizar el mencionado cuadro, el Tribunal reconoce que la operación de TIP generó un ingreso, y, en efecto, en el renglón que corresponde a **renta líquida** incluyó el ingreso obtenido de la venta de los TIP. Si lo que se pretende es desconocer los efectos de una operación por considerar que se trata de una renta gravable, no se puede aceptar que los ingresos generados en esta operación se



incorporen como renta líquida, pero se desconozcan los costos asociados a dichos ingresos.

2.4.5. Improcedencia de la Sanción por Inexactitud

Alegó que conforme con el artículo 647 del Estatuto Tributario se configura una diferencia de criterios entre los argumentos planteados por el contribuyente y los expuestos por la DIAN y reformulados por el Tribunal en la sentencia de primera instancia, que manifiesta que la decisión se funda en una interpretación del artículo 395 ibídem, que no atiende al contenido ni a la definición propia del concepto de "rendimientos financieros".

Que de aplicarse de manera estricta el artículo 395 y atendiendo también de forma estricta la definición que para efectos tributarios tiene el concepto de "rendimientos financieros", sería claro que las rentas exentas tomadas por el contribuyente serían a todas luces procedentes. Sin embargo, como consecuencia de la interpretación del Tribunal, el concepto de "rendimientos financieros" varió, excluyendo de los mismos "las utilidades".

Reiteró que la DIAN en el concepto No. 59797 de 1996 sostuvo que las utilidades provenientes de los procesos de titularización, en general, reciben el tratamiento de rendimientos financieros, razón por la cual se debe configurar una diferencia de criterios, ya que la actuación de la sociedad está plenamente sustentada en las normas vigentes, y en la interpretación de la DIAN.



A su juicio, la interpretación de la sociedad cuenta con soporte legal, y cualquier desconocimiento de sus actuaciones con base en una interpretación diferente, constituye violación al principio de certeza que gobierna la expedición de las normas tributarias, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en las sentencias C-488 y C-569 de 2000, y en la C-114 de 2006.

Dijo que la deducción de las pérdidas originadas en la venta de TES, que la administración desestimó por no cumplir los requisitos del artículo 148 del Estatuto Tributario, ahora el Tribunal las rechaza por no haber demostrado la relación de causalidad, cuando obran en el expediente suficientes documentos, incluyendo el informe de la Superintendencia de Valores y los escritos de la entidad demandada, de los cuales se desprende que estas pérdidas corresponden, a la implementación del esquema de optimización tributaria ofrecido por Correval.

Concluyó que siendo evidente la realidad de la pérdida, la supuesta falta de evidencia de la realización de causalidad, respecto de la cual no existe obligación de probarlo de una determinada manera, no corresponde a un hecho sancionable en los términos del artículo 647 del Estatuto Tributario.

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.5.1. De la demandante

La demandante reiteró lo expuesto en el recurso de apelación. Adicionalmente, aludió a la sentencia proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de abril de 2012, M. P. Ana María Correal Ángel, Exp.11001-



33-31-006-2007-00253-01, relativa a la sanción impuesta a la sociedad Valores Bancolombia S. A. Comisionista de Bolsa, respecto de unas operaciones SWAP, sentencia que consideró aplicable al caso concreto.

Hizo referencia al pronunciamiento de la DIAN contenido en el oficio No. 100208221-610 del 13 de septiembre de 2012, relativo a la deducibilidad de pérdidas proveniente de enajenación de activos representados en inversiones financieras, para insistir en la procedencia de la deducción por la pérdida generada en la enajenación de TES.

2.5.2. De la demandada

La DIAN manifestó su conformidad con la sentencia de primera instancia y reiteró la improcedencia de la renta exenta por la utilidad obtenida en venta de TIP, así como la deducción de la pérdida en la compra venta de TES.

2.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El **MINISTERIO PÚBLICO** solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, anular parcialmente la actuación demandada, en el sentido de levantar la sanción por inexactitud y mantener las demás glosas practicadas.

Sobre la exención de la utilidad obtenida en la venta de TIP, expuso: Según lo dispuesto en los artículos 26, 36 a 57, 300 a 305, 102-1 y 395 del Estatuto Tributario, tanto el originador del título como los tenedores del mismo, están sujetos al impuesto de renta, el primero por el exceso del costo fiscal del título y los



segundos, por las rentas que genere y la utilidad al enajenarlo. Las rentas obtenidas de títulos de contenido crediticio se tratan como rendimiento financiero, esto es, se someten a retención en la fuente.

En esos rendimientos no puede considerarse la utilidad en la enajenación puesto que por disposición del artículo 102-1 del E.T. la venta en la titularización constituye renta en sí, es decir, que lo recibido en este evento se grava en el respectivo ejercicio, por lo cual, la utilidad a que se refiere el artículo 395 ib., como susceptible de retención, no puede corresponder a la obtenida de la venta en un periodo gravable.

Así, cuando el artículo 16 de la Ley 546 de 1999 establece que están exentos del impuesto de renta los rendimientos causados durante la vigencia de los títulos, no se pueden entender como tales, la utilidad por la enajenación de los mismos. La exención sólo está referida a los rendimientos obtenidos por títulos de cartera hipotecaria, por la relación que tuvo en cuenta el legislador con la financiación de vivienda, conforme lo anotó el *a quo*.

En relación con la deducción de la pérdida generada en la venta de TES, argumentó que el artículo 12 de la Ley 546 de 1999 autorizó la emisión de títulos representativos de créditos otorgados para financiar la construcción y adquisición de vivienda. Para el inversionista de esa clase de títulos, la negociación en el mercado de valores (secundario), la enajenación de TIP no está condicionada a que se realice la de los TES, de manera que no es cierto que deba considerarse que la pérdida incurrida en la venta de TES era necesaria en la enajenación de los TIP,



porque es evidente la independencia de su negociación, y no se trata de la pérdida de un activo por fuerza mayor, por lo que no es aplicable el artículo 148 del E.T.

Ratifica lo anterior el hecho de que la operación SWAP a través de la cual se realizó la venta de los TIP y los TES, según el documento de Correval S. A., correspondía a una estrategia. Esta clase de procedimientos no fue reconocida por la ley para la negociación de los títulos, al punto de establecer dependencia entre dichos títulos para su negociación en el mercado de valores y menos le otorgó las consecuencias que el apelante pretende otorgarle en el impuesto de renta para beneficiarse de la exención.

No es aplicable el caso regulado por los títulos de apoyo cafetero, en cuanto la pérdida aceptada como deducible está referida al menor precio recibido por su venta antes de su redención, dado el imperativo de invertir en estos en desarrollo de su actividad productora de renta como exportadora de café.

Tampoco es aplicable la limitación prevista en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario a los ingresos provenientes de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, lo cual significa que respecto de los rendimientos exentos proceden las deducciones imputables a los ingresos por dicho concepto, por cuanto el legislador otorgó este tratamiento especial con la finalidad de financiar vivienda. Sin embargo, como la utilidad obtenida en la venta de TIP no tiene el carácter de renta exenta porque no es un rendimiento financiero, no pueden reconocerse las deducciones imputables a la misma y la pérdida en la venta de TES no es una erogación necesaria para generar la utilidad en los TIP.



No resulta vulnerado el principio de justicia y equidad puesto que, en este caso, la liquidación se ajusta a la Ley 546 de 1999, pues, conforme con ésta, era improcedente declarar como renta exenta la utilidad que presuntamente obtuvo la empresa como deducción la presunta pérdida.

En relación con la sanción por inexactitud conceptuó que asiste razón a la actora en cuanto a que es improcedente, puesto que la DIAN la impuso por considerar que la contribuyente había incurrido en "*omisión de ingresos*". La DIAN no determinó que la contribuyente hubiera dejado de declarar ingresos en el año gravable 2003. Dijo que a los ingresos recibidos se les debió dar un tratamiento distinto al contenido en las normas tributarias.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala debe decidir si es nula la Liquidación Oficial de Revisión 300642006000097 del 21 de diciembre de 2006, mediante la que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta presentada por Toro Ortiz y Compañía S. A. por el año gravable 2003 y la Resolución No. 300662008000001 del 14 de enero de 2008 que la confirmó.

En concreto, la Sala debe resolver: i) si a la utilidad obtenida en la compra y venta del TIP puede darse el tratamiento de renta exenta en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999; ii) si la pérdida originada en la venta de TES cumple los requisitos previstos en el artículo 107 del Estatuto Tributario para su



deducibilidad; iii) si es procedente la sanción por inexactitud impuesta en los actos demandados; iv) si con la actuación administrativa demandada se incurrió en violación a los principios de equidad y justicia tributaria por haber hecho más gravosa la situación de la contribuyente.

La Sala no se referirá a la glosa por gastos operacionales por cuanto no fueron cuestionados en el recurso de apelación.

3.1. De la exención de la utilidad obtenida en la compra y venta del TIP \$1.700.451.000

Con la expedición de la Ley 546 de 1999, por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinados a dicha financiación y se dictan medidas relacionadas con los impuestos, entre estos la contenida en el artículo 16 que dispone:

Artículo 16°.- Beneficio tributario para los rendimientos de títulos de ahorro a largo plazo para la financiación de vivienda. Estarán exentos del impuesto de renta v complementarios, los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y de los bonos hipotecarios de que trata la presente Ley, siempre que el plazo previsto para su vencimiento no sea inferior a cinco (5) años. Los títulos y bonos aquí previstos, que estarán expresados en UVR, podrán dividirse en cupones representativos de capital y/o intereses. En todo caso, los títulos o bonos deberán contemplar condiciones de amortización similares a las de los créditos que les dieron origen.

Para efectos de gozar del beneficio de que trata este artículo, los títulos o bonos no podrán ser readquiridos o redimidos por su emisor.



Gozarán del beneficio aquí consagrado los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y los bonos hipotecarios de que trata la presente Ley, que se coloquen en el mercado dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha de expedición de la presente Ley.

En ningún caso el componente inflacionario o mantenimiento de valor de dichos títulos o bonos constituirá un ingreso gravable." (Subraya la Sala)

Del texto de la norma precedente se infiere que el beneficio de la exención del impuesto de renta recae sobre los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria.

En concordancia con la anterior disposición, la misma ley en su artículo 12, autorizó la emisión de títulos representativos de créditos otorgados para financiar la construcción y adquisición de vivienda, mediante el proceso de titularización de cartera y asignó a la Superintendencia de Valores la facultad para señalar los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de los diferentes títulos.⁵

Consta en los actos administrativos demandados que TORO ORTIZ Y CIA. S.A. el 17 de diciembre de 2003 compró títulos hipotecarios TIP a través de la sociedad comisionista de bolsa CORREVAL S.A., por valor de \$15.321.766.181, que registró en su contabilidad como inversiones y que en la misma fecha vendió los mismos títulos, por valor de \$17.031.217.386, obteniendo una utilidad de \$1.709.451.205,

⁵ Artículo 12°.- **Titularización de cartera hipotecaria.** Los establecimientos de crédito y las entidades descritas en el artículo 1 de la presente Ley podrán emitir títulos representativos de créditos otorgados para financiar la construcción y la adquisición de vivienda, incluyendo sus garantías o títulos representativos de derechos sobre los mismos y sobre las garantías que los respaldan, cuando tengan como propósito enajenarlos en el mercado de capitales. Dichos títulos sólo contarán, de parte de los respectivos emisores, con las garantías o compromisos respecto de la administración y el comportamiento financiero de los activos, que se prevean en los correspondientes reglamentos de emisión.

La Superintendencia de Valores señalará los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de los diferentes títulos que se emitan en desarrollo de lo aquí previsto, los cuales deberán promover su homogeneidad y liquidez. En todo caso, los títulos a que se refiere el presente artículo serán desmaterializados.



que registró contablemente y llevó al renglón 85 de la declaración de renta del año gravable 2003, como renta exenta.⁶

De acuerdo con la información suministrada por Correval S.A., a propósito de la prueba decretada por el Tribunal a solicitud de la demandante, los TIP⁷, objeto de las operaciones de compra y venta que generaron la utilidad mencionada, fueron emitidos como resultado de la titularización de cartera hipotecaria y colocados en el mercado en el año 2003, dentro de los cinco años siguientes a la expedición de la Ley 546 de 1999.⁸

La parte actora sostiene en el recurso de apelación, como lo hiciera en la demanda, que la utilidad obtenida en la enajenación de los títulos hipotecarios TIP está exenta del impuesto de renta prevista en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, de acuerdo con la definición de rendimientos financieros contenida en el artículo 395 del Estatuto Tributario que señala los conceptos sujetos a retención en la fuente, y porque la DIAN en el concepto No. 59797 de 1996 así lo reconoció.

Al respecto la Sala observa.

Tratándose del tratamiento tributario que debe darse a las operaciones realizadas con títulos emitidos en procesos de titularización de cartera, el artículo 102-1 del E.T. establece:

⁶ Folio 59 c.p.

⁷ TIP. Los títulos hipotecarios son instrumentos de financiación utilizados por las entidades de crédito que participan en el mercado hipotecario concediendo préstamos y créditos hipotecarios.

⁸ Folios 336 y 337 c.p.



*ART. 102-1.- **Titularización.** En los casos de titularización, el originador está sujeto al impuesto de renta y complementarios sobre todos los valores causados o reconocidos a su favor, en el respectivo ejercicio, en exceso del costo fiscal de los bienes, títulos o derecho de su propiedad utilizados en el proceso de titularización.*

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

Una interpretación acorde con el sentido y alcance de la norma transcrita permite inferir que el legislador distingue entre la utilidad obtenida en la enajenación de los títulos emitidos en procesos de titularización y las rentas derivadas de los títulos, con la finalidad de precisar que es a este último concepto al que debe darse el tratamiento de rendimientos financieros. Adicionalmente, advierte que los dos conceptos, esto es la utilidad obtenida en la enajenación y los rendimientos financieros constituyen renta gravada para el tenedor de los títulos.

Lo anterior, porque en los términos del artículo 26 del Estatuto Tributario por rentas derivadas de inversiones en títulos u otra clase de activos se entienden todos los ingresos que de tales inversiones se derivan durante su tenencia y posesión y que son susceptibles de incrementar el patrimonio y constituyen base de depuración de la renta líquida gravable.

Ahora bien, acorde con el artículo 102-1 está el artículo 395 del Estatuto Tributario que señala como conceptos sujetos a retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta por concepto de *rendimientos financieros, "tales como, intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general los correspondiente a*



rendimientos de capital o a diferencias entre el valor presente y valor futuro de este,..."

Obsérvese que el artículo 395 del Estatuto Tributario, hace una relación enunciativa de los conceptos sujetos a retención, pero no contiene una definición de "rendimientos financieros", y tampoco alude de manera expresa a la "utilidad obtenida en la enajenación" de los activos de los cuales pueden derivar los rendimientos financieros. Y es que la utilidad obtenida en la enajenación de activos constituye un ingreso tributario que en el impuesto de renta tiene un tratamiento específico, como es el caso de la ganancia ocasional.

Ahora bien el concepto No. 59797 de 26 de julio de 1996 de la DIAN si bien se refiere a los rendimientos financieros provenientes de la titularización, lo hace para precisar que tales rendimientos *"...independientemente del lugar de colocación de los títulos y la condición de sus adquirentes, constituyen renta de fuente nacional para el beneficiario, en la medida que son representativos de cartera hipotecaria colombiana"* y que, por tanto, *"...los rendimientos financieros derivados de títulos de contenido crediticio colocados en el exterior, producto de la titularización de cartera hipotecaria colombiana, pagados o abonados en cuenta a beneficiarios extranjeros están gravados en el país y por tanto sometidos a retención en la fuente tanto a título de impuesto de renta como al complementario de remesas a las tarifas previstas para rentas de capital."*

Es evidente entonces que la tesis jurídica expuesta en el citado concepto no es aplicable al caso concreto ni contradice lo dispuesto en el artículo 102-1 del E.T., al que simplemente se alude en el concepto para indicar que dicha norma *"comprende*



el marco de regulación de los ingresos provenientes de la titularización en general", sin que en parte alguna se exprese que la utilidad obtenida en la enajenación de títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria constituye un rendimiento financiero al tenor del artículo 395 ibídem , como lo sostiene el apelante.

Se tiene entonces que cuando el artículo 16 de la Ley 546 de 1999 dispone que *"Estarán exentos del impuesto de renta y complementarios, los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria"*, está limitando el beneficio a los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos, en los términos previstos en el artículo 102- 1 del E.T., excluyendo de tal beneficio la utilidad obtenida en la enajenación de los títulos, puesto que el propósito del legislador fue incentivar la permanencia de la inversión con el fin de proveer los recursos que permitan financiar los créditos hipotecarios para adquisición de vivienda.

Es así, porque el beneficio tributario está dado por el legislador en función del tenedor del título y durante la vigencia del mismo, no en función de la compra y venta de títulos, puesto que el derecho a la exención de los rendimientos financieros propios del título, esto es los que se derivan de las condiciones iniciales de emisión, al vender el título se traslada al comprador, es decir que el derecho incorporado en el título no se extingue con la venta.

Precisamente, y con el fin de atender al propósito del legislador, la Superintendencia de Valores, al señalar mediante la Resolución No. 775 de 2001, los requisitos y



condiciones para la emisión y colocación de títulos hipotecarios derivados de procesos de titularización, consagró entre otras, las siguientes disposiciones:

"Artículo 10°.- Estructura de los títulos hipotecarios.- Los pagos de capital de los títulos hipotecarios que se emitan en desarrollo de los procesos de titularización hipotecaria previstos en esta resolución, podrán efectuarse durante la vida de los títulos o al final de su vigencia. (...)

Artículo 11°.- Pago de rendimientos y amortización.- Los pagos de rendimientos se harán trimestralmente en forma vencida, y los de capital de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior. Los trimestres se contarán a partir de la fecha de la respectiva emisión.

Artículo 13°.- Cupones.- Los títulos hipotecarios podrán dividirse en cupones, los cuales darán derecho a los pagos por capital y/o rendimientos que se causen durante el respectivo periodo. Los cupones podrán ser negociados independientemente y conferirán a sus tenedores legítimos los derechos que se deriven del título hipotecario.

Artículo 14.- Plazo.- El plazo de los títulos no podrá ser inferior a un (1) año contado a partir de la fecha de emisión.

En el caso concreto, está claro y no es objeto de discusión, que la suma que la sociedad actora pretende tratar como renta exenta, al amparo del artículo 16 de la Ley 546 de 1999, no corresponde a rendimientos financieros, no solo porque las operaciones de compra y venta de los TIP se realizaron en el mismo día (17-dic-2003), sin que se diera el transcurso de tiempo para que se causara rendimiento alguno, sino porque así lo estableció la administración al verificar en la contabilidad de la actora que no registraba ingreso alguno por concepto de rendimientos financieros.⁹

⁹ Pág. 18 Liquidación de Revisión



Así las cosas, no asiste razón a la sociedad actora al pretender que se reconozca como renta exenta la utilidad obtenida en la enajenación de los TIP y, en consecuencia, se reconoce ajustada a derecho la actuación administrativa demandada, en cuanto tiene como ingreso gravado con el impuesto de renta dicha utilidad.

En cuanto a las contradicciones y equivocaciones en que según el apelante, incurre la sentencia de primera instancia la Sala advierte:

Si bien es cierto que en los actos administrativos acusados se sugirió la inexistencia y/o simulación de las operaciones de compra y venta de títulos hipotecarios TIP de títulos de tesorería TES, por parte de la sociedad actora, así como el abuso de las formas jurídicas con fines evasivos, no constituye esa la razón fundamental del rechazo de la renta exenta originada en la utilidad obtenida en la enajenación de los TIP, pues tal como se indica en la liquidación oficial de revisión objeto de la demanda, el fundamento del rechazo fue el haberse establecido que no se cumplieron los requisitos y objetivos de la Ley 546 de 1999, toda vez que la sociedad no obtuvo rendimientos financieros que se hubiesen causado a cargo del emisor del título y que, en consecuencia, no existía ninguna suma de dinero sobre la cual pudiera acceder al beneficio tributario de que trata el artículo 16 de la citada ley."¹⁰

En efecto, tal como se indica en la liquidación oficial de revisión, la supuesta simulación de las operaciones que dieron origen a la exención discutida¹¹, constituyó un argumento adicional para el rechazo de la renta exenta y se soportó a partir de lo estipulado en el documento de CORREVAL S. A., denominado "*modelo*

¹⁰ Págs 18 y 19 de la liquidación de revisión

¹¹ Págs. 19 a 22 de la liquidación de revisión



de optimización tributaria con títulos hipotecarios TIP", en el que se señala que se trata de una estrategia para estructurar operaciones SWAPS de compra y venta de TIP contra títulos TES, para generar rentas exentas, así como en el informe rendido por la Superintendencia de Valores, a través del oficio No. 710 de 10 de junio de 2015, en el que luego de describir en forma detallada las citadas operaciones se concluyó:

".. La utilidad contable que obtuvieron los clientes contribuyentes del impuesto de la renta y complementarios en la primera fase de las operaciones fue de carácter temporal y aparente, toda vez que en la segunda fase de las operaciones dicha utilidad se compensó con la pérdida en que incurrieron estos mismos clientes, en las operaciones de compra y venta de valores de la segunda fase de operaciones, vale decir, en aquellas que se realizan sobre títulos Tes Uvr."

Así las cosas, el hecho de que sea equivocada la posición del Tribunal al decir que no es coherente fundamentar el rechazo de la renta exenta en la inexistencia de las operaciones y a la vez incluir dicha renta como gravada, no tiene la consecuencia pretendida por la actora de declarar la nulidad de los actos acusados por falsa motivación.

Por las mismas razones anotadas, no tiene la consecuencia pretendida por la apelante la errónea apreciación del Tribunal al decir que para que resultara coherente el rechazo de la renta exenta aduciendo la inexistencia de la operación, la administración debió desconocer los costos asociados a dicha renta, pues se reitera, el fundamento del rechazo de la renta exenta radica en que la sociedad actora no obtuvo rendimientos financieros sobre los cuales pudiera acceder al beneficio previsto en el artículo 16 de la Ley 546 de 1999.



Sin perjuicio de lo anterior es necesario precisar que para la Sala, los elementos probatorios que tuvo en cuenta la administración para inferir que se trató de operaciones simuladas, no conllevan, precisamente, a afirmar la inexistencia de las operaciones, toda vez que obran en el expediente pruebas que confirman la realidad de las operaciones, como son las certificaciones expedidas por la comisionista de bolsa CORREVAL S. A. que dan cuenta de la realidad de las operaciones cuestionadas.¹², las que no fueron desvirtuadas por otros medios probatorios. Asimismo, el informe de la Superintendencia de Valores a que se alude en la liquidación de revisión, según el que se investigó a Correval, precisamente, por haber realizado tales operaciones con la finalidad de disminuir el impuesto de renta a pagar en la vigencia fiscal de 2003.

En realidad lo que se evidencia de las pruebas obrantes en el expediente es que la sociedad actora hizo uso de la "ESTRATEGIA - Estructura operaciones SWAP de compra y venta de TIP contra títulos TES para generar rentas exentas", que puso a su disposición CORREVAL S. A. En efecto, revisado el contenido de dicha estrategia, se aprecia que el *"Modelo de optimización tributaria con títulos hipotecarios TIP's"*¹³ se diseñó con el único propósito de *"generar rentas exentas para disminuir el impuesto sobre la renta gravada, a través de operaciones de tesorería con títulos hipotecarios."*

En cuanto al hecho de haberse citado en la sentencia de primera instancia el artículo 102-1 del Estatuto Tributario, que no fue mencionado en los actos acusados, como lo señala el apelante, la Sala observa que dicho artículo en efecto,

¹² Folios 308 a 319 c.p. y 336 -337 c.p.

¹³ Folios 38 y 39 del cuaderno de antecedentes



como lo señala el mismo apelante, fue incluido en la demanda como una de las normas violadas, de manera que obligaba al a *quo* un pronunciamiento al respecto, no solo porque fue invocado como violado, sino porque constituye una referencia obligada, dado que el tema objeto de discusión tanto en vía gubernativa como ante la jurisdicción, es precisamente el tratamiento tributario de la utilidad obtenida en la enajenación de títulos emitidos en procesos de titularización, a que se refiere el mencionado artículo, independientemente de que el resultado del análisis no sea compartido por la actora.

No se configura entonces un fallo *extra petita* como lo sostiene la actora, en cuanto la decisión del Tribunal es concordante con lo pedido en la demanda.

En este orden, y por las razones aquí expuestas, se reconoce ajustada a derecho la actuación administrativa demandada, en cuanto rechaza como renta exenta la utilidad obtenida por la actora en la enajenación de los TIP. No prospera el recurso de apelación interpuesto por la actora.

3.2. De la deducción por pérdida en la venta de TES

Sostiene el apelante que el Tribunal, al decir que no es dable aplicar el artículo 148 del Estatuto Tributario, cuestiona la actuación administrativa y, en consecuencia, ha debido decretar la nulidad de los actos acusados, porque según la sentencia que cita el mismo Tribunal, en los eventos en los cuales la motivación decae en indebida o ilegal se causa la anulación.



Adicionalmente, argumenta que la pérdida originada en la enajenación de los TES es deducible conforme lo señalado en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario, por tratarse de gastos asociados a los rendimientos financieros en la enajenación de los TIP y el artículo 107 ibídem, porque de la pérdida se derivaron ingresos.

En primer término, la Sala advierte que tal como consta en la liquidación de revisión acusada, la administración consideró que no era aplicable al caso el artículo 148 del Estatuto Tributario porque no se cumplían los presupuestos que señala la norma, toda vez que los TES no tenían la naturaleza de un activo utilizado en el negocio o actividad productora de renta de la empresa demandante, ni se podía afirmar que su enajenación se presentó por fuerza mayor¹⁴. De manera que resulta infundado el cuestionamiento que sobre la inaplicación del citado artículo hace la apelante a la sentencia de primera instancia.

En cuanto a la aplicación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario, la Sala advierte que al encontrarse demostrado que la sociedad actora no obtuvo rendimientos financieros que pudieran tratarse como renta exenta en los términos previstos en la Ley 546 de 1999, resulta inaplicable el citado artículo, tratándose de definir la procedencia de la renta exenta rechazada por la administración.

Adicionalmente, porque lo que establece el artículo 177-1 del Estatuto Tributario es una limitación a los costos y deducciones imputables a los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional ni a las rentas exentas, excluyendo de tal limitación los ingresos por rendimientos financieros exentos de que trata el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, limitación que no fue cuestionada en los actos acusados, pues lo argumentado por la administración es que la pérdida no cumple los

¹⁴ Pág. 27 de la liquidación de revisión



requisitos del artículo 107 del E.T. para que sea deducible. Es así como dispone el artículo 177-1:

*ART. 177-1. **Límite de los costos y deducciones.** Para efectos de la determinación de la renta líquida de los contribuyentes no son aceptables los costos y deducciones imputables a los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional ni a las rentas exentas."*

"Parágrafo. La limitación prevista en el presente artículo no será aplicable a los ingresos de que tratan los artículos 16 y 56 de la Ley 546 de 1999, en los términos señalados y hasta el 31 de diciembre de 2006."

Procede entonces analizar si la pérdida cuestionada cumple los requisitos previstos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, como son la relación de causalidad con la actividad productora de renta, la necesidad y la proporcionalidad, requisitos que se consideran concurrentes, esto es que deben cumplirse en su totalidad.

La titularización hipotecaria es un mecanismo previsto en la Ley 546 de 1999, mediante el cual los establecimientos de crédito, las sociedades titularizadoras y otras entidades autorizadas, emiten títulos representativos de créditos otorgados para financiar la construcción y la adquisición de vivienda, que se emiten a la orden con el propósito de enajenarlos a través de la Bolsa de Valores. (Art. 12), esto es, los títulos hipotecarios TIP en los términos regulados por la Superintendencia de Valores mediante la Resolución No. 775 de 2001.

El artículo 40 de la Ley 546 de 1999 reguló la inversión social del Estado para abonar a las obligaciones hipotecarias vigentes a la fecha de expedición de la ley de los préstamos otorgados por establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo, así:



"Artículo 40°.- Inversión social para vivienda. Con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, el Estado invertirá las sumas previstas en los artículos siguientes para abonar a las obligaciones vigentes que hubieren sido contratadas con establecimientos de crédito, destinada a la financiación de vivienda individual a largo plazo y para contribuir a la formación del ahorro que permita formar la cuota inicial de los deudores que hayan entregado en dación en pago sus viviendas, en los términos previstos en el artículo 46".

Para efectos del cumplimiento de la citada disposición, la misma Ley 546 de 1999, en el artículo 41 parágrafo 4°. autorizó al Gobierno Nacional para emitir y entregar títulos de tesorería TES, denominados en UVR, así:

Parágrafo 4°.- El Gobierno Nacional queda autorizado para emitir y entregar Títulos de Tesorería, TES, denominados en UVR y con el rendimiento que éste determine, con pagos mensuales, en las cuantías requeridas para atender la cancelación de las sumas que se abonarán a los créditos hipotecarios. Dichos títulos serán emitidos a diez (10) años de plazo. Estas operaciones sólo requerirán para su validez del decreto que ordene su emisión y determine las condiciones de los títulos, que podrán emitirse con cargo a vigencias futuras y con base en los recursos provenientes de las inversiones forzosas establecidas por la presente Ley."

Por su parte, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 249 de 2000, por medio del cual ordenó la emisión de títulos de deuda pública interna de la Nación denominados "Títulos de Tesorería, TES, Ley 546". En el artículo 2 señaló las características de tales títulos, entre éstas las siguientes:

"4. Ley de circulación: Serán títulos a la orden y libremente negociables en el mercado.

5. Lugar de colocación: Mercado de capitales colombiano.

6. Forma de colocación y entrega: Serán colocados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y entregados a las entidades acreedoras que hagan la reliquidación de los préstamos otorgados para la financiación de vivienda individual a largo plazo, de conformidad con el procedimiento indicado en los artículos siguientes del presente decreto."



De acuerdo con lo expuesto está claro que tanto los títulos hipotecarios TIP como los títulos de tesorería TES, son títulos a la orden que pueden ser negociados libremente por el inversionista en el mercado secundario de valores, con características y regulaciones propias y que lo único que tienen en común es generar recursos destinados a la financiación de vivienda a largo plazo.

La Ley 546 de 1999 ni los actos reglamentarios a que se ha hecho referencia contienen disposición alguna de la que se infiera que la compra y venta de TES es una condición para que se invierta en TIP y se acceda al beneficio de la exención sobre los rendimientos financieros generados sobre tales títulos.

Así las cosas, no asiste razón al apelante cuando afirma que la compra y venta de TES constituye con la compra y venta de los TIP una operación integral y que necesariamente estaba obligado a invertir en los primeros para obtener la utilidad generada en la enajenación de los segundos. Cosa distinta es que, buscando un doble beneficio, la sociedad haya decidido realizar dichas operaciones de manera simultánea, tal como aparece demostrado en los antecedentes de los actos acusados.

En efecto, consta en el requerimiento especial que las operaciones de compra y venta, así como la composición de la Inversiones en títulos TIP y TES fue autorizada por el representante legal de TORO ORTIZ Y CIA S.A., en respuesta a la oferta de la Estrategia de estructurar operaciones SWAP de compra y venta de TIP contra títulos TES, y que todas las operaciones fueron realizadas el 17 de diciembre de 2003.¹⁵

¹⁵ Pág. 8 del requerimiento especial.



Es decir que la compra y venta de los TES que generaron la pérdida cuya deducción pretende la actora no obedeció al concepto de "necesidad", sino a una "estrategia" para generar un doble beneficio: De una parte, la renta exenta por la compra y venta de los TIP y, de otra, la pérdida por la compra y venta de los TES, conceptos que son bien distintos, pues la necesidad implica que sin la realización del gasto es imposible obtener la renta, mientras que la estrategia constituye un conjunto de acciones que de manera voluntaria y pensada permiten desarrollar un contexto determinado con el fin de lograr el fin propuesto.

En síntesis, la pérdida solicitada por la actora no cumple el requisito de la necesidad de que trata el artículo 107 del Estatuto Tributario, para que proceda su deducción.

Tampoco tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta, puesto que si bien la inversión en TES le permitió a la actora generar la pérdida, esto obedeció, no al desarrollo normal de su actividad productora de renta¹⁶, sino al propósito de imputar dicha pérdida a la utilidad obtenida en la compra y venta de TIP, operación que hacía parte de la estrategia o modelo de optimización tributaria elaborado por Correval S. A., tal como se indica en el mismo documento.

No es aplicable al caso el pronunciamiento hecho por esta Corporación en la sentencia del 8 de marzo de 2007¹⁷ referido a la venta de títulos de apoyo cafetero, que cita el apelante en su recurso, dado que en el caso allí analizado, la actora, en desarrollo de su actividad productora de renta, exportadora de café, estaba obligada

¹⁶ Objeto social: "Desarrollo de todas las actividades relativas a la arquitectura y la construcción y dentro de ellas la edificación, administración, consultoría, interventoría, diseño, remodelación y similares de bienes inmuebles para su arrendamiento y venta."

¹⁷ Consejo de estado Sección Cuarta- sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 14412



a invertir en dicho títulos, situación táctica y jurídica que difiere de la que es materia de controversia en el presente proceso.

Conforme a lo expuesto, se reconoce ajustada a derecho la actuación administrativa demandada en cuanto rechaza la deducción por pérdida generada en la venta y compra de TES y, en consecuencia, no prospera el recurso de apelación interpuesto por la actora.

3.3. Sanción por inexactitud

Sostiene la sociedad apelante que en el caso de las rentas exentas se configura una diferencia de criterios respecto de la aplicación del artículo 395 del Estatuto Tributario tomando en cuenta lo expresado por el Tribunal en la sentencia apelada y el contenido del concepto 59797 de 1996, que hace improcedente la sanción por inexactitud impuesta.

Agrega que las pérdidas rechazadas son reales y corresponden a la implementación del esquema de optimización tributaria ofrecido por Correval y que la supuesta falta de relación de causalidad no corresponde a un hecho sancionable en los términos del artículo 647 del E.T.

Tal como lo ha precisado la Sala, existe una diferencia de criterio entre la autoridad tributaria y el contribuyente cuando la discrepancia se basa en una argumentación sólida, que, aunque equivocada permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento de que su actuación estaba amparada



legalmente, sin embargo no ocurre lo mismo cuando a pesar de su apariencia jurídica no tienen fundamento objetivo y razonable.¹⁸

También ha dicho la Sala que cuando se incluyen en la declaraciones como deducciones, partidas frente a las cuales no se demostró su realidad y procedencia, las cuales afectaron la base gravable y dieron lugar a un menor impuesto a cargo, se genera la sanción por inexactitud, advirtiendo que no es necesario que la administración establezca que los gastos fueron irreales, cuando los gastos fueron solicitados como deducción sin demostrar su procedencia.¹⁹

En el caso concreto no se presenta una diferencia de criterios relativa al contenido y alcance del artículo 395 del Estatuto Tributario, pues la discrepancia entre la administración y el contribuyente no surge en torno al alcance e interpretación de la norma, sino de la errada apreciación de los hechos, en la medida que lo percibido por la sociedad fue una utilidad en la enajenación de los TIP y no un rendimiento financiero, sobre el que se discuta si estaba o no sujeto a retención en la fuente, que es el tema regulado por la norma y al que se refiere el concepto 59797 de 1996, al decir que *los rendimientos financieros derivados de títulos de contenido crediticio colocados en el exterior, producto de la titularización de cartera hipotecaria colombiana, pagados o abonados en cuenta a beneficiarios extranjeros están sujetos a retención en la fuente.*

No se presenta entonces una interpretación propiamente dicha, esto es, sobre normas jurídicas validas, sino una interpretación de los hechos, y en tal evento, la

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 27 de octubre de 2005, Exp. 14725, M. P. Ligia López Díaz.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 19 de agosto de 2010, Exp. 17042. M. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.



Sala ha precisado que para imponer la sanción por inexactitud no se requiere probar que el contribuyente haya actuado con intención dolosa o culposa, pues la infracción se tipifica simplemente por la inclusión, por error de interpretación de hechos económicos y de la subsunción de estos en la norma que se invoca para amparar el beneficio (infracción objetiva) y por la inclusión de manera dolosa, de hechos falsos (infracción subjetiva).²⁰

Ahora bien, si como quedó establecido de la deducción por la pérdida generada en la compra venta de TES, no cumple con los requisitos de necesidad y relación de causalidad que exige el artículo 107 del E.T. para que proceda la deducción, es igualmente aplicable la sanción por inexactitud, pues en los términos del artículo 647 ibídem, en todos los casos en que se concluya que los costos, deducciones, exenciones, impuestos descontables y pasivos son improcedentes conforme a las normas legales aplicables se tipifica el hecho sancionable.²¹

Procede en consecuencia la confirmación de la sanción por inexactitud impuesta en los actos acusados, tal como lo decidió el *a quo*.

3.4. Violación a los principios de justicia y equidad

Para el apelante es contradictoria la posición del Tribunal al pretender desconocer la naturaleza de renta exenta de la utilidad generada en la venta de TIP y a la vez incluirla como renta gravada sin permitir que se deduzcan los costos asociados,

²⁰ Sentencias del 22 de marzo de 2011, Exp. 17154 y 17286 M. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás

²¹ Consejo de Estado Sección Cuarta sentencia de 19 de agosto de 2010 Exp. 16988 M. P. William Giraldo Giraldo



haciendo más gravosa la situación de la contribuyente generando un impuesto que no se hubiera causado nunca si se hubiera efectuado la operación.

Para la Sala, carece de fundamento lo alegado por la actora, puesto que si en la declaración de renta incluyó como renta exenta el valor de los ingresos que corresponden a la utilidad obtenida en la enajenación de los TIP y se estableció que dicha renta no es exenta sino gravada, sobre esos ingresos va a generarse un mayor impuesto.

De otra parte, el único costo o gasto que podía ser imputado a la utilidad generada en la venta de TIP, es el que corresponde a la pérdida derivada de la enajenación de los TES, pero esta pérdida no es deducible, como quedó establecido, no puede pretenderse que sea el Tribunal quien determine que costos o gastos son imputables a la renta gravada.

No se encuentra entonces configurada violación alguna a los principios de justicia y equidad. No prospera el cargo.

Conforme a lo expuesto y al no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por la actora, la Sala confirmará la sentencia apelada.

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,



F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del 4 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por TORO ORTIZ Y COMPAÑÍA S. A. contra la U.A.E. DIAN.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente

Salvamento parcial

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS



CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ